

sostanziali nel Digesto bisogna chiudere gli occhi di fronte ad una massa impressionante di dati, tra i quali ricordo:

– le numerose e anche rilevanti differenze tra il diritto classico e il diritto giustiniano, attestate dalle fonti relative al primo (*in primis* le Istituzioni di Gaio);

– le prescrizioni dettate da Giustiniano, nella costituzione *Deo auctore, de conceptione Digestorum* (§§ 7-10), per la manipolazione dei testi classici;

– l'assoluto divieto di utilizzare in futuro (nella loro stesura originaria) i testi classici;

– l'attestazione dell'imperatore, ad opera compiuta, che *multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*;

– il fatto che, con tale attestazione, viene giustificato il divieto di *comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit*;

– le *quingenta decisiones* e le *plurimae aliae constitutiones* emanate da Giustiniano per guidare i commissari nella *compositio dei iura* e con le quali – egli attesta – *maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coarctatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque*

Autore Invitato

**LA DEFINIZIONE CELSINA DEL DIRITTO
NEL SISTEMA GIUSTINIANO E LA SUA
SUCCESSIVA RIMOZIONE DALLA SCIENZA
GIURIDICA: CONSEGUENZE PERSISTENTI IN
CONCEZIONI E DOTTRINE DEL PRESENTE*.**

*1. Avviamento al tema. Inattendibilità della sintesi delineata da R. Sacco del disegno legislativo giustiniano. – 2. Posizioni sostenute nella scienza romanistica suffraganti la raffigurazione del Sacco. – 3. Perdita di significato della definizione celsina del diritto nel sistema legislativo giustiniano. – 4. Successiva rimozione della definizione celsina dalla scienza giuridica. – 5. Teorizzazione di elementi derivati dalla *legum permutatio* giustiniana in concezioni moderne e attuali della consuetudine e nella dottrina pura del diritto.*

1. – La rimozione della definizione celsina del diritto (*ius est ars boni et aequi*)¹ dalla

* L'articolo è già apparso in *Europa e diritto privato*, 3/2009, 631 ss., peraltro con alcune modificazioni,

scienza giuridica, se pure per lo più ignorata dagli stessi romanisti, ha avuto e ha tuttora conseguenze di grande rilievo nella nostra tradizione: da essa dipendono storture e manchevolezze radicate nel sapere giuridico tramandato in Occidente e delle quali la rimozione stessa ha finora precluso la percezione. Come emerge dal titolo, tale rimozione è stata determinata dallo svuotamento di significato della definizione in oggetto nel sistema della legislazione giustiniana.

Il presente scritto, incentrato sul predetto svuotamento, tende quindi alla ricostruzione di un passaggio fondamentale della nostra storia giuridica², finora trascurato, ma indispensabile alla comprensione della medesima, in merito alla concezione del diritto e alle sue molteplici – non facilmente numerabili – implicazioni.

La ricerca, a cui mi accingo, presenta un altro significativo risvolto, mostrando co-

anche nel titolo, non autorizzate dall'autore e con un *Abstract* non aderente al suo pensiero.

¹ Com'è noto, la definizione è riferita da Ulpiano nel frammento, con cui iniziavano le sue *Institutiones*, utilizzato dai commissari giustinianeî come *incipit* dei *Digesta*, sotto il titolo *De iustitia et iure* (D.1.1.1).

² Non circoscritta all'esperienza italiana, ma estesa a quella occidentale.

spetto al passato. La prospettiva della compilazione è quindi almeno unilaterale e, in quanto tale, fuorviante. Ne è prova la recente puntualizzazione in argomento dello Schiavone, il quale ha parlato di «struttura» e «modello dell'antologia»⁵¹, presupponente, contro la realtà, la fedele conservazione, nel Digesto, dei brani scelti dei giuristi classici. A differenza dei romanisti, i cultori di altre discipline non dispongono di regola degli strumenti per ridimensionare o respingere la rappresentazione riferita in merito alla *compositio* del Digesto, come in generale alle altre relative al diritto romano, da essi per lo più acriticamente accettate. Rimane innegabile la corrispondenza dell'immagine schiavoniana dell'antologia nei riguardi dei testi utilizzati per la stesura del Digesto con quella sacchiana del notaio, a proposito di Giustiniano, che ne ordinò e direbbe la *compositio*.

*La negazione*⁵² *di interpolazioni, almeno sostanziali, nel Digesto.* La c.d. caccia alle interpolazioni era senza dubbio andata oltre il segno, ma non lo è andata di meno la reazione ad essa. Per negare la presenza di manipolazioni

⁵¹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 9 s.

⁵² Connessa con la visuale testé criticata, a cui fornisce sostegno.

all'esperienza precedente, del metodo che suole essere rappresentato come compilazione⁴⁸. Quali esempi di tale esperienza possono addursi, da un lato, i Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e, dall'altro, le raccolte di *iura* che, secondo la testimonianza della costituzione *Omnem*⁴⁹, si usavano nelle scuole di diritto prima della riforma giustiniana. Lo studioso deve peraltro aggiungere che il c.d. metodo compilatorio, oltre ad avere avuto diverse esplicazioni, fu usato per fini disparati e anche contrastanti. Giustiniano, in particolare, lo usò per un fine in precedenza mai perseguito (neppure da Teodosio II): stabilire un nuovo sistema giuridico, basato su una nuova dottrina, in antitesi a quello, di cui erano ancora espressione i testi classici, colpiti in coerenza dall'assoluto divieto di utilizzazione per il futuro⁵⁰, con una cesura totale ri-

⁴⁸ Prescindo dall'analisi, che pure andrebbe condotta, circa i segni *componere* e *compositio*, *compilare* e *compilatio* (solo i primi due usati da Giustiniano a proposito della confezione del Digesto: cfr. *supra*, nt. 31) e quelli italiani comporre e composizione, compilare e compilazione.

⁴⁹ § 1.

⁵⁰ A differenza della posteriore messa all'indice, nella chiesa cattolica, non si ammettevano eccezioni di sorta: nessuno, per nessuna ragione, era più abilitato a consultarli e utilizzarli.

me uno stesso elemento (nel caso la definizione celsina del diritto), pur rimanendo in sé e per sé inalterato, può assumere significati dissimili (o anche contrastanti) in ordinamenti diversi o in fasi successive di uno stesso ordinamento.

Sono opportune, prima di entrare nel tema, alcune messe a punto.

La revisione che mi propongo, in un ambito specifico, della vicenda storica dell'esperienza giuridica in Occidente, si inserisce nella prospettiva della sua generale revisione, postulata dal recupero dell'eredità perduta del diritto romano, su cui svolgo ricerche da vari anni³. Non sempre noi romanisti, per

³ Ho parlato per la prima volta, in termini programmatici, di recupero di elementi perduti del diritto romano nello scritto *La recezione moribus nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*, in *Iura*, LV, 2004-2005 [Pubbl. 2008], 1 ss. (testo ampliato della relazione tenuta al Convegno su *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli 9-10/12/2004). Peraltro avevo avviato, in fatto, tale recupero almeno dagli inizi degli anni '70 del secolo passato in *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1971. Vd. pure, in part., *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, LIII, 1987, 7 ss. [= *Opuscola selecta*, a cura di F. Bona e M. Miglietta, Padova 1999, 553 ss.], e *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LXII, 1996, 1 ss. [= *Opuscola*, cit., 935].

il difetto di tale recupero, abbiamo offerto, per quanto ci compete, ai cultori delle altre materie giuridiche un quadro adeguato della vicenda storica del diritto e della scienza giuridica. Un riflesso può vedersi nelle tesi, attinenti al tema trattato in questo scritto, presentate come pacifiche da Rodolfo Sacco nel tratteggiare *Le grandi epoche del diritto* nel suo recente volume dedicato alla *Antropologia giuridica*⁴. Sottolineo, nei passaggi scelti per rappresentare il pensiero dello studioso, i tratti in cui esse sono enunciate.

– «Ai tempi della Rivoluzione trovarono ascolto i giacobini, che esaltavano l'idea

Pressoché tutti i miei scritti degli ultimi anni concernono in qualche modo il recupero dell'eredità perduta del diritto romano, con l'ambizione di recare un contributo alla rifondazione della scienza giuridica. Mi limito a citare: *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, in *Diritto e Storia*, 2007, www.dirittoestoria.it [= *Annali Fac. Giur. Taranto*, I, 2008, 13 ss.]; *L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 1105 ss.; *Dottrina ed evoluzione del diritto*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali. Atti 2° Convegno nazionale SISDiC (Capri 18-20 aprile 2006)*, Napoli-Roma, 2007, I 333 ss. [= *Riv. dir. civ.* 54 (2008), I, 683 ss.].

⁴ R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna 2007, 92 ss.

ta conoscenza; dati che non appaiono tratti dall'esame delle fonti e idee che non risultano elaborate sulla base di esse, ma gli uni e le altre indicati di seconda mano: sovente attinti, per ragioni pratiche a tutti note (fra cui la ristrettezza del tempo), al di fuori dell'ambito dominabile da ciascuno, non dagli scritti dedicati alla ricerca, ma dalla manualistica, da sintesi od opere divulgative.

A integrazione della critica svolta sono da prendere in esame gli indirizzi seguiti e le opinioni enunciate nella scienza romanistica, che stanno a base delle tesi – incompatibili con le fonti – sostenute dal Sacco e di altre distorsioni, diffuse fra i cultori di varie materie giuridiche ed escludenti dal diritto e dalla scienza giuridica moderni l'influenza della teorizzazione giustiniana e, in generale, del diritto romano.

Considero tre elementi aventi attinenza con l'oggetto della presente trattazione.

L'usuale rappresentazione dell'opera legislativa giustiniana, concretatasi nel Digesto,⁴⁷ come compilazione. Lo studioso non può non rilevare che Giustiniano, per realizzare la propria opera legislativa, si avvale, in conformità

⁴⁷ E parimenti nelle due successive edizioni del *Codex* e nelle *Institutiones*.

Antropologia giuridica e recante il sottotitolo *Contributo ad una macrostoria del diritto*, avrà sicuramente numerosi lettori tra i cultori di materie giuridiche e non giuridiche, e in specie del diritto civile e del diritto comparato, dei quali il Sacco è, rispettivamente, un esponente di spicco e un riconosciuto caposcuola. È facile la previsione che la stragrande maggioranza di essi apprenderà, e talora citerà, le tesi in considerazione enunciate nel libro, senza avvertire l'esigenza di verificarne la fondatezza alla luce delle fonti. Potranno così circolare e avere diffusione le idee errate, sopra considerate, in merito all'opera legislativa giustiniana e a posteriori fasi salienti della nostra storia giuridica⁴⁶.

Non pare quindi discutibile l'opportunità di avere messo in campo, avverso tali idee, la critica dettagliata sopra svolta, se pure essa richiede ulteriori approfondimenti e sviluppi.

Tale critica rende inoltre evidente l'esigenza di estrema cautela nell'utilizzare i dati riferiti e le idee espresse a proposito di serie di ordinamenti, o comunque di un ordinamento, di cui non è dimostrata approfondi-

⁴⁶ Come emergerà dal prosieguo della trattazione, non è ancora venuta meno, nella fase attuale, l'influenza della *legum permutatio* giustiniana.

della absolutezza e della unicità del potere dello stato. *Fu questo il momento in cui, per la prima volta nella storia, una forza politica al potere reclamò con fermezza un potere legislativo illimitato*⁵. Nella pagina seguente l'autore, mettendo in campo «la rassegna storico-comparativa» compiuta, afferma che essa «ci mostra che il 'legislatore' capace di creazioni a tutto campo non era esistito in alcun paese, prima di nascere in Francia».

– «Il potere legislativo globale non esisteva nell'antica Roma... *La situazione non mutò con Giustiniano, il quale ebbe cura di sottolineare che con il suo Corpus iuris non aveva voluto creare nulla, ma solo raccogliere le interpretazioni dottorali autorevoli fondate sui mores, e, se del caso, emendarle e razionalizzarle*. Il potere di compilare viene quasi sempre riconosciuto al personaggio che deve esercitare il potere politico⁶... *Quanto alle singole norme inglobate nel Digesto, esse erano legittime non perché venissero da un legislatore, erano legittime perché constavano di elaborazioni dottorali creatrici nella*

⁵ *Antropologia*, cit., 92.

⁶ Nel brano omesso nel testo il Sacco precisa che «mettersi al servizio delle norme per migliorarne la formula è stato quasi sempre compito riconosciuto dei re, delle assemblee o di ogni altro depositario della potestà».

*sostanza, ma formalmente interpretative di un diritto preesistente, formatosi in modo spontaneo*⁷.

Devo purtroppo rilevare che la ricerca storico-comparativa, lungi dal suffragare, contraddice le tesi in esame del Sacco.

Si presenta incerto, almeno nelle enunciazioni, il pensiero dello studioso in merito alla caratterizzazione del potere legislativo, che egli qualifica, volta a volta, come «illimitato» (il che fa pensare alla ritenuta onnipotenza del legislatore e della legge), come «globale» e come «globale e assoluto», descrivendolo come «capace di creazioni a tutto campo».

L'idea dell'onnipotenza del legislatore si è sicuramente formata in epoca moderna. Giustiniano (locuzione in cui comprendo i suoi collaboratori giuridici), se pure influenzato dall'ideologia, prestava attenzione alla realtà. Così egli si mostrò consapevole che la sua opera legislativa risentiva dei limiti della condizione umana. Nella *Const. Tanta*, § 13 (14) si trova affermato: *Si quid autem in tanta legum compositione, quae ab immenso librorum numero collecta est, simile forsitan raro inveniatur, nemo hoc vituperandum existimet, sed primum quidem inbecillitati humanae, quae naturaliter inest, hoc inscribat, quia*

⁷ *Antropologia*, cit., 93.

di elaborazioni» degli antichi giuristi. Come si è visto, Giustiniano, nella costituzione *Tanta*, § 10, dispone e testimonia il contrario: *ut quidquid ibi [nel Digesto] scriptum est, hoc totum nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum*. Inoltre il disposto, con l'implicita testimonianza, è confermato dalle prescrizioni di usare esclusivamente in futuro le *leges* da lui *compositae vel promulgatae*, di non fare più in alcun modo ricorso a quelle anteriori e di non fare confronti, per le *leges compositae*, fra esse e i testi antichi utilizzati per la loro stesura.

2. – La critica mossa a tesi sostenute da Rodolfo Sacco in merito all'opera legislativa di Giustiniano e involgenti l'esclusione della sua influenza su vicende posteriori della storia giuridica europea può apparire, a prima vista, un fuor d'opera. In effetti le tesi sopra criticate del Sacco non appaiono basate sulla diretta considerazione delle fonti, le quali, come si è mostrato, sui punti considerati attestano il contrario. Esse derivano, se pure con la sua impronta personale, da indirizzi della scienza romanistica. Non sembra potersi dire, quindi, che egli abbia recato contributi allo studio del diritto romano.

Tuttavia l'opera in cui sono esposte le tesi in oggetto, dedicata, come si è visto, alla

nelle concezioni generali o idee guida del diritto.

Giustiniano in larga parte spazzò via (metaforicamente sepolse⁴⁴) le antiche concezioni rispondenti alla visione democratica repubblicana e, per la parte restante, pose le premesse per la loro rimozione dal sapere giuridico, teorizzando e applicando, in loro luogo, quelle proprie della *legum doctrina*, consone al potere assoluto. Le antiche concezioni furono così sottratte alla tradizione romanistica, che apprese la *legum doctrina* giustiniana, subendone, quindi, l'influenza (dopo le codificazioni per lo più inconsapevolmente). Le conseguenze persistono ancora al presente: le antiche concezioni, ispirate alla visione democratica e aderenti alla realtà, sono tuttora ignorate al di fuori della scienza romanistica e anche in quest'ultima ne è stato avviato da poco il recupero⁴⁵.

Non è vero, infine, che le «norme inglobate nel Digesto» fossero legittime, non perché provenivano da un legislatore (esattamente Giustiniano), ma perché «constavano

⁴⁴ Traggio l'immagine dall'ablativo assoluto *omnibus* [sottinteso *legibus*] *antiquioribus quiescentibus* (*Tanta*, § 19), il quale sembra a sua volta presentare analogia con l'idea del riposo eterno dei defunti.

⁴⁵ V. *supra*, nt. 3.

omnium habere memoriam et penitus in nullo peccare divinitatis magis quam mortalitatis est...

Lo stesso Giustiniano, a differenza di legislatori moderni, pur avendo già accolto il rimedio dell'analogia per la colmatatura delle lacune normative (egli fu il primo tra i legislatori a farlo), non nutrì l'illusione (espressione della supposta onnipotenza) di aver previsto e regolato tutto. Al contrario, nella predetta costituzione, § 18, enunciò una ponderata previsione suggerita dall'esperienza storica:

Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere⁸.

⁸ L'idea dell'incompletezza (non raggiunta perfezione, dovuta all'*inbecillitas humana*) della legislazione è stata mantenuta da Giustiniano anche quando, nel 543, dopo aver constatato gli inconvenienti derivati dal suo originario disegno, di concentrare nell'imperatore la soluzione di tutti i dubbi insorti nei giudici, dispose (Nov. 125) che essi decidessero da soli, senza più ri-

L'idea dell'onnipotenza del legislatore (di un suo potere illimitato) è stata storicamente una deformazione rispetto al disegno giustiniano. Similmente a svariati altri elementi, essa è da ricollegare alla rimozione della definizione celsina del diritto dalla scienza giuridica⁹. È ovvio e risaputo che le codificazioni moderne si sono scostate in vario modo dal modello giustiniano. La comparazione con quest'ultimo è da fare per ciascuna di esse, in specie per le prime che si sono avute nella tradizione giuridica occidentale e a cui si sono poi ispirate in larga parte quelle successive. Non mancano tuttavia, in argomento, tra l'esperienza giustiniana e quelle moderne, differenze di portata generale. Ne indico una che coinvolge la stessa nozione di legislatore e di legge. Secondo Giustiniano, competeva esclusivamente all'imperatore *leges et condere et interpretari*, attività quest'ultima comprensiva dell'elaborazione dottrinale. In coerenza le le-

correre al lume imperiale, le cause di cui erano investiti, secondo ciò che appariva loro *iustum legitimumque*. Cfr. F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index*, XIV, 1986, 44 s.

⁹ Tale rimozione ha coinvolto, insieme all'artificialità, gli specifici criteri che guidano la formazione del diritto, come avviene, in generale, nella produzione umana.

razione con la predetta stesura⁴². A prescindere dalla ricerca (che è stata, a mio avviso, inadeguata non solo per eccesso) delle interpolazioni nel Digesto, la testimonianza trova conferma nel complesso, non disconoscibile, delle differenze intercorrenti tra le Istituzioni di Gaio e la legislazione giustiniana. Congiuntamente alla testimonianza in oggetto va inoltre considerata quella della costituzione *Omnem* a proposito della *legum permutatio* compiuta da Giustiniano⁴³. Il radicale cambiamento, così rappresentato – che l'imperatore paragonò allo scambio dell'oro col bronzo e per il quale non si trovano paragoni né antecedenti né successivi, nella tradizione occidentale –, coinvolse la scienza giuridica ed ebbe il fulcro

⁴² *Nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat, et quae nostra auctoritas introduxit.*

⁴³ *Omnem*, § 11: *Incipite igitur* (l'esortazione è rivolta, com'è noto, ai professori di diritto) *legum doctrinam eis [agli studenti] dei gubernatione tradere et viam aperire quam nos invenimus, quatenus fiant optimi iustitiae et rei publicae ministri et vos maximum decus in omne saeculum sequatur: quia vestris temporibus talis legum inventa est permutatio, qualem et apud Homerum patrem omnis virtutis Glaucus et Diomedes inter se faciunt dissimilia permutantes: χρῶσεα χαλκείον, ἑκατόνβοια ἑννεαβοίων. quae omnia optinere sancimus in omne aevum, ab omnibus tam professoribus quam legum auditoribus et librariis et ipsis et iudicibus observanda...*

ruolo avuto e il compito svolto da Giustiniano nella stesura del Digesto. Già in uno scritto precedente avevo rilevato che «l'immagine riflette l'aspetto esteriore della compilazione, ma non il lavoro effettivamente svolto e lo scopo perseguito»³⁹. Per una compiuta valutazione occorre distinguere fra quest'ultimo e il risultato raggiunto. Giustiniano prescrisse ai propri commissari l'adeguamento di tutti i frammenti utilizzati alle nuove concezioni, alla nuova situazione e alle scelte da lui operate. Sicuramente tale adeguamento non fu sempre fatto o fatto in modo ineccepibile: non sono mancate, nella vasta operazione compiuta, anche per la ristrettezza dei tempi, superficialità e approssimazioni.

Con tutto ciò, come si legge nella costituzione *Tanta*⁴⁰, furono *multae et maximae* le alterazioni apportate ai testi classici⁴¹ e, per questa ragione, al fine di evitare dispute sulla stesura ricevuta nel Digesto, Giustiniano vietò, unitamente all'uso di tali testi, la loro compa-

³⁹ F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*, in *Iura*, LIV, 2003 [pubbl. 2006], 2.

⁴⁰ § 10.

⁴¹ Nella costituzione è usato, in proposito, il verbo *transformare*.

ges non comprendevano soltanto le norme, ma anche le teorie e concezioni accolte nel campo giuridico. Nel sistema giustiniano erano *leges* tanto le costituzioni imperiali recepite, con gli opportuni adattamenti, nel *Codex*, quanto i testi dei giuristi classici, utilizzati, sempre con gli adattamenti occorrenti, per la formazione dei *Digesta*. Parimenti erano *leges i totius legitimae scientiae prima elementa* esposti nelle *Institutiones*¹⁰. In sintesi competevano, in via esclusiva, all'imperatore sia la produzione normativa che l'elaborazione dottrinale, ad entrambe le quali egli provvedeva con le *leges*¹¹.

Per contro, al presente (come già al tempo delle prime codificazioni moderne) si ritiene riservata al legislatore la sola produzione normativa, mentre l'elaborazione dottrinale è attribuita alla dottrina. Il diritto tende ad identificarsi così con le norme e la legge – punto illustrato dal Sacco con particolare cura – ne è il modo di produzione ritenuto, se non unico, di gran lunga preminente¹². In contrasto con la realtà, si ravvisano nei codici raccolte di norme e solo di norme.

Gli elementi a cui si è fatto cenno coesistono peraltro con altri dati non meno sicu-

¹⁰ *Imperatoriam*, § 4.

¹¹ Cfr. *Tanta*, § 23.

¹² R. SACCO, *Antropologia*, cit., 176 s.

ri. I movimenti codificatori nella tradizione romanistica europea trassero ispirazione – se pur varia – dall’opera legislativa giustiniana. Ciò è vero, in specie, per la figura del legislatore, la cui massima espressione era identificata in Giustiniano, a cui erano dovuti i testi legislativi tramandati da secoli con venerazione e che erano alla base della formazione degli uomini di diritto.

L’idea dell’onnipotenza del legislatore deriva dalla considerazione di una serie di dati reperiti nelle fonti, senza tener conto della consapevolezza da parte di Giustiniano dei limiti inerenti alla condizione umana e del riconoscimento, per le *leges*, dei supremi criteri del *bonum et aequum*, se pure ormai rimessi all’esclusivo giudizio imperiale, al di fuori di ogni controllo.

Emergono fra tali dati:

– la teorizzazione del potere legislativo imperiale (espressione della concentrazione di ogni potere in capo all’imperatore), fondata sulla duplice investitura umana (da parte del popolo) e divina (sul trapasso storico, per disegno divino, di tutto il potere dal popolo all’imperatore)¹³;

¹³ *Deo auct. pr. (Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est ...)* e § 7 (... *cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius*

È ovvio che Giustiniano non abbia comminato le pene del crimine di falso per le alterazioni dei testi classici da lui stesso ordinate. Appare meno ovvio che egli le abbia invece comminate per la loro ricerca e individuazione. Il dato rende chiari il significato e la portata dei divieti e limiti imposti all’attività dei professori di diritto, che rappresentavano la dottrina del tempo. Ad essi è preclusa non solo la libertà dell’elaborazione scientifica, ma il suo stesso svolgimento. Come la produzione normativa, tale svolgimento è riservato esclusivamente alla carica imperiale, la quale provvede all’una e all’altro con le *leges*, offrendi appunto, insieme alle norme da applicare, tutto l’apparato concettuale occorrente per la loro applicazione³⁸. Una siffatta lucida concentrazione nella funzione legislativa sia del momento prescrittivo che di quello concettuale del diritto non si è più avuta, a mia conoscenza, nelle fasi successive della nostra tradizione.

Le fonti considerate rendono evidente l’inadeguatezza dell’immagine del notaio, che è stata affacciata dal Sacco, per sintetizzare il

³⁸ In conformità alle vedute del tempo, la preoccupazione per l’esclusione dal circuito produttivo del diritto è avvertita e teorizzata in specie nei riguardi dei giuristi. L’esclusione esisteva peraltro anche per i giudici: cfr. *Tanta*, § 17-18, nonché *Summa rei publicae*, § 3.

scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat his quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt. Adeo ut et si principalis constitutio fuerat in veteribus libris relata, neque ei pepercimus, sed et hoc corrigendum esse putavimus et in melius restaurandum. Nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus...

Tanta, § 19: ... hasce itaque leges [quelle contenute nel Digesto] et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum³⁷ audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus. Nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui ei audientiam patiat, poenis gravissimis laborare.

Formulo, come commento, due rilievi.

³⁷ La costituzione è indirizzata al senato e a tutti i popoli. Nel § 19 l'imperatore si rivolge ai *patres conscripti* et omnes orbis terrarum homines.

– l'affermazione di Giustiniano di non voler dividere con chicchessia il potere ricevuto¹⁴ ;
 – le ripetute attestazioni che competono esclusivamente all'imperatore sia la *conditio legum* che la loro *interpretatio* (comprendente, come si è detto, l'elaborazione dottrinale)¹⁵ ;
 – l'interrogativo retorico, espresso a proposito del potere normativo imperiale¹⁶, *quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestate?*

I dati, sui quali Rodolfo Sacco ha fondato la sua raffigurazione, non trovano supporto nelle fonti a noi pervenute. In esse non si rinvencono tracce della sottolineatura, attribuita a Giustiniano, secondo cui egli «con il suo *Corpus iuris* non aveva voluto creare nulla, ma solo raccogliere le interpretazioni dottorali autorevoli fondate sui *mores*», ove del caso emendandole e razionalizzandole. Similmente in esse non ricorrono indizi nel senso che, secondo Giustiniano, le «singole norme inglobate nel Digesto ...erano legittime non perché

omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem ...).

¹⁴ *Deo auctore, § 7* (si tratta del prosieguo del brano riferito nella nota precedente): *nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias condito rum partes, sed totam nostram esse volumus*

¹⁵ V., in specie, C. 1.14.12 e *Tanta, § 21*

¹⁶ In C. 1.14.12.1

provenivano da un legislatore», bensì «perché constavano di elaborazioni dottorali creatrici nella sostanza, ma formalmente interpretative di un diritto preesistente, formatosi in modo spontaneo».

La rappresentazione del Sacco, secondo cui Giustiniano intese accogliere nel Digesto le «interpretazioni dottorali autorevoli fondate sui *more*» appare fuorviante. L'imperatore dice testualmente di aver tratto il materiale per tale opera dai libri degli antichi *prudentes, quibus auctoritatem conscribendarum interpretarumque legum sacratissimi principes prae-buerunt*¹⁷. Il suo intento di avvalersi soltanto

¹⁷ *Deo auct.*, § 4; Cfr. *Tanta*, § 20a, di cui riferisco la traduzione fattane in *Iustiniani Augusti digesta seu pandectae. Testo e traduzione*, a cura di S. Schipani, I (1-4), Milano 2005, 50: «Come autori di testi che producono diritto o lo commentano abbiamo scelto quelli che erano stati degni di < essere inseriti in > un'opera così grande e che anche i precedenti devotissimi principi non hanno disdegnato di ammettere < fra i giuristi che producono diritto >; a tutti abbiamo attribuito un unico livello di dignità ... Dal momento che, infatti, abbiamo ritenuto opportuno che anche questi testi produttivi di diritto tenessero luogo di costituzioni imperiali, come se li avessimo promulgati noi, che cosa potrebbe intendersi che vi sia di più o di meno in taluni di loro, quando a tutti sono stati accordati la stessa dignità e la stessa potestà?». Com'è evidente, il

cazioni), prescritta dall'imperatore ed eseguita dai commissari.

In realtà Giustiniano falsificò i testi classici, sottraendo la manipolazione di essi effettuata all'accertamento futuro mediante i divieti di comparare la stesura ricevuta nel Digesto con quella originaria e di consultare e utilizzare in qualsiasi modo i testi stessi, venerati a parole, ma sottratti intenzionalmente in fatto, nella loro integrità, per il presente e il futuro, al patrimonio della scienza giuridica³⁶. È puntuale e illuminante, su tutto ciò, la testimonianza giustiniana:

Tanta, § 10: *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum aut minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. Et in multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi*

³⁶ Si attribuisce, ad esempio, a Labeone o Ulpiano l'alterazione recata dai commissari giustiniani, precludendo, insieme all'accesso alla prova di essa, la percezione del loro pensiero (del loro integrale contributo alla scienza giuridica).

*iustitiae*³³. La riserva e reazione suscitate dall'evidente ampollosità retorica non tolgono il dato che Giustiniano impresse una svolta decisiva (si può dire un nuovo corso) alla storia giuridica in Occidente: sicuramente egli è stato il personaggio che ha lasciato finora, in essa, l'impronta maggiore.

Giustiniano si propose, nelle enunciazioni, la composizione dell'insanabile contrasto tra la *reverentia* verso i testi utilizzati degli antichi giuristi e l'attuazione, mediante la loro utilizzazione, della *legum permutatio* ideata³⁴. La *reverentia* declamata trovò applicazione, limitatamente al Digesto, nella citazione del nome dei giuristi, unitamente all'opera e al libro, dai quali erano stati escerpiti i testi in esso ricevuti³⁵. Nella veduta giustiniana la *reverentia* verso i testi antichi non era intaccata dalla loro manipolazione (mediante tagli, aggiunte, modifi-

³³ *Quasi proprium et sacratissimum templum iustitiae* in *Deo auct.*, § 5, e *iustitiae Romanae templum* in *Tanta*, § 20.

³⁴ Tale attuazione è orgogliosamente annunciata dall'imperatore nella costituzione *Omnem* (§ 11), con cui egli provvide alla riforma degli studi giuridici; né si può dire – come risulterà dal prosieguo della trattazione, in contrasto con un convincimento diffuso – che si sia trattato di una vanteria senza fondamento.

³⁵ Com'è noto, la citazione manca nelle *Institutiones*, stese *ex novo*.

delle opere di giuristi che avevano avuto (o egli riteneva che avessero avuto) dai successivi imperatori il *ius respondendi*¹⁸, è rafforzato dal susseguente esplicito divieto di utilizzare altre opere¹⁹. Nella visione di Giustiniano anche i frammenti scelti dei giuristi classici vengono ricondotti al potere imperiale e la forza vincolante dei *Digesta* deriva dal suo potere (attribuitogli, per disegno divino, dal popolo)²⁰.

testo sottintende l'avvenuta abrogazione della c.d. legge delle citazioni [CTh. 1.4.3 (= *Brev.* 1.4.1)].

¹⁸ Raffigurato appunto nelle fonti come *ius respondendi ex auctoritate principis*. Cfr. Pom. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.48-49. I più apprezzati collaboratori di Giustiniano, ai quali egli affidò la stesura delle Istituzioni imperiali, scrissero (1.2.8) che ai giuristi in esame *a Caesare ius respondendi datum est*. Cfr. C. 1.14.12.5.

¹⁹ In chiusura del § 4 della *Const. Deo auctore*, Giustiniano dice di non volere che i *volumina* dei giuristi scartati (senza dubbio dei *prudentes*, ai quali non era stato concesso il *ius respondendi*) «turbino quello che noi sanciamo». Vd., per la traduzione accolta, *Iustiniani Augusti digesta*, cit., 24.

²⁰ Come si è visto, il travisamento, da parte del Sacco, del disegno giustiniano, più che dalle mie parole è reso evidente da quelle dello stesso imperatore. Basterebbe, da sola, a confutare la rappresentazione sacchiana, la considerazione del § 7 della *Const. Deo auctore*, che vale la pena di leggere per intero: «Anche questo, poi, vogliamo che sia per voi» [i commissari incaricati della compilazione del Digesto] «degno di

dedizione, che, qualora troviate negli antichi libri qualcosa di non correttamente collocato o qualcosa di superfluo o non del tutto completo, soppressa la inutile prolissità, sia colmate ciò che è incompleto, sia esponiate ogni argomento di tali opere con proporzione e nel modo più elegante possibile, e curiate non meno anche questo che qualora, nelle antiche leggi o costituzioni che gli antichi giuristi hanno citato nei loro libri, troviate qualcosa di scritto non correttamente, anche questo riformiate e lo presentiate congruamente riordinato, in modo che quanto da voi sia stato scelto e ivi posto, quello risulti essere il 'testo' vero, il migliore, e come se fosse stato scritto così fin dall'inizio, e nessuno osi, in base al confronto con antichi volumi, denunciare che lo scritto è alterato. Poiché, infatti, in base alla antica legge, che era chiamata regia, ogni diritto e ogni potestà del popolo romano sono stati trasferiti nella potestà imperiale, noi invero non dividiamo tutto quello che è stato sancito in diverse parti, in rapporto alle fonti di esse, ma vogliamo che sia tutto nostro: che cosa l'antichità potrebbe abrogare delle nostre leggi? E vogliamo che tutti i testi ora indicati, quando sono stati accolti, abbiano valore a tal punto che, anche se presso gli antichi 'giuristi' siano stati scritti in un modo, e poi si trovino diversamente nella formulazione 'accolta nel nostro codice', non si imputi ciò a una falsità dello scritto, ma lo si ascriva a nostra scelta» [trad. it. *Iustiniani Augusti digesta*, cit., I, 25 s. Ritengo superfluo soffermarmi, in questa sede, su alcuni dubbi che suscita, a mio avviso, la traduzione]. Sono particolarmente significativi questi passaggi:

sti istituzionali dei giuristi classici³⁰. Anche riferita al solo Digesto la prospettazione in esame del Sacco non risulta attendibile. Già a prima vista essa si presenta unilaterale, tenendo esclusivamente conto del metodo compilatorio impiegato³¹, rappresentato nelle fonti col verbo *componere* e il sostantivo *compositio*³². È ignorato il fatto che Giustiniano, col materiale antico che aveva a disposizione e il metodo indicato, proseguì la costruzione di un nuovo sistema giuridico, valido per il suo tempo e ogni evo futuro e detto enfaticamente *templum*

³⁰ *Imperatoriam*, § 6. Anche per la stesura delle Istituzioni giustinianee si coglie il contrasto (su cui vd. *infra* nel testo) tra la reverenza verso l'*antiquitas* e l'innovazione, risolto in fatto a favore della seconda. Nel § 2 della costituzione citata, rivolta, come si sa, agli studenti, Giustiniano chiarisce di avere disposto la redazione del nuovo manuale per dare ad essi la possibilità di *prima cunabula legum non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere* e perché tanto le loro *aures* quanto le loro *animae* fossero in condizione di *nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipere*. Non pare dubbia la valutazione negativa nei confronti delle *fabulae* degli antichi giuristi contrapposte all'*imperialis splendor*.

³¹ Il quale si presentava verosimilmente, nella situazione, come l'unico praticabile.

³² *Deo auct.*, § 12: *Omnem*, § 7; *Tanta* § 10, 12 e 13(14).

to sarà oggetto di considerazione più avanti²⁸. Ai fini della critica qui svolta è sufficiente rilevare che tale produzione sottende una concezione del diritto incompatibile con quella romana di esso come *ars*, che ne implica l'artificialità, la considerazione, così come si presenta nella realtà, quale prodotto umano. In effetti il diritto non rientra tra gli elementi naturali; come tale, non ha un'esistenza ed esplicazioni autonome, ma dipende in tutto e per tutto da attività dell'uomo, che lo pone in essere, lo modifica, lo abroga, lo interpreta, lo elabora, lo applica, lo viola e lo osserva.

Non è vero che Giustiniano, con il *Corpus iuris*, non volle «creare nulla» (e, aggiungo io, non realizzò niente di nuovo), ma intese «solo raccogliere le interpretazioni» degli antichi giuristi. A prescindere dalle *Novellae*, fanno parte del *Corpus iuris* anche il *Codex* e le *Institutiones*, il primo formato con (brani ricavati da) costituzioni imperiali²⁹ e le seconde stese dai commissari addetti, se pure attingendo al manuale e alle *res cottidianae* di Gaio e agli altri te-

²⁸ *Infra*, § 5.

²⁹ V. le istruzioni impartite in proposito dall'imperatore ai commissari incaricati dell'opera in *Haec, quae necessario*, § 2.

La produzione del diritto *moribus*, espressione della concezione repubblicana, era stata soppiantata, nel quadro della progressiva concentrazione della produzione del

- al fine di attuare il proprio disegno riformatore Giustiniano, nel disporre la confezione del Digesto, ordinò ai propri commissari di apportare ai testi utilizzati dei giuristi classici e alle costituzioni imperiali in essi citate tutte le modificazioni all'uopo occorrenti;

- quindi vietò il confronto tra i testi manipolati e la loro stesura originaria e, per giustificare il divieto e, più in generale, il proprio potere di legiferare, non esitò a compiere una falsificazione storica, adducendo un'antica legge che avrebbe operato il trapasso storico dei poteri dal popolo all'imperatore, mentre, come sappiamo, in età imperiale veniva emessa per ogni successivo principe un'apposita *lex de imperio* (cfr. Gai 1.5 e, se pure manipolato, Ul *l. primo instit.* D. 1.4.1pr.);

- per rafforzare l'indicata giustificazione l'imperatore aggiunse ancora che non intendeva dividere in alcun modo il potere legislativo ricevuto, dopo di che si domandò, in modo retorico-polemico, *quid possit antiquitas* (tutto quanto stabilito nell'antichità sia da *leges* che da *iura*) *nostris legibus abrogare?*

Tutto ciò non avrebbe senso, se Giustiniano non avesse voluto anche modificazioni sostanziali dei testi classici, del resto necessarie per realizzare la *legum permutatio* progettata. Ed è illuminante, in proposito, la falsificazione storica già da lui operata, come si è detto, e che tutti avrebbero dovuto ritenere vera, nel prescrivere la confezione del Digesto.

diritto in capo all'imperatore, dai *responsa prudentium* (si intende dei *prudentes* ai quali era stato accordato dal *princeps* il *ius respondendi*). Negli elenchi a noi noti delle fonti del diritto, derivati dall'epoca classica (di Gaio, Pomponio e Papiniano)²¹, non figurano più i *mores* (la recezione *moribus*), mentre compaiono, variamente rappresentati, i *responsa prudentium*²². È sicuro che Giustiniano non intese rimettere in moto la produzione del diritto *moribus* (ad opera dei *cives*, agenti quali membri del *populus*, compartecipi della sovranità, sotto la guida dei giuristi). Al contrario egli si propose di precludere alla radice la ripresa di tale modo di produzione, riservando alla carica imperiale la stessa elaborazione dottrinale e consentendo ai maestri di diritto attività soltanto ricognitive e divulgative, ai fini didattici, delle norme, teorie e concezioni ricevute nei *tria volumina* delle *leges* da lui apprestati (*Codex, Digesta, Institutiones*)²³ e nelle posteriori costituzioni (*Novellae*) da lui promulgate²⁴.

²¹ Per l'esattezza, nella rappresentazione pomponiana, delle *partes iuris*.

²² Gai 1.2-7; Pom *l. sing. ench.* D.1.2.2.4-12; Pa 2 *def.* D. 1.1.7.

²³ *Tanta*, § 12 *Omnem*, § 7.

²⁴ *Deo auct.*, §§ 12-13; *Omnem*, § 8; *Tanta*, §§ 19, 21-22.

L'idea dell'elaborazione dottrinale creatrice nella sostanza, ma formalmente interpretativa, verosimilmente appresa dall'insegnamento del mio maestro Giuseppe Grosso, non può essere riferita alla fase, nella quale i *responsa prudentium* (intesi come *sententiae et opinioniones* degli stessi²⁵) erano ricompresi tra le fonti del diritto e per ciò stesso ritenuti anche formalmente creativi. Essa si è rivelata in seguito inattendibile anche per la fase anteriore, in cui era riconosciuta la recezione *moribus*. È questa uno degli elementi significativi dell'eredità perduta del diritto romano, ancora ignorato dal mio maestro e in generale dalla scienza romanistica quando venne formulata l'idea in esame²⁶. Non mancava, nella recezione *moribus*, l'elemento creativo: esso era individuato dai giuristi romani nella volontà popolare, manifestata dai *cives*, portatori della sovranità, col comportamento concreto²⁷.

La produzione spontanea del diritto (un cavallo di battaglia di Rodolfo Sacco) non trova, a mio avviso, riscontro nei fatti. Il pun-

²⁵ Gai 1.7.

²⁶ Vd. la prima elaborazione in F. GALLO, *Interpretazione*, cit.

²⁷ Secondo la rappresentazione di Giuliano, 84 *dig.* D. 1.3.32.1, *rebus ipsis et factis*.

già menzionata formazione di nuove figure contrattuali.

Resta da considerare la rappresentazione della consuetudine come diritto muto. Il Sacco non specifica l'elemento messo in luce con l'aggettivo usato. Essendo le parole segni convenzionali per indicare determinate cose od esprimere determinati concetti, ogni segno verbale è in via di principio idoneo a rappresentare una determinata entità⁹². Tuttavia, per i segni aventi un significato consolidato, i nuovi impieghi sono da esso condizionati⁹³.

Il Sacco ha sostituito le espressioni proposte diritto muto e fonte muta a quelle prima da lui stesso usate, diritto non scritto e fonte non scritta, derivate dalla distinzione ulpiana *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*⁹⁴. Il significato di queste locuzioni è spiegato nelle Istituzioni giustiniane con riferimento alle città di Atene e Sparta: mentre gli ateniesi fis-

⁹² Ad esempio, l'animale indicato in Italia col segno 'cane', lo è in Spagna col segno 'perro' e in Inghilterra col segno 'dog'.

⁹³ Posso, ad esempio, dire che il mio cane è un leone, ma non indicare il leone col segno cane.

⁹⁴ V. R. SACCO, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), *Le fonti del diritto italiano, II Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 5 ss. Il primo volume dell'opera (Torino 1998) è dedicato a *Le fonti scritte*.

*enucleatam in nostris institutionibus et digestis reddidimus*⁵³.

– la *legum permutatio* attuata da Giustiano, in conseguenza della quale gli antichi indirizzi e concezioni, da lui rimossi e sostituiti con la *legum doctrina*, non risultano tuttora recuperati, nella parte preponderante, dalla scienza romanistica.

L'asserita esclusione di interpolazioni sostanziali nel Digesto trova puntuale esplicitazione nella rappresentazione già considerata dal Sacco, secondo cui, con esso⁵⁴, Giustiano non intese «creare nulla, ma solo raccogliere le interpretazioni dottorali... e, se del caso, emendarle e razionalizzarle».

*L'asserzione che, nel secolo scorso, il diritto romano è uscito di scena verosimilmente in modo definitivo. La tesi, enunciata dallo Schiavone*⁵⁵, in-

⁵³ *Cordi*, § 1. Sulle costituzioni indicate – non adeguatamente considerate in merito al problema delle interpolazioni – v. altri elementi in F. GALLO, *L'eredità (a proposito della produzione del diritto)*, cit., 1010 ss.

⁵⁴ Il Sacco parla in generale del *Corpus iuris*, ma per la formazione del *Codex* non si usarono *iura*, bensì costituzioni imperiali.

⁵⁵ *Ius*, cit., 17. In precedenza R. BONINI, *Giustiano nella storia: il mito e la critica nel settecento illuminista*, Torino, 1991, 57 ss., aveva sostenuto che «la seconda vita del diritto romano» sarebbe già giunta «al suo approdo definitivo» con l'illuminismo, soggiungendo che,

veste un complesso problema, che non è possibile sviscerare nel presente saggio e il cui esame, secondo l'attestazione dello studioso, non ha fatto del resto «parte» del suo «racconto». Rilevo soltanto che, nella visione storica del diritto romano e della sua tradizione, occorrerebbe quanto meno tenere distinti, da un lato, il diritto romano attuale, il diritto giustiniano e il diritto dell'età repubblicana (e ancora primo imperiale), ispirato a una visione democratica e le cui idee guida sono state rimosse dalla *legum permutatio* giustiniana, e tenere conto, dall'altro lato, dello svolgersi in concreto della tradizione, nella quale ogni generazione apprende il diritto e la scienza giuridica da quella precedente e, anche quando si propone e attua modificazioni e riforme, non elimina l'influenza dell'insegnamento ricevuto⁵⁶.

«con l'Ottocento» sarebbe «iniziata una vera e propria nuova età giuridica, che potremmo chiamare post-romanistica». È palese che lo studioso si è basato sul dato formale delle codificazioni, le quali peraltro non hanno attuato, e nemmeno perseguito, relativamente alla concezione del diritto e alle relative implicazioni, una trasformazione paragonabile alla radicale *permutatio* voluta e realizzata da Giustiniano.

⁵⁶ Cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio sul contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la*

taneo. La manchevolezza risulta più chiaramente dal confronto con la teorizzazione del giurista romano Giuliano, a proposito della recezione *moribus*⁹⁰. Il predetto giurista, corifeo al suo tempo della scuola sabiniana, riconobbe l'elemento della volontà umana nella produzione del diritto sia *legibus* che *moribus*, puntualizzando che, nelle prime, essa è manifestata col voto dal *populus* organizzato nei comizi e, nei secondi, è espressa dallo stesso (dai *cives* che lo compongono)⁹¹ col comportamento concreto: come dice efficacemente il giurista, *rebus ipsis et factis* (ad esempio, con l'applicazione dello schema negoziale apprestato dal *prudens* interpellato per appagare una nuova esigenza insorta). Non par dubbio che ancora al presente il nucleo della teorizzazione giuliana sulla recezione *moribus* offra una rappresentazione della produzione del diritto in via extralegislativa più adeguata e rispondente alla realtà che non quella in negativo del Sacco: richiamo, per la nostra esperienza, la

⁹⁰ Iul. 84 *dig.* D. 1.3,32.

⁹¹ Occorre tenere presente un dato spesso trascurato: come in altri comportamenti, anche nell'esercizio del voto l'uomo agisce, se pure in concorso con altri soggetti, individualmente (in tale esercizio e nella recezione *moribus* il singolo agiva nella veste di *civis*).

– lasso di tempo. Il passaggio istantaneo dalla non giuridicità alla giuridicità può aversi con la legge, o al momento della sua emanazione o della pubblicazione in appositi albi o gazzette o della scadenza della *vacatio legis*⁸⁷.

Come si è visto, l'asserita spontaneità, addotta dal Sacco, è da lui considerata solo dal punto di vista negativo⁸⁸. Sulla scia della tradizione derivata da Giustiniano egli lascia in ombra la volontarietà, che non appare disgiunta dalla spontaneità riferita al comportamento umano⁸⁹. In sostanza non emerge dalla sua trattazione in che cosa consistano positivamente la spontaneità e il diritto spon-

⁸⁷ Prescindo dal tempo richiesto dalla procedura, la quale può essere rapida, come lenta, oppure non giungere a compimento. Per un lungo periodo, nell'esperienza romana, lo sviluppo del diritto è avvenuto, nell'ambito del *ius privatum* (a prescindere dall'episodio delle XII tavole e da alcune leggi posteriori), mediante la recezione *moribus*, a cui si è quindi affiancata la *iurisdictio praetoria*. (Si può dire che, in tale ambito, si ricorse alla legge per produrre salti qualitativi immediati oppure modificazioni aventi un forte impatto sociale).

⁸⁸ R. SACCO, *Antropologia*, cit., 279: «...senza l'intervento dell'autorità politica, senza... » ecc.

⁸⁹ Il contrario deve dirsi evidentemente per la spontaneità riferita alla produzione naturale, indipendente dal concorso umano.

Certo la tesi affacciata dallo Schiavone trova il gradimento della corrente dei comparatisti, i quali ritengono di poter svolgere oggi «quella *mission civilisatrice*», che era in precedenza assegnata al diritto romano⁵⁷. Al riguardo mi paiono da precisare due punti.

Anche agli storici del diritto non è estranea la comparazione fra i diritti studiati e quello attuale, a cui sogliono esplicitamente o implicitamente commisurare i primi; similmente anche i comparatisti, prima di procedere alla comparazione dei diritti stranieri studiati tra loro o con il proprio, devono acquisirne un'adeguata conoscenza.

Non ha senso, a mio avviso, una competizione tra storici del diritto e comparatisti in merito ai risultati conseguiti nei rispettivi ambiti e offerti ai cultori del diritto positivo. Anche nel campo giuridico, come in ogni altro, gli elementi utili si prendono dove si trovano. Per parte mia, perseguo il recupero dell'eredità perduta del diritto romano perché

revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano), I, Torino, 1992, 11 ss.

⁵⁷ Cfr. B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milano, 2004, 5 [titolo originale: *Comparative Law in the courtroom and classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland Oregon, 2003].

ritengo che essa presenti elementi utili, non rintracciati, a mia conoscenza, nella comparazione tra diritti vigenti, ai fini della revisione di incongruenze e storture presenti nell'attuale scienza giuridica e, di riflesso, nello stesso diritto vigente.

Scrivono lo Schiavone che «il declino» del diritto romano è «già in qualche modo percepibile nell'Europa dei tardi anni Venti» [del «secolo appena concluso»], «diciamo dopo Weber e dopo il Kelsen degli scritti viennesi, o, se si preferisce, con l'imporsi dei regimi totalitari»⁵⁸. Per quanto riguarda il Kelsen, pare verosimile che lo Schiavone abbia inteso riferirsi alla dottrina pura del diritto, della quale lo studioso praghese aveva già anticipato elementi nell'opera *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pubblicata nel 1911⁵⁹, e di cui, a distanza di oltre vent'anni, elaborò una prima sintesi nel saggio *La dottrina pura del diritto. Metodo e*

⁵⁸ A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 17 s.

⁵⁹ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911. Lo studioso [v. H. KELSEN, *Scritti autobiografici* (trad. a cura di M. LOSANO), Reggio Emilia 2008, 58] rilevò che «questo lavoro si fonda sulla convinzione che il diritto è per sua natura norma e che quindi ogni teoria giuridica deve presentarsi come una dottrina delle norme giuridiche e, in quanto tale, come una dottrina del diritto oggettivo, cioè positivo».

non sono tenuti a seguirne le indicazioni, ponendo in essere i comportamenti suggeriti, ma quando questi non vengono posti in essere, si è al di fuori della formazione della consuetudine.

La visione romana della recezione *morbis* guidata dall'*interpretatio* dei *prudentes* risponde alla realtà: si può dire che il legame tra esse è fisiologico; la separazione tra l'attività interpretativa-elaborativa dei giuristi e la formazione consuetudinaria è stata posta in essere⁸⁴ già nell'esperienza romana per ragioni politiche-ideologiche, se pure da secoli non più percepite⁸⁵.

Gli apporti del Sacco alla teoria della consuetudine non tengono sovente conto della realtà, talora travisandola.

Lo studioso prospetta la formazione «istantanea» di consuetudini⁸⁶, la quale, almeno nella generalità dei casi, non può verificarsi, dato che, per l'esistenza della norma consuetudinaria non bastano comportamenti isolati, ma occorre l'applicazione generalizzata, la quale, salvo casi eccezionali a me sconosciuti, richiede un congruo – diverso da caso a caso

⁸⁴ Com'è ovvio, sul piano enunciativo della dottrina e delle norme, non nella realtà.

⁸⁵ Cfr. F. GALLO, *Dottrina*, cit., 350 ss.

⁸⁶ R. SACCO, *Antropologia*, cit., 177.

comoda quanto, di regola, insufficiente⁸². È vero che non si ha, nella formazione consuetudinaria, l'influsso cogente del giurista sapiente. È però altrettanto vero che essa, come era già stato percepito nell'esperienza romana, è guidata dalle indicazioni dei giuristi. Non è dubbio, ad esempio, che, nel diritto romano, la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* furono apprestati dai giuristi, così come, nella nostra esperienza recente, le forme contrattuali del *leasing* e del *franchising* sono state suggerite agli operatori da esperti di diritto⁸³. Viene meno, a ben vedere, lo stesso elemento della spontaneità, dato che i soggetti, i quali pongono in essere i comportamenti che determinano il formarsi della consuetudine, non agiscono in modo spontaneo, ma su indicazione di esperti del diritto. È vero che essi

⁸² Non basta, ad esempio, per la raffigurazione di un frutto, dire che esso non è una fragola.

⁸³ L'espressione è da intendere in senso ampio: essa non può essere riferita ai soli giuristi con l'iniziale maiuscola. Ho il ricordo personale, risalente agli anni '30 del secolo passato, di un *quivis de populo*, a cui i compaesani solevano rivolgersi per loro necessità giuridiche (ad esempio, stendere per iscritto il compromesso per l'acquisto di una vigna o di un prato). Per decenni siffatta assistenza è stata in larga parte prestata, almeno negli ambienti rurali di cui ho conoscenza, da geometri.

concetti fondamentali, apparsa, in Italia, nell'*Archivio giuridico*⁶⁰. In effetti, a primo aspetto, tale dottrina appare una novità, che si distacca dalla tradizione romanistica. Tuttavia, come si mostrerà⁶¹, il Kelsen, che aveva seguito gli studi giuridici a Vienna nei primi anni del millenovecento, nella sua dottrina avente ancora oggi tenaci sostenitori, teorizzò elementi che erano già presenti nel sistema introdotto da Giustiniano con la *legum permutatio* ed ebbero una forte ripresa con le codificazioni.

3. – In sé e per sé considerata, secondo le parole usate, la definizione celsina del diritto conserva, nel Digesto, il significato che essa aveva avuto in Celso e Ulpiano: *ius* continua a indicare il diritto, *ars* continua a evocare l'arte, con l'implicito dato dell'artificialità, e il binomio *bonum et aequum* continua a raffigurare il buono e l'equo (quest'ultimo ancora nella prospettiva dell'uguaglianza, come conferma la traduzione, nei Basilici, di *aequum* con ἴσον)⁶².

⁶⁰ XXVI, 1993, 121 ss. (trad. R. TREVES). Sulla vicenda di questo saggio v. *Scritti*, cit., 16 ss.

⁶¹ *Infra*, § 5 sotto B).

⁶² V., ampiamente, sul punto, F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX*

Il significato della definizione, nella visuale e nel sistema giustiniano, è peraltro profondamente cambiato rispetto a quello che essa aveva avuto nei predetti giuristi classici. La causa può sintetizzarsi nella *legum permutatio*, con la quale Giustiniano diede compiuta attuazione e veste teorica al lungo trapasso che era avvenuto, dalla struttura repubblicana a base democratica, attraverso la fase intermedia del principato, all'assetto assolutistico del dominio.

Si è già rilevato che, con una falsificazione, i giustiniani attribuirono alla *lex de imperio* il passaggio storico, per disegno divino, della totalità del potere dal popolo alla carica imperiale, nella quale si tendeva quindi a ritenere concentrata la produzione e l'interpretazione del diritto. La funzione della *iurisdictio*, che aveva dato vita al *ius honorarium*, si presentava superflua nel nuovo sistema, in quanto, in ipotesi di vuoti normativi o incertezze interpretative, i giudici, ridotti a bocca della legge, dovevano chiedere il lume imperiale. Anche i giuristi, in conseguenza dell'avvenuta eliminazione della recezione *moribus*, da essi guidata, erano del tutto esclusi,

e l'anonimo sulla strategia, in *Aequitas. Giornate in memoria di Silli, Atti del convegno* (Trento 11-12/4/2002), Padova 2006, 275 ss.

Soprattutto, come ho già rilevato, la costituzione rientra nella categoria della legge, di cui reca i limiti fondamentali. Come la legge ordinaria non esaurisce il diritto e non è al di sopra, ma al di sotto di esso. Anche i testi costituzionali presentano, o fin dall'origine o a causa di intervenuti mutamenti nell'assetto economico sociale, norme non rispondenti ai supremi criteri del *bonum et aequum*, le quali, in aderenza alle esigenze umane, devono essere ricondotte ad esse⁸⁰, in attesa dell'adeguamento del dettato costituzionale, nell'applicazione concreta⁸¹ in via giudiziaria.

Le vedute risalenti a Giustiniano hanno influenzato anche su altri punti la raffigurazione sacchiana del diritto spontaneo, a cui egli riconduce la consuetudine. Considero, tra essi, l'asserzione che tale diritto è «creato ... fuori dell'influsso cogente ... del giurista sapiente». Palesemente in essa persiste la separazione, già annunciata in precedenza e stabilizzata da Giustiniano nelle declamazioni dottrinali e legislative, tra l'interpretazione e la formazione consuetudinaria. Il Sacco si è fermato alla determinazione negativa, tanto

⁸⁰ Al diritto con i suoi connotati.

⁸¹ Al livello, cioè, in cui il diritto incide sui rapporti e interessi umani.

Il Sacco sembra avere dalla sua il dato che la consuetudine non è contemplata, ad esempio, nella nostra costituzione. Il dato non è però ascrivibile al fatto che i nostri costituenti ritenevano che la consuetudine avesse, in se stessa (secondo il Sacco, nella spontaneità) la propria giustificazione. È stata viceversa decisiva, in proposito, la reputata scarsa rilevanza della consuetudine nel sistema, in linea, a distanza di tanti secoli, col pensiero giustiniano⁷⁹.

senza coazione o influenze esterne; produzione senza l'intervento umano, cioè naturale (come avviene, ad esempio per i funghi o le erbacce che nascono, indesiderate, nel mio orto). Era perciò opportuno premettere al suo impiego nel sintagma 'diritto spontaneo' una determinazione, specie in rapporto alla volontarietà. Si deve inoltre precisare che la spontaneità (a prescindere dalla sua necessaria determinazione) può riguardare i comportamenti che determinano la formazione della consuetudine, non quest'ultima già formata, munita della doverosità.

⁷⁹ Sembra presentarsi un'analogia, pur con le indefettabili differenze, con la mancata inserzione, da parte dei commissari giustiniani, della definizione celsina del diritto nelle *Institutiones* imperiali, destinate a contenere le basi del sapere giuridico. Nel sistema giustiniano la definizione indicata era riferita nel Digesto; nel nostro la consuetudine è disciplinata dalla legge ordinaria, la cui formazione è contemplata nella costituzione.

nel disegno giustiniano, dal circuito della produzione del diritto: l'elaborazione dottrinale – rientrante, secondo la tradizione ricevuta dall'epoca classica, nell'*interpretatio* – spettava esclusivamente all'imperatore, mentre il compito dei professori di diritto (nella visione giustiniana non sono considerati altri giuristi) era limitata alle attività, rivolte all'insegnamento e reputate solo ricognitive, stabilite in via legislativa. Restava la consuetudine. Realisticamente Giustiniano, ritenendola (un male) inestirpabile, riconobbe ad essa un ruolo il più possibile circoscritto nella produzione del diritto.

Sono evidenti, sul punto, le contraddizioni nel sistema giustiniano, in cui la riduzione della scienza giuridica a *legum doctrina* o *scientia* coesiste con la collocazione della consuetudine tra le fonti del diritto, collocazione a cui si è cercato, d'altro canto, di togliere significato, sia con la subordinazione (della consuetudine stessa) alla *ratio* e alla legge (comportante, negli intenti, la sottoposizione al vaglio dell'insindacabile giudizio imperiale), sia mediante l'oscuramento della sua produzione da parte del *populus*, nella quale si concretizza l'elemento dell'artificialità, ricollegandone la *comprobatio* al consenso di coloro che ne fanno uso.

Da un punto di vista formale, la definizione celsina del diritto, riferita nel Digesto, si presenta ancora consonante col sistema e la dottrina giustiniana. L'elemento dell'artificialità appare chiaro nella legge, la cui produzione compete all'imperatore, anch'egli appartenente al genere umano. Per la consuetudine, l'oscuramento del modo di produzione rendeva possibile il riferimento al potere imperiale, mediante la sua subordinazione alla *ratio* e alla *lex*, la prima valutata e la seconda posta esclusivamente dall'imperatore⁶³. Quanto al *bonum et aequum*, non era dubitabile, nella visione giustiniana, la loro piena osservanza nella posizione delle norme da parte dell'imperatore, ritenuto assistito, nel porle, dall'illuminazione divina, così come era certo, in coerenza, che il diritto da lui posto presentava i relativi connotati.

Tuttavia, nel sistema e nella dottrina giustiniana, la definizione celsina perse rilievo pratico. L'artificialità del diritto, coesistente con la sua produzione da parte dell'imperatore (salvo le frange, in ogni modo ad essa ricondotte, della consuetudine) venne sovrastata dalla seconda. Parallelamente la conside-

⁶³ Cfr. F. GALLO, *L'eredità (a proposito della produzione del diritto)* cit., 1048 s.

della fila, l'imposizione del pizzo, se pure ampiamente praticata e generalizzata, non è diventata e non diventa una consuetudine, si intende, giuridica (= diritto), perché non è rispondente al *bonum et aequum*: ai connotati della ragionevolezza ed eguaglianza che contraddistinguono il diritto.

Il Sacco asserisce che «il diritto spontaneo..., proprio perché spontaneo, non ha bisogno di chiedere nessuna giustificazione a nessuna costituzione»⁷⁷: la spontaneità, così come da lui delineata, non giustifica e non spiega, però, la formazione della consuetudine. Se così fosse, sarebbe diventata e potrebbe diventare tale anche l'imposizione del 'pizzo'⁷⁸.

zo' non è un'imposizione, ma un corretto compenso per la protezione assicurata, che richiede mezzi finanziari e persone. Certo, il profluvio di parole non sciolse, ai miei occhi, il nodo che la protezione viene data contro le malversazioni, i danneggiamenti, o peggio, minacciati e posti in essere dalla stessa organizzazione che impone, per evitare di esserne colpiti, il 'pizzo'. È però anche certo che l'*opinio* non ha come suo requisito la verità.

⁷⁷ R. SACCO, *Antropologia*, cit., 180.

⁷⁸ L'aggettivo 'spontaneo' non è un termine tecnico-giuridico. Nel linguaggio comune presenta due principali significati riferibili alla produzione, che possono essere così enunciati: produzione da parte dell'uomo

la fase della formazione, l'indispensabile potere creativo e i criteri con cui si individua il diritto nell'ambito della produzione umana.

Esemplifico con due casi noti a tutti: la 'fila' e il 'pizzo'.

Non so come e quando si determinò l'esigenza di regolare, fra gli interessati, l'accesso ad un determinato luogo: penso a una pluralità di persone convenute ad attingere l'acqua ad una fonte o un pozzo comune. Al fine di evitare risse e soprusi (l'uso della forza da parte dell'ultimo venuto) un 'saggio' suggerì di seguire l'ordine di arrivo: in buona sostanza di fare la fila. Il suggerimento indubbiamente ragionevole e rispondente, nella situazione, al principio dell'eguaglianza, venne applicato e si generalizzò, diventando così una consuetudine (regola giuridica).

Come la fila, l'imposizione del «pizzo» entra nella descrizione sacchiana: è configurata «senza l'intervento dell'autorità politica, senza il soccorso della rivelazione, fuori dall'influsso cogente del giudice giurista o del giurista sapiente». Non si può inoltre escludere l'esistenza dell'*opinio iuris*, che può anche essere errata⁷⁶. Ciononostante, a differenza

⁷⁶ Ricordo che anni addietro un taxista, nel portarmi all'aeroporto di una città meridionale, mi spiegò, con dovizia di argomenti e tanta convinzione, che il 'piz-

razione del *bonum et aequum* si palesò superflua, in quanto, per un verso, la produzione del diritto da parte dell'imperatore era ritenuta, per definizione, ad essi rispondente, e, per l'altro, risultava comunque esclusa ogni valutazione in ordine alla rispondenza stessa. Non è escluso che l'attenzione alla definizione celsina sia apparsa addirittura pericolosa, dato che essa poteva sollecitare la critica alle scelte imperiali nella posizione del diritto. La ritenuta inutilità della definizione celsina, unita alla possibile circospezione in ordine ad essa, trovò concreto riscontro nella stesura delle *Institutiones*, che, secondo il disegno imperiale, dovevano fornire alla *cupida legum iuventus* i *prima legum cunabula*, specificati nella costituzione *Tanta* come *totius eruditionis prima fundamenta atque elementa*. I commissari scelti dall'imperatore per tale stesura, sulla base della loro preparazione e provata fedeltà, omisero volutamente, nel titolo iniziale *de iustitia et iure*, la definizione celsina del diritto: in suo luogo, per rappresentare l'oggetto dello studio del diritto, riferirono i *tria praecepta iuris* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) derivati da concezioni stoiche di stampo giusnaturalistico⁶⁴.

⁶⁴ V., in argomento, F. GALLO, *Fondamenti romanistici*

Come altri elementi, la definizione celsina del diritto non ebbe, dai giustinianeî, una considerazione univoca. Nel Digesto essa è riferita in posizione di rilievo, nella parte iniziale del frammento ulpiano scelto per aprire il titolo primo *de iustitia et iure*; viceversa i redattori delle *Institutiones* non la ritennero idonea a rappresentare l'oggetto dello studio del diritto (e, quindi, il diritto stesso), sostituendo ad essa, nel discorso ulpiano utilizzato nel luogo specifico, i *tria praecepta* sopra riferiti, dei

*del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica, in Tradizione romanistica e costituzione, diretto da L. Labruna, a cura di M. Baccari e C. Cascione, Napoli-Roma, 2006, 1078 ss. Agli elementi ivi adottati si può aggiungere che le concezioni giusnaturalistiche stoiche, espresse nei *tria praecepta*, appaiono incompatibili con la visione ulpiana del diritto naturale come *ius, quod natura omnia animalia docuit*. Nell'ambito degli animali diversi dall'uomo (nell'ordine che lo regge) non c'è spazio per tali precetti. In contrasto, ad esempio, col divieto di *alterum non laedere*, non solo i leoni e le tigri vivono di caccia, ma anche la mite rondine è insettivora e la gallina domestica si ciba volentieri di lombrichi, lumachini e altri animaletti. Una minoranza degli stessi uomini pratica ancora, se pure con molte limitazioni, la caccia. Per altro verso, nel titolo primo delle Istituzioni giustiniane, i *tria praecepta* raffigurano l'oggetto dello studio di tutto il diritto in vigore (posto dall'imperatore), non solo di una o più partizioni di esso.*

volta esistente, deve essere osservata come quella legislativa.

Da ultimo Rodolfo Sacco rileva che «un'espressione meno esposta a critiche» [rispetto a consuetudine] «può essere 'diritto spontaneo', cioè diritto creato senza l'intervento dell'autorità politica, senza il soccorso della rivelazione, fuori dall'influsso cogente del giudice giurista o del giurista sapiente». Peraltro lo stesso studioso riconosce che anche l'espressione indicata «ha un tallone d'Achille», aggiungendo che «vedremo se in futuro si troverà un'espressione migliore» e ricordando che lui «(lui solo però) guarda con favore l'espressione diritto muto»⁷⁵.

A mio avviso non è tanto questione di rappresentazione terminologica, quanto di percezione dei dati della realtà, alla quale ovviamente la terminologia che si usa deve essere appropriata: non credo cioè che sia da cambiare il termine consuetudine, ma da meglio percepire la realtà con esso rappresentata e da costruire un concetto ad essa adeguato.

Il diritto spontaneo, raffigurato dal Sacco, incontra le stesse obiezioni incontrate dal requisito della convinzione giuridica della teoria tradizionale. Anch'esso lascia in ombra

⁷⁵ R. SACCO, *Antropologia*, cit., 179.

Le difficoltà non sono superate, mettendo in campo la spontaneità.

Il Bonfante aveva indicato, quale requisito della consuetudine, a lato della «convinzione giuridica», l'«osservanza spontanea»⁷⁴. Similmente all'uso, l'osservanza presuppone la norma già esistente: finché essa non esiste, non può essere osservata, ma solo ideata e posta in essere. La stessa prospettiva dei requisiti lascia in ombra la fase della formazione e il relativo potere. L'espressione 'osservanza spontanea' appare equivoca e contraddittoria. Come si è detto, l'osservanza presuppone l'esistenza e la norma consuetudinaria, una

loro rappresentazione del *ius ex non scripto*, il *consensus utentium* al *consensus populi* dei testi classici. Il *consensus* è così ridotto al fatto dell'uso, in cui non è ricompresa la produzione, dal pari non evocata dal plurale usi. Nella stesura originaria dell'art. 8 dis prel. il capoverso stabiliva la prevalenza degli usi sulle norme corporative. Caduto questo capoverso con la soppressione dell'ordinamento corporativo, resta solo il comma 1, secondo cui «gli usi hanno efficacia» solo se richiamati dalle leggi e dai regolamenti, costituenti, a loro volta, a tenore del precedente art. 1, le sole fonti residue del nuovo sistema. Quindi, al livello declamatorio, non rispondente alla realtà, il codice civile italiano vigente prevede soltanto la consuetudine richiamata dalla legge (*secundum legem*).

⁷⁴ BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (rist. X^a ed.), Torino, 1951, 22.

quali è palese l'inadeguatezza sul piano giuridico (*honeste vivere* è addirittura errato), al fine di dare un fondamento giusnaturalistico al nuovo sistema instaurato, in linea con la presentazione del Digesto come *templum iustitiae*.

Non è dubbio che la concezione giustiniana del diritto è meglio rappresentata nelle *Institutiones*. Il che venne percepito e trovò sviluppo nella posteriore tradizione romanistica.

4. – La ripresa dello studio del diritto romano ebbe inizio, com'è noto, nella scuola di Bologna, dalla quale si irradiò in ambito europeo, sulla base dei testi legislativi giustiniani (significativamente detti *Corpus iuris civilis*), se pure, come puntualizzato dal Savigny, «nei limiti e nella forma» che essi avevano ricevuto da tale scuola⁶⁵.

Ciò stante, appare del tutto naturale che la formazione della scienza giuridica (in specie per i problemi generali) sia stata influenzata dalla concezione giustiniana. Si presenta paradigmatica, al riguardo, la sorte, che cerco di tratteggiare, della definizione celsina del diritto.

⁶⁵ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 66 s. [trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1866, 89 s.].

Il fondamentale elemento dell'artificialità, svuotato, come si è visto, dalla *legum doctrina* giustiniana congiunta alla ritenuta assistenza divina all'attività imperiale, è stato rimosso e non più recuperato dalla scienza giuridica. Si comprende, quindi, come l'Irti, credendo di vedere nella produzione del diritto da parte dell'uomo una scoperta, l'abbia reputata una novità terribile, audace e crudele⁶⁶. Dal suo punto di vista, in relazione alla circoscritta esperienza storica considerata, lo studioso ha ragione. Le cose stanno però diversamente. Come era già stato percepito e teorizzato da Celso, la produzione umana del diritto è un dato della realtà mai venuto meno nell'esperienza terrena. Nella rappresentazione dell'Irti, l'asserita (ma inesistente) terribilità, audacia e crudeltà di tale produzione è da porre in relazione col fatto che essa, rendendo manifesta l'inadeguatezza, rispetto alle grandi trasformazioni in atto e alle relative esigenze delle concezioni ricevute dalla tradizione, mette in crisi coloro che, fin dagli studi universita-

⁶⁶ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, VI e 7. V. esame critico in F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Atti Acc. Scienze Torino, Classe scienze morali*, CXXXIX-CLX, 2005-2006, 3 ss. [= *Riv. dir. civ.*, LIII, 2007, I, 19 ss.].

tenuto⁷¹. In secondo luogo, nella teorizzazione della consuetudine occorre tenere conto che, nella stessa tradizione occidentale, si rinvengono esempi di sistemi giuridici, nei quali la formazione consuetudinaria è prevalente su quella legislativa⁷². Infine è comunque decisivo il rilievo che, nei riguardi della produzione del diritto e del diritto prodotto, non ha peso il profilo quantitativo: in ogni caso la produzione normativa deve avvenire ad opera di chi ne ha il potere e nei modi previsti; similmente ogni norma sia procedurale che sostanziale prodotta deve presentare gli elementi che caratterizzano il diritto, in assenza dei quali non si configura una norma giuridica⁷³.

⁷¹ Concordo, su questo punto, con la diagnosi di Rodolfo Sacco.

⁷² Per secoli il diritto privato romano, che si era formato *moribus*, si è sviluppato in massima parte nello stesso modo. E' pure da tenere presente il vigente sistema tedesco, nel quale si riconosce, in via di principio, alla norma consuetudinaria lo stesso rango di quella legislativa. V., per la letteratura, citazioni in F. GALLO, *L'eredità (a proposito della produzione del diritto)*, cit., 1033, nt. 41.

⁷³ Nel codice civile italiano vigente l'influenza della visione giustiniana si è esplicita anche al livello terminologico, con la sostituzione del segno 'usi' a 'consuetudine' (v. in part. artt. 1,8 e 9 dis prel.). I redattori delle *Institutiones* giustiniane avevano sostituito, nella

sta dalla formazione consuetudinaria vuol dire ammettere la formazione stessa anche in casi quali quelli sopramenzionati: vuol dire, generalizzando, ammettere la formazione di consuetudini irragionevoli e comportanti disuguaglianze (e perciò stesso di diritto cosiffatto), dato che, come in natura nascono funghi commestibili e funghi velenosi, così gli esseri umani sono stati e sono autori di comportamenti rientranti non solo nella sfera del buono (fino all'eroico), ma anche in quella del cattivo (fino al malvagio).

La produzione del diritto, di tutto il diritto, richiede insieme alla volontà, con la connessa valutazione indicata, il potere di produrlo, costituito dalla sovranità. Non fa eccezione, sul punto, la formazione consuetudinaria, al cui proposito può stupire, a primo aspetto, il collegamento ad essa, solitamente ignorato dalla dottrina. Tale collegamento è, in effetti, uno degli elementi dell'eredità perduta del diritto romano, di cui auspico e perseguo il recupero. Non ha in specie fondamento, rispetto ad esso, l'obiezione del ruolo, del tutto secondario, rivestito dalla consuetudine di fronte alla legge. Anzitutto anche nel nostro sistema, come in altri a base legislativa, la consuetudine ha più ampie esplicazioni e maggiore rilievo di quanto comunemente ri-

ri, le avevano poste a fondamento del loro sapere giuridico.

I criteri del *bonum et aequum*, ritenuti, nel sistema giustiniano, per un verso inutili e per l'altro accessibili soltanto all'imperatore (sua riserva esclusiva), ebbero, nella posteriore tradizione romanistica, una sorte analoga a quella, testé sintetizzata, dell'artificialità. È interessante rilevare che, nelle grandi teorizzazioni contrapposte del giusnaturalismo e del positivismo le ragioni per la rimozione (o il mancato recupero) dei criteri in oggetto corrispondono ancora a quelle indicate per il diritto giustiniano.

Nella visione giusnaturalistica è inammissibile (appare un controsenso) che il diritto naturale, per definizione giusto, possa essere non rispondente al *bonum et aequum*. Nella visione giuspositivistica è escluso a priori che la legge posta, superiore a tutto, possa essere disattesa o corretta nell'applicazione ai casi concreti: *dura lex, sed lex*.

Nell'esperienza più recente si è ammesso che anche la legge possa essere sindacata e corretta, in base a determinazioni superiori: carte costituzionali e dichiarazioni internazionali dei diritti dell'uomo. Non si è però abbandonata la visuale giuspositivistica della riduzione del diritto alla legge. Prendo ad

esempio il sistema italiano vigente, in relazione alla carta costituzionale. Anche quest'ultima è una legge positiva, che incontra, come tale, i limiti incontrati dalla legge ordinaria. Si ripropongono, in altre parole, per l'istanza superiore, le ragioni che hanno indotto a porla in essere per superare le inadeguatezze di quella inferiore. In questa prospettiva si innesca palesemente un meccanismo senza fine. Il problema può essere risolto soltanto con l'abbandono dell'orizzonte giuspositivistico, riconoscendo, in fatto, la soggezione della legge al diritto, con la sua connessa sottoposizione ai criteri (appunto il *bonum et aequum*) che lo informano.

Nella carta costituzionale è stabilito, tra i principi fondamentali, il principio di eguaglianza, da cui è stato enucleato quello della ragionevolezza. I due principi sono peraltro abitualmente considerati alla stregua degli altri principi assunti come fondamentali al livello costituzionale: manca il riconoscimento, in essi, dei supremi criteri ispiratori, a cui devono sottostare tutte le norme poste, sia ordinarie che costituzionali. Chiaramente, nella nostra attuale esperienza, i criteri del *bonum et aequum* sono ancora da recuperare, prima che sul piano operativo, su quello concettuale.

I predetti requisiti non spiegano come la consuetudine si formi (la presuppongono già formata) e non offrono una giustificazione della sua formazione e della produzione, mediante essa, del diritto. Il convincimento non cambia la natura delle cose: come non può rendere buono ciò che è cattivo, così non può rendere giuridico ciò che è contrario al diritto. Penso, ad esempio, a ciò che avviene abitualmente in vari stadi, e anche al di fuori di essi, in occasione di partite di calcio, ai danneggiamenti che si sogliono fare (se non programmare) a margine di talune manifestazioni di massa, agli atti di bullismo nelle scuole, alle occupazioni abusive di edifici; e il discorso può allargarsi a comportamenti continuativi o ripetitivi ben più gravi (purtroppo anch'essi non estranei all'esperienza umana), quali l'esercizio della pirateria e del sequestro di persona.

La rimozione dal diritto dell'artificialità e dei criteri del *bonum et aequum* ha avuto, nella scienza giuridica, effetti devastanti. Il diritto, tutto il diritto, sia posto in via legislativa che consuetudinaria, è artificiale (un prodotto umano). Tutto il diritto, sia legislativo che consuetudinario, deve rispondere ai criteri del *bonum et aequum*, il che mette necessariamente in gioco la valutazione umana. Escludere que-

sori di diritto, quando parlano delle fonti, menzionano a voce alta la legge, e poi (non sempre, non tutti, ahimè) aggiungono a bassa voce la consuetudine, non senza sottolineare ch'essa è piena di difetti, poiché dipende da un'elaborazione troppo lenta e perciò fatalmente arretrata»⁷⁰. Tolta la vivacità espressiva, la descrizione corrisponde ancora largamente alla visione dei giustiniani, i quali, come si è visto, riconobbero alla consuetudine il ruolo di fonte del diritto, ma tolsero, per quanto possibile, rilievo al dato, subordinandola alla *ratio* e alla legge e celando l'elemento, da cui dipende, in essa, la creazione del diritto.

I teorici della consuetudine hanno solitamente individuato, in essa, i due requisiti del comportamento ripetuto e stabilizzato (elemento esterno) e della convinzione giuridica (elemento interno, rappresentato, specie in passato, come *opinio iuris* o *opinio iuris ac necessitatis*). Palesemente la teorizzazione si muove ancora nell'alveo seguito dai giustiniani, i quali avevano ad arte trascurato, a proposito della consuetudine, la fase della formazione e celato la volontà popolare sottesa alla produzione del diritto.

⁷⁰ R. SACCO, *Antropologia*, cit., 176 s.

La rimozione dell'artificialità e dei criteri del *bonum et aequum* non mancò di ripercuotersi sulla definizione celsina del diritto, in cui l'una e gli altri sono enunciati. La percezione dell'irriducibilità della definizione alle concezioni correnti ha dato luogo a due orientamenti diversi: da una parte si è cercato di ricondurla nell'alveo del pensiero dominante e, dall'altro, se ne è giustificata la rimozione, ponendone in luce supposti insanabili difetti.

Rientrano nel primo orientamento:

– la sostituzione, in via interpretativa, del *definiendum*, rappresentato dal *ius*, con *scientia iuris*, rispetto alla quale, riconoscendosi che essa è opera della dottrina, non si frappongono ostacoli alla sussunzione nel genere *ars*;

– l'interpretazione di *ars* – esprime nel *definiens* il genere prossimo – nel senso di sistema, grazie alla quale la definizione (il diritto è il sistema del buono e dell'equo) viene ricondotta alla visuale giusnaturalistica;

– l'interpretazione, sovente congiunta a quella precedente, di *aequum* – esprime, insieme a *bonum*, nel *definiens*, la differenza specifica – nel senso di giusto, in forza della quale si ha ancora la riconduzione della definizione (il diritto è l'arte – o il sistema – del buono e del giusto) alla visuale giusnaturalistica;

Il secondo orientamento ha avuto il sostenitore più forte in Fritz Schultz, il quale ha sprezzantemente giudicato la definizione celsina del diritto una formula superficiale e vuota ('nichtssagende')⁶⁷.

Tuttavia, da un lato, le fonti mostrano in modo univoco che, nella definizione celsina, *ius* indica il diritto, *ars* indica l'arte, o la tecnica⁶⁸, ed *aequum* evoca l'eguaglianza (nel senso della proporzione); dall'altro lato la considerazione della realtà e delle esigenze umane (che, rispetto alla disciplina giuridica, ne sono un elemento) evidenzia che la definizione stessa è aderente ad esse, mentre non possono dirsi tali le concezioni in nome delle quali è stata travisata o rimossa.

5. – I fatti contano più delle parole, il che vale anche per la valutazione della persi-

⁶⁷ F. SCHULTZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 160. Critica in F. GALLO, *La verità: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Valori e principi del diritto romano, Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli-Roma 2009, 83 ss.

⁶⁸ Con l'avvertenza, peraltro, che entrambi i segni presentano, per ragioni diverse, un significato riduttivo, rispetto a quello di *ars* nella lingua latina.

stenza, nel nostro tempo, della tradizione romanistica: esattamente dell'influenza del diritto giustiniano, dal cui studio nella scuola di Bologna essa ha preso l'avvio.

Nelle pagine precedenti ho mostrato che gli elementi espressi nella definizione celsina del diritto, se pure di grande utilità per la percezione e l'eliminazione di storture presenti in concezioni giuridiche oggi dominanti, non sono più stati e non possono tuttora dirsi recuperati dalla scienza giuridica. In altri scritti avevo fornito analoga dimostrazione nei riguardi di altri elementi rimossi dalla *legum permutatio* giustiniana, pure essi di grande utilità ai fini indicati⁶⁹.

L'influenza della *legum permutatio*, attuata da Giustiniano, si è peraltro manifestata anche positivamente nella formazione di concezioni e teorie aventi ancora al presente seguito nella nostra esperienza. In connessione col tema del presente saggio, cerco di fornirne una prima dimostrazione a proposito di teorizzazioni relative alla consuetudine e della dottrina pura del diritto.

A) La scarsa considerazione tuttora riconosciuta alla consuetudine trova una vivace rappresentazione in Rodolfo Sacco: «I profes-

⁶⁹ V. talune citazioni *supra*, nt. 3.

savano le loro regole in scritto nelle leggi, gli spartani le affidavano alla memoria (tramandata nelle successive generazioni⁹⁵).

Nelle locuzioni diritto muto e fonte muta l'aggettivo, usato in senso metaforico, esprime un dato negativo. In senso proprio 'muto' indica l'essere umano privo della capacità di parlare. Nel sintagma 'diritto muto' il segno non può alludere al difetto di espressione esterna, dato che senza di essa il diritto non esiste. L'aggettivo non appare neppure idoneo ad evocare l'attitudine del muto ad esprimersi con gesti, dato che questa attitudine appartiene anche al parlante e soprattutto perché l'aggettivo indica il dato negativo del non parlare, non quello positivo dell'esprimersi con gesti. Si deve, quindi, dire che l'espressione diritto muto non raffigura un dato della realtà. Emerge, per contro, la pertinenza della rappresentazione giuliana già richiamata, relativa alla recezione *moribus*, ma riferibile, in generale, alla formazione consuetudinaria, secondo cui, in essa, il diritto è posto in essere dai cittadini, membri del *populus*, col comportamento concreto e concludente (*rebus ipsis et factis*).

⁹⁵ *Inst.* 1.2.10.

Come si vede, anche l'ultima teorizzazione del Sacco non risulta affrancata dall'oscuramento, operato da Giustiniano, dell'elemento della volontà nella consuetudine, a cui ha fatto seguito la rimozione, nella scienza giuridica, dell'artificialità del diritto. Lo studioso parla di fonte muta e di diritto muto, ma non offre l'indispensabile distinta considerazione della fase di formazione della consuetudine e di quella della consuetudine già formata. A causa del difetto di aderenza alla realtà, la teorizzazione del diritto muto si presenta inadeguata e fuorviante.

Come ho già rilevato, in materia non è, a mio avviso, da sostituire il segno consuetudine in uso da secoli ed esprimente due elementi di rilievo: l'abituale ripetizione di un determinato comportamento e il relativo compimento da parte della generalità (o almeno di una pluralità) dei membri di una comunità. Gli sforzi devono invece essere rivolti alla revisione del concetto espresso con tale segno, in modo da ricondurlo, in consonanza con la realtà, alla sua radice, costituita, come era già stato percepito nell'esperienza romana, dalla volontà popolare⁹⁶.

⁹⁶ Le cui esplicazioni si sono potute circoscrivere o ignorare nelle declamazioni, ma non sopprimere del tutto nemmeno nei sistemi totalitari più rigidi.

È mancata nel Sacco, come in precedenti studiosi della consuetudine, la dovuta attenzione alla fase della formazione: ai comportamenti iniziali, che concorrono alla formazione della norma consuetudinaria e che, come tali, sono posti in essere prima che essa venga ad esistenza. Come ho già rilevato, non è appropriato parlare, per tali comportamenti, di osservanza (non rileva se spontanea), mancando la norma da osservare. Quanto all'*opinio iuris*, come si mostrerà più avanti, essa esiste effettivamente, ma non è determinante e non può essere riferita ad una norma che potrà venire ad esistenza, ma non esiste ancora.

Si presentano elementi e profili finora trascurati.

Per i comportamenti iniziali è da escludere, da un lato, l'obbligatorietà e, dall'altro, il divieto. Non è dubbio che i cittadini romani, i quali per primi posero in essere il *testamentum per aes et libram* suggerito da un *prudens*, agirono al di fuori del prescritto, come del vietato. E lo stesso deve dirsi per i cittadini italiani, i quali, per primi, conclusero, su suggerimento di un esperto di diritto, un contratto di *leasing*.

Rilevo incidentalmente che il dato mette in crisi visioni correnti del diritto, ridotto

alla legge (disponente comandi e divieti)⁹⁷. Occorre prendere atto che, nel diritto, si hanno anche comportamenti e atti da esso riconosciuti, non rientranti nella sfera del previsto (mediante comandi o divieti) o del dover essere. Si tratta verosimilmente dell'ambito rappresentato da Modestino (1 *reg. D.* 1.3.7) col verbo *permittere*⁹⁸, che ha dato luogo a difficoltà e incomprensioni⁹⁹.

⁹⁷ Non si sottrae alla crisi indicata l'individuazione (*recitius*: semplificazione) kelseniana del diritto nel 'dover essere': v. *infra*, in questo §, sotto B). Scendendo dalle enunciazioni teoriche al piano della realtà si constata che il diritto è un'entità o fenomeno più complesso non riconducibile a un insieme o sistema di norme.

⁹⁸ Nella stesura a noi pervenuta del frammento (*legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*) la formula verbale *permittere* concorre con *imperare*, *vetare*, e *punire* a rappresentare la funzione o compito della legge. Indizi attendibili e concomitanti fanno peraltro ritenere che Modestino avesse delineato la funzione o compito del diritto. Al suo tempo la *lex* non era ancora stata sovrapposta al *ius* e la *legum doctrina* o *scientia* non aveva ancora sostituito la *scientia iuris*. Il Lenel (*Pal.* 1, col. 733) ha indicato, senza esprimere incertezze, in *De iure* il titolo del libro primo delle *Regulae* di Modestino, da cui deriva il frammento in esame (come pure *D.* 1.3.40: *ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*). Modestino ebbe sicuramente presente l'insegnamento di Ulpiano, che in *D.* 47.2.52.20 lo qualifica *studiosus meus*. Ora Ulpiano

esempio, per la consuetudine, la rimozione dell'artificialità (coinvolgente la sovranità popolare) inficia la sua configurazione come diritto involontario, diritto spontaneo e, da ultimo, come diritto muto. A causa della stessa rimozione la dottrina pura del diritto ne ha cercato, con un'intrinseca contraddizione, il fondamento della validità nella *Grundnorm*, non esistente nella realtà, ma inventata. In dipendenza della rimozione del *bonum et aequum* la medesima dottrina ha sostenuto la validità di ogni norma posta nelle forme debite dal legislatore, pur se prescrivente un comportamento criminoso o insensato. Inoltre, per la salvaguardia della purezza del diritto, ne esclude – riproducendo al livello del sapere giuridico il divieto legislativo giustiniano – ogni valutazione, in contrasto con quanto è opportuno o necessario fare e si fa abitualmente.

FILIPPO GALLO

Professore Emerito di Diritto Romano
Università degli Studi di Torino

ciati nella definizione celsina (artificialità e *bonum et aequum*), riflettono ancora, da un punto di vista formale, la situazione in atto. Tuttavia le *leges* sono sottratte a ogni critica e valutazione; non ne è neppure consentito il libero commento. E i giudici, ove ritengano che, per i casi a loro sottoposti, esistano lacune o incertezze nelle *leges*, devono chiedere la soluzione all'imperatore. Nella nuova situazione l'artificialità e il *bonum et aequum* non hanno più la funzione, di fondamentale rilievo, che avevano avuto nell'antico diritto. La definizione celsina non è più riferita nelle Istituzioni; i commissari preposti alla loro stesura sostituirono ad essa, per indicare l'oggetto dello studio del diritto, i *tria praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) di stampo giusnaturalistico. Dopo il mille, in Italia e poi in Europa rifiorì, con lo studio del *Corpus iuris civilis*, la scienza giuridica. Il messaggio giustiniano della *legum doctrina*, pur non senza oscillazioni, contrasti e deviazioni, si rivelò vincente nella tradizione romanistica. La definizione celsina venne estromessa dall'elaborazione dottrinale e non è più stata recuperata. Se pure il dato non è percepito, l'influenza della *legum permutatio* giustiniana e della ricordata estromissione ha valicato la fase delle codificazioni e persiste ancora al presente. Ad

È in ogni modo sicuro che già il primo *testamentum per aes et libram* posto in essere nell'esperienza romana, in difetto di prescrizione legislativa, fu valido, così come lo è stato il primo contratto di *leasing*, anch'esso concluso in difetto di tale prescrizione, nella recente esperienza italiana. Sono da chiarire due

ha suddiviso il *ius* (*hoc igitur ius nostrum*) in *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*, collocando la legge tra le fonti del primo (insieme alle costituzioni imperiali, ai senatoconsulti, ai *responsa prudentium* e ai *decreta* dei magistrati muniti di *iurisdictio*). Inoltre la legge non era più da tempo una fonte viva. Per contro, nel disegno giustiniano, la legge viene sovrapposta al diritto e la *legitima doctrina* sostituisce la *scientia iuris*. Coerentemente vengono attribuiti alla legge tutti i compiti del diritto, senza tener conto che la prima non esaurisce l'ambito funzionale del secondo. Per esprimere nel Digesto la nuova visuale era necessario intervenire sul materiale classico a disposizione. Parve prestarsi a questo fine il passo in esame di Modestino, utilizzato per la stesura della parte relativa alle *leges* del titolo 1.3 *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*. Sono consapevole che il passo richiede una disamina più approfondita, anche in connessione con l'altro frammento sopra citato di Modestino, inserito nello stesso titolo. Tuttavia, sulla base delle mie attuali conoscenze, non posso non ritenere plausibile che Modestino avesse scritto, nel frammento in considerazione, *iuris virtus* in luogo di *legis virtus*.

⁹⁹ Sul segno *permittere* esistono incertezze anche a livello testuale: cfr. *Index interpolationum*, 1, col. 6.

punti: la validità dei nuovi negozi (in generale di nuovi elementi giuridici) non contemplati nella legge e il passaggio dalla sfera del *permittere* a quella della prescrittività o dover essere. Cercherò di fornire il chiarimento in aderenza ai dati della realtà, limitando, per brevità, la considerazione all'esempio addotto, per il diritto romano, del *testamentum per aes et libram*.

Dal punto di vista soggettivo i primi testamenti *per aes et libram* apparsi nell'esperienza romana furono ritenuti validi perché posti in essere da cittadini romani, che ne avevano la capacità. Dal punto di vista oggettivo venne riconosciuta ad essi validità, in quanto risultavano consoni al sistema giuridico in vigore¹⁰⁰. Si può specificare: da un lato la nuova forma testamentaria era stata configurata dai *prudentes* con la combinazione di elementi già esistenti nel sistema in vigore¹⁰¹; dall'altro, essa risultava rispondente ai supremi criteri, su cui si è fondato il diritto, del *bonum et aequum* (a cui corrispondono, nell'attuale visione astratta, la ragionevolezza e l'uguaglianza). Tutto ciò spiega come, a differenza del *testamentum per aes et libram*, il 'pizzo' non venga riconosciuto

¹⁰⁰ In via diretta la loro validità non dipese dall'elaborazione dei *prudentes*, ma dall'atto dei *cives*.

¹⁰¹ Cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, ed. completata, Torino, 1993, 99 ss.

ABSTRACT

L'autore mette in luce l'avvenuta rimozione, nella tradizione romanistica occidentale, della definizione celsina del diritto, indicandone alcune persistenti conseguenze negative. Preliminarmente rileva che non sempre i romanisti hanno recato l'apporto di loro competenza alla storia giuridica europea. Un riflesso può vedersi nelle tesi, presentate come pacifiche dal Sacco, secondo le quali Giustiniano con il *Corpus iuris* non creò niente di nuovo e l'idea di un potere legislativo assoluto venne elaborata per la prima volta in Francia al tempo della rivoluzione. Emerge uno stravolgimento storico. Le fonti a noi note rendono infatti sicuro che già Giustiniano aveva teorizzato la spettanza in via esclusiva all'imperatore del potere legislativo, unitamente all'elaborazione dottrinale, immedesimata nelle *leges*. Confutate alcune posizioni della scienza romanistica suffraganti le tesi del Sacco, l'autore delinea la menzionata rimozione. Nel sistema della compilazione giustiniana gli elementi enun-

successo assai maggiore di quanto comunemente si crede.

sistente norma fondamentale, e trascurando del tutto che la produzione del diritto, come quella di ogni altro elemento artificiale, è soggetta a determinati criteri, correlati ai fini perseguiti, e, come tale, non si sottrae alla valutazione. Come si potrebbe, ad esempio, pensare che la scienza meccanico-automobilistica si limiti a descrivere le automobili esistenti, senza valutare se esse sono comode o scomode, se frenano o non frenano, se sono più sicure o meno sicure, ecc., e senza proporsene il miglioramento?

Il rifiuto, sostenuto dal Kelsen, di fornire una valutazione delle norme poste si presenta assurdo di fronte al fatto che essa viene compiuta, si può dire giornalmente, dal legislatore (in vista, ad esempio, di future modificazioni), dai giudici, dagli avvocati, dai professori di diritto, dai pubblici amministratori e funzionari e dagli stessi privati cittadini. Il Kelsen, senza esserne consapevole, teorizza ancora il retaggio del divieto, stabilito da Giustiniano, di ogni valutazione delle norme (*rectius, leges*) poste dall'imperatore¹¹⁷.

¹¹⁷ Il disegno di Giustiniano di stabilire, con la *legum permutatio*, della quale fa parte il divieto indicato, un nuovo diritto e una nuova scienza giuridica per il suo tempo e ogni evo futuro ha avuto, almeno finora, un

valido e non sia diventato (né possa, a mio avviso, diventare), sul piano giuridico, consuetudine.

Il passaggio dalla sfera del *permittere* (validità dei singoli testamenti fatti) a quella del dover essere (esistenza della norma consuetudinaria) è avvenuto a mezzo della recezione *moribus*. La nuova forma testamentaria si presentava più idonea a soddisfare le esigenze dei testatori di quelle antiche: *calatis comitiis* e *in procinctu*. I *cives* adottarono così la nuova forma, che, via via, diventò la sola praticata, mentre quelle antiche caddero in desuetudine, cessando di essere diritto vigente¹⁰².

Il punto nodale è quello di stabilire se la recezione *moribus* sia o non sia riconducibile alla volontà umana. Essa non lo sarebbe, secondo il Santi Romano, il quale scrisse che «i singoli fatti o atti da cui» la consuetudine «scaturisce possono essere volontari, ma ciò non significa che volontaria debba considerarsi essa stessa, che è costituita automaticamente dal loro complesso, dalla loro uniformità e ripetizione, dalla autorità della tradizione»¹⁰³.

¹⁰² Gai 2.103.

¹⁰³ S. ROMANO, *Fondamenti di un dizionario giuridico*, rist. Milano, 1983, 66. Lo studioso ravvisa nella consuetudine un «esempio tipico, ma non esclusivo, del *ius involuntarium*». [L'altro esempio, da lui addotto, sareb-

be «dato da quei principii generali, o meglio fondamentali, che non sono né formalmente dichiarati dal diritto scritto né impliciti in esso, ma che si desumono dalla struttura essenziale delle istituzioni in cui si concretano e, si potrebbe anche dire, dalla loro stessa esistenza». L'enunciazione non può non apparire stupefacente. I principi, che si desumono dalla struttura essenziale (dalla stessa esistenza) delle istituzioni, non possono non essere impliciti nel diritto che le regge (più che impliciti, sono ad esso immanenti). Soprattutto, come risulta dalla comune esperienza, la deduzione e formazione di principi non è e non può essere un fatto «incosciente» (v. *infra* in questa nota), bensì costituisce in ogni caso un'attività volontaria]. L'autore puntualizza che «la formazione» della consuetudine «può anche essere incosciente o quasi». Il tenore dell'enunciazione (in specie la presenza, in essa, di «quasi») rivela le remore incontrate (e respinte con difficoltà) dallo studioso nel considerare la consuetudine *ius involuntarium*. Le remore non sono però superabili. Se, infatti, la formazione consuetudinaria fosse veramente inconsapevole, potrebbe formarsi mediante essa anche diritto insensato o sommamente ingiusto (o comunque confliggente con il *bonum et aequum*): come si è già osservato, anche la riscossione del 'pizzo' potrebbe diventare diritto valido. Non può non constatarsi che l'eliminazione, al livello dottrinale e legislativo, della connessione esistente, nella realtà, tra interpretazione e formazione consuetudinaria e la rimozione dalla scienza giuridica dell'artificialità del diritto (in generale degli apporti condensati nella definizione celsina di esso) hanno determinato nella tradizione occidentale, persistenti devastazioni, da cui

dello studioso, che non trova riscontro nell'esperienza concreta e riposa su un vizio logico. La relativa teorizzazione è da lui estesa anche alla consuetudine¹¹⁴, il che è, a mio avviso, aberrante. Tutto ciò è sufficiente a mostrare la fallacia della perorazione con cui il Kelsen ha difeso il carattere antiideologico della propria teorizzazione¹¹⁵ e di cui riferisco un passaggio saliente: la teoria pura del diritto «vuole rappresentare il diritto com'è, non come deve essere: indaga sul diritto reale e possibile, non sul diritto 'ideale' o 'giusto'. In questo senso è una teoria del diritto radicalmente realistica, cioè una teoria del positivismo giuridico. Essa rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo»¹¹⁶.

La negazione del carattere ideologico della dottrina pura del diritto è, nelle parole, forte e chiara, ma le cose rimangono quello che sono. Il Kelsen non ha tenuto conto del dato, ad un tempo elementare e fondamentale, che il diritto è un prodotto umano, con tutte le relative implicazioni, trovandosi così costretto ad inventare di sana pianta un surrogato di tale produzione, rappresentato dalla ine-

¹¹⁴ V. H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 256 s.

¹¹⁵ *La dottrina*, cit., 128: «la teoria pura del diritto ha un carattere antiideologico fortemente pronunciato».

¹¹⁶ *La dottrina*, cit., 128.

modo'. La prima parte si riferisce ad un essere, all'esistenza concreta dell'atto di volontà, la seconda si riferisce ad un dover essere (*Sollen*), cioè ad una norma intesa come senso dell'atto»¹¹². La formazione consuetudinaria non rientra nella descrizione dello studioso, secondo cui «l'uno vuole che l'altro debba comportarsi in un certo modo». In generale la norma, come ogni altro prodotto umano (ad esempio una poesia), una volta posta in essere, ha un'esistenza autonoma. Il dato, sotto gli occhi di tutti, non ha bisogno di prove e mostra l'inconsistenza della contrapposizione, delineata dal Kelsen, fra dover essere ed essere: non è negabile che, nella realtà, la norma giuridica è un prodotto umano, che reca in sé l'elemento della doverosità (similmente alla musica, non esistente senza il suono).

La rimozione dell'artificialità dal diritto è palesemente alla base della teorizzazione kelseniana della norma fondamentale. Come ho mostrato in un altro scritto¹¹³, tale norma non ha un'esistenza reale, ma è un'invenzione

¹¹² H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 14.

¹¹³ *La verità: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, relazione tenuta nella *Giornata di studi su valori e principii del diritto romano. Per i 100 anni del Prof. Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino 12/10/2007), in corso di pubblicazione nei relativi atti.

La personificazione, nel discorso, dell'uniformità, della ripetizione e della stessa tradizione può creare suggestione, ma non cambia le cose: tutto quanto esiste nella realtà terrena o è prodotto delle forze naturali o è posto in essere dall'uomo. Il diritto, come il linguaggio, la matematica, la filosofia e ogni manifestazione artistica, rientra totalmente nella produzione umana. Anche il Santi Romano, come la restante dottrina, ha subito l'influenza recata dalla *legum permutatio* giustiniana: precisamente della concentrazione della produzione del diritto nell'imperatore (sostituito, nella successiva tradizione, dalla figura del legislatore)¹⁰⁴, della coerente esclusione del *consensus populi* dalla consuetudine e della ricordata rimozione, nella scienza giuridica, dell'artificialità del diritto. Non sembra difficile darne dimostrazione.

Il popolo manifesta la propria volontà mediante appositi organi o i membri (*i cives*) che lo compongono. La forma più democratica è l'espressione del voto da parte di questi ultimi. Ipotizzando che fosse stata fatta una legge per l'introduzione del testamento *per aes*

non sono esenti anche studiosi di grande rilievo come Santi Romano.

¹⁰⁴ Sotto altro profilo, della sovrapposizione della legge al diritto.

et libram, i cittadini legittimati a partecipare alle assemblee competenti, avrebbero espresso il voto favorevole, come sempre avviene (e non può essere altrimenti), singolarmente, ognuno per se stesso. Nella recezione *moribus* i *cives*, sempre singolarmente, fecero oggettivamente di più, applicando in modo generalizzato la nuova forma testamentaria, ritenuta più idonea, in luogo delle altre in vigore, non più utilizzate e perciò cadute in desuetudine.

Se si riconosce che esiste, come esiste, la sovranità popolare e si ammette che la volontà possa essere manifestata, nel campo giuridico, oltre che con le parole, col comportamento concludente, non si può non ammettere, con Giuliano, la volontarietà della recezione *moribus* e, in via generale, della formazione consuetudinaria.

B) La dottrina kelseniana del diritto è la teorizzazione di elementi e concezioni che erano già presenti nella *legum permutatio* giustiniana o sono stati da essa determinati. Per certi aspetti ne rappresenta un impoverimento. In questo primo approccio al tema non persegua la completezza dell'esame.

Secondo il Kelsen, la sua dottrina del diritto è caratterizzata dalla purezza, nel senso che essa, «come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto» co-

da parte del popolo (una sorta di manifesto, riguardo a tale produzione, della sovranità popolare), nel quale il giurista adrianeo pone sullo stesso piano l'espressione della volontà popolare mediante il voto, nella legge, e mediante il comportamento concreto (*rebus ipsis et factis*) nella formazione consuetudinaria (recezione *moribus*)¹¹¹.

La teorizzazione concretatasi nel dover essere, oltre a riflettere una visione assolutistica del potere, risente dell'avvenuta rimozione dell'artificialità del diritto (in generale degli elementi espressi nella definizione celsina di esso) dalla scienza giuridica. Il Kelsen ha, da un lato, assunto il dover essere come un valore assoluto, esente da limiti, e, dall'altro, non ha tenuto conto che si tratta di una qualità o caratteristica di un prodotto umano, come tale dipendente anch'essa dall'uomo. Scrive lo studioso: «Poiché la norma è un dover essere (*Sollen*) e l'atto di volontà di cui rappresenta il senso è un essere, lo stato di cose di cui ci si trova in presenza nel caso di un simile atto deve essere così descritto: ' l'uno vuole che l'altro debba (*soll*) comportarsi in un certo

¹¹¹ È, a mio avviso, più efficace e tagliente di tante diffuse trattazioni l'interrogativo retorico di Giuliano: *nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*

elemento concettuale-sapientiale, tradizionalmente opera dei giuristi.

Come il sistema attuato con la *legum permutatio* giustiniana, la dottrina kelseniana non riflette una concezione democratica, bensì assolutistica del potere. Nel primo la legge posta dall'imperatore e, nella seconda, la norma emanata nella forma prescritta dal legislatore sono al di sopra del diritto e non incontrano limiti, nell'esperienza umana, in ordine al contenuto: quale che sia quest'ultimo esse devono essere osservate.

Sulla scia di Giustiniano il Kelsen, a proposito della consuetudine, lascia in ombra la volontà popolare, espressione della sovranità, o almeno non dà ad essa il giusto rilievo, asserendo che «norme giuridiche sono le norme prodotte per consuetudine, quando la costituzione della comunità eleva la consuetudine (e precisamente una consuetudine qualificata in un certo modo) a fonte del diritto»¹¹⁰. Appare illuminante il confronto con la teorizzazione giuliana della produzione del diritto

¹¹⁰ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 18. Nella stessa pagina lo studioso scrive che «il senso soggettivo degli atti che costituiscono la consuetudine può essere interpretato come una norma oggettivamente valida solo se la consuetudine è elevata a fonte del diritto da una norma superiore».

stituito dalle norme giuridiche¹⁰⁵, la cui validità dipende, anch'essa in via esclusiva, dall'essere poste mediante le apposite procedure previste dal sistema. Le premesse dell'indicata purezza si rinvenivano già nella *legum permutatio*, attuata da Giustiniano e nel cui ambito vennero riservate all'imperatore la produzione e interpretazione del diritto, assorbito nelle *leges*. In effetti le costituzioni, che ordinarono e guidarono la confezione delle nuove raccolte legislative, sancirono, da un lato, una cesura netta rispetto all'esperienza passata e, dall'altro, ne vietarono qualsivoglia valutazione anche nei riguardi della rispondenza alle sottostanti esigenze: le *leges* avevano una indiscutibile validità, per se stesse, in quanto erano poste in via autoritativa dall'imperatore. La variante kelseniana, costituita dalla posizione delle norme mediante la procedura prevista, non cambia l'impianto e il dato fonda, nella teorizzazione dello studioso

¹⁰⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. M. G. LOSANO, Torino, 1966, 9. A pag. 13 si precisa che il diritto è «un ordinamento normativo del comportamento umano, cioè un sistema di norme che regolano comportamenti umani». V. già la prima enunciazione della dottrina in esame in *Arch. giur.*, XXVI, 1933, 122 ss.

praghese, la purezza del diritto (delle norme poste, nel modo detto, in via autoritativa).

Sia la visione giustiniana che quella kelseniana sono basate, come si è visto, sul diritto posto in via autoritativa e da entrambe emerge una nozione di positività¹⁰⁶ non corrispondente alla realtà, ma costruita ideologicamente¹⁰⁷: negli ordinamenti di cui ho conoscenza il diritto applicato non è mai riducibile a quello posto autoritativamente. Si parla, non solo dal Kelsen, di diritto positivo e di positività nel senso della dottrina positivista, cioè del diritto non qual è, ma quale si immagina, o si vorrebbe, che sia, mentre è certo che una teoria generale del diritto, quale si presenta la dottrina pura del diritto¹⁰⁸, deve considerare l'intero fenomeno giuridico in aderenza alla realtà.

Nella stessa linea della positività l'impostazione kelseniana, per la quale è valido e non discutibile il diritto posto con la procedura prevista, appare un degrado rispet-

¹⁰⁶ Se pure non ancora espressa dai giustiniani.

¹⁰⁷ Il «fondamento ideologico della dottrina kelseniana» è già stato sottolineato da M. G. LOSANO, in H. KELSEN, *La dottrina*, cit., (*Saggio introduttivo*), LVI. Esso trova una forte espressione nell'invenzione della norma fondamentale, che sarà considerata più avanti.

¹⁰⁸ *La dottrina*, cit., 9.

to a quella giustiniana, per cui reca la stessa qualità il diritto posto dall'imperatore. Quest'ultimo, quale persona umana, ha la facoltà di valutazione e, in forza della recezione della definizione celsina del diritto nel Digesto, ha il dovere, se pure sottratto al controllo umano, di attenersi ai criteri del *bonum et aequum*. Viceversa la procedura è un elemento inerte e, in più, è essa stessa formata da norme che, come quelle sostanziali e ogni altro prodotto umano, possono essere buone, ottime, cattive e pessime. Si deve guardare in faccia alla realtà, riconoscendo l'assurdità insita nel ritenere che la forma procedurale abbia in se stessa una forza sanante o rigeneratrice, atta a rendere giuridicamente accettabili prescrizioni malvagie o insensate¹⁰⁹. Inoltre, mentre nella concezione giustiniana le *leges* comprendevano l'elaborazione dottrinale (sempre anch'essa riservata all'imperatore), secondo la veduta moderna, accolta dal Kelsen, la stessa è esclusa dalle norme, che sono così ridotte all'elemento prescrittivo, con l'indebita rimozione anche del coesistente imprescindibile

¹⁰⁹ La malvagità e l'insensatezza, purtroppo esistenti nell'esperienza umana, sono contrarie al diritto, che reprime, o comunque non tutela, i comportamenti (reputati) malvagi e insensati.