

**L'INCONTRO PER LA PRESENTAZIONE
DELL'ULTIMO VOLUME DI FILIPPO
GALLO SU CELSO E KELSEN.
CRONACA DELLA GIORNATA DI STUDI
TENUTASI PRESSO L'UNIVERSITÀ
EUROPEA DI ROMA IL 14 MARZO 2011***

Dopo i saluti rivolti in apertura dei lavori dal Magnifico Rettore dell'Università Europea di Roma, Prof. P. Paolo Scarafoni, L.C., ha preso la parola il Prof. Filippo Vari, Straordinario di Diritto costituzionale nell'Università

* Università Europea di Roma, Dipartimento di Didattica e di Ricerca in Scienze Umane, Ambito di Giurisprudenza, Corso di Dottorato di Ricerca in Categorie giuridiche e tecnologia, Via degli Aldobrandeschi 190 – Roma, Aula Tesi, Lunedì 14 marzo 2011, Ore 16:00. Presentazione del volume del Prof. Filippo Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010. Altre presentazioni del volume sono avvenute presso l'Università Federico II di Napoli, l'Università di Torino (Sede di Cuneo), l'Università del Piemonte Orientale (Sede di Alessandria), l'Università della Valle d'Aosta e l'Accademia delle Scienze di Torino. Tra le prime letture del saggio, si segnala per lucidità quella di A. CORBINO, *Visuali romane e visuali moderne del diritto. A proposito di un saggio recente*, in *RGDR*, XVI, 2011 (pp. 15).

Europea di Roma e Coordinatore del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in Categorie giuridiche e tecnologia, il quale ha proposto all'attenzione dei presenti un tema tra i più sensibili nell'attuale dibattito giuridico: quello del ruolo che ha giocato o che potrebbe e dovrebbe giocare la dottrina nella moderna società. Un tema che sicuramente è messo sotto adeguata luce anche nel recente volume del Prof. Filippo Gallo dal titolo '*Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*', stampato a Torino per i tipi della Giappichelli nel 2010, che gli intervenienti si accingono a presentare e a discutere. Il Vari dichiara di condividere nella sostanza l'analisi di F. Gallo nella parte in cui viene articolata una denuncia informata del positivismo giuridico portato ai suoi eccessi, che a volte si risolvono in autentiche contraddizioni interne al sistema. In tal modo, anche l'approccio metodologico sottostante al Corso di Dottorato attivato presso l'Università Europea di Roma, richiamante i concetti di «categorie giuridiche» e «tecnologia», che sembrerebbe sulle prime disvelare una distanza se non di vedute, certamente almeno di prospettive, è in realtà indice, più semplicemente, di modesti e tutt'altro che incolmabili scostamenti. La stessa Università Europea di Roma è infatti impegnata, anche col suo

Reichskammergericht, artificialità del diritto, eredità perduta del diritto romano.

MARCO A. FENOCCHIO

Ricercatore di diritto romano

Università degli Studi di Torino

E-mail: marcoantonio.fenocchio@unito.it

particular points: the artificiality of law and *legum permutatio* put into effect with const. *Omnem*.

La cronaca si riferisce alla tavola rotonda organizzata a Roma presso l'Università Europea il 14 marzo 2011, per la presentazione dell'ultimo volume di Filippo Gallo, intitolato 'Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica', stampato a Torino per i tipi della Giappichelli nel 2010. Nel criticare le contraddizioni rilevabili in seno alla dottrina pura del diritto kelseniana, il Gallo ha focalizzato l'attenzione essenzialmente su due punti: l'artificialità del diritto e la *legum permutatio* attuata da Giustiniano con la costituzione *Omnem*.

Key words: positivism, legal positivism, Celsus, Kelsen, normative system, *legum permutatio*, *privilegium de non appellando*, Reichskammergericht, artificiality of law, lost heritage of Roman Law.

Parole chiave: positivismo, positivismo giuridico, Celso, Kelsen, normatività, *legum permutatio*, *privilegium de non appellando*,

Corso di Dottorato per l'ambito della Giurisprudenza, a superare quella che Antonio Baldassarre ha chiamato la «miseria del positivismo giuridico»¹. Filippo Vari passa così, sullo scorcio del suo intervento, ad indicare due delle consegne più importanti di cui dovrebbero farsi carico i giuristi: 1) l'esigenza, in primo luogo, di garantire che il diritto sia *ars* o tensione dinamica verso il *bonum* e l'*aequum* in sintonia con la nota definizione di Celso figlio; 2) secondariamente, l'ulteriore esigenza di coniugare questo informarsi del diritto ai criteri del *bonum et aequum* con il rispetto del principio di legalità.

La giornata prosegue con l'intervento del Prof. Antonio Palma, Ordinario di istituzioni di Diritto Romano nell'Università degli Studi di Napoli «Federico II» e Vice coordinatore dell'Ambito di Giurisprudenza nell'Università Europea di Roma, che presiede la seduta ed introduce alla discussione sui densi contenuti dell'agile volume di F. Gallo.

¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, 205 ss. Il titolo del saggio di Baldassarre ha suscitato la replica di Riccardo Guastini, cui ha fatto seguito una risposta del Baldassarre. Si veda il sito dell'AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti).

L'opera di Gallo, solo «apparentemente breve», è testimonianza di continuità della produzione di un Autore capace di raccogliere, in questi ultimi anni, stimoli e suggestioni intorno al problema decisivo dei caratteri nuovi che dovrebbe assumere la scienza giuridica; continuità di un Autore, dunque, sempre in grado di trasformarsi, proprio per questo, da ciò che era in qualcosa di inedito e diverso². La rifondazione della scienza giuridica è l'aspirazione centrale che promana dall'analisi di Gallo, in una tensione costante orientata alla comprensione dei significati profondi che sono da annettere alla *legum permutatio* operata da Giustiniano (il Palma non esita ad impiegare il termine «sovvertimento»), con durature ricadute sullo sviluppo successivo del diritto³, tanto che l'odierna mentalità giuridica sembra

² Viene riconosciuta anche da A. CORBINO, *Visuali*, cit., 1 «la capacità che [Gallo] ha avuto, attraverso i suoi studi diciamo così di sistema, di penetrare il senso intimo, il dato ispiratore e connettivo, della esperienza giuridica di Roma antica».

³ Gli stessi profili sono ora colti da A. CORBINO, *Visuali*, cit., 2, che parla, nell'ordine, di «rovesciamento di prospettiva attuatosi in età giustiniana» e delle «fortune che l'opera dell'imperatore bizantino ha poi avuto» non disgiunte dalla «rilevante influenza che continua ad avere ancora sulle nostre concezioni giuridiche».

trattato dell'influenza del diritto romano, passato attraverso il filtro, sia pure non perfetto, della *legum permutatio* giustiniana. Non si è potuta avere quella degli elementi del diritto romano, che si suole chiamare classico, rimossi da Giustiniano e tuttora non più recuperati dalla scienza giuridica. Gallo ricorda tra essi la stessa concezione del diritto, la sua produzione in relazione al caso concreto e la configurazione, aderente alla realtà, della consuetudine.

Per il Gallo è stata la *legum permutatio* (la sostituzione della *legum doctrina* all'*ars iuris*) il cambiamento più importante della storia del diritto in Occidente, più importante ancora delle codificazioni, ispirate in vario modo alla compilazione giustiniana.

ABSTRACT

The chronicle deals with a round-table conference organized in Rome at the European University on March 14, 2011, regarding the presentation of Filippo Gallo's last monograph, entitled 'Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica' published by Giappichelli (Turin) in 2010. Criticizing contradictions within the kelsenian pure theory of law, Gallo focused on two

nell'elaborazione scientifica. Anche uno studioso della levatura di Rodolfo Sacco adduce, in tema di interpretazione, l'esempio dell'astronomia, esempio che è 'mal posto', perché galassie e costellazioni esistono a prescindere dall'attività umana, mentre il diritto è «in tutto e per tutto» un prodotto dell'uomo (non ha esistenza e vita al di fuori della sua attività). Già Aristotele aveva enunciato la fondamentale distinzione tra cose che esistono per sé stesse e cose che vengono ad esistenza in forza dell'opera creativa dell'uomo. Quanto alla *legum permutatio*, Gallo rileva che essa, se pure testimoniata da Giustiniano nella costituzione *Omnem* del 533 d.C.⁴², è lasciata nell'oblio dalla scienza romanistica⁴³: si fatica non poco a trovarne menzione nei Manuali di Storia del Diritto Romano oggi consultabili. Con essa Giustiniano ha sostituito all'*ars iuris* l'antitetica visione della *legum doctrina*. Come ben dice il Presidente Sfrecola, è esistita ed è stata profonda (si può dire determinante) l'influenza del diritto romano nella successiva tradizione giuridica in Occidente. Si è però

⁴² Vd. spec. il § 11.

⁴³ Anche, esemplifica Gallo, nei pur ricchissimi e apprezzabili volumi pubblicati da M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, I-II, Perugia, 2001-2007.

ancora nutrirsi di elementi formalistici e di monopolio legislativo (ostacolo, per Gallo, alla comprensione di ciò che può definirsi 'diritto'), quali quelli divisati e coerentemente perseguiti nel VI sec. d.C. dall'imperatore di Tauresium.

Palma, tuttavia, non partirebbe da una «eccessiva demonizzazione» del positivismo, che anzi può menare storicamente il vanto di aver prodotto una oggettiva semplificazione e razionalizzazione del sistema delle fonti (noto è lo 'Stufenbau der Rechtsordnung' derivato proprio dal Kelsen⁴) ponendo al centro dello stesso il cruciale riferimento alla legge scritta, permettendo altresì di individuare un chiaro «circuitto della normatività», senza voler peraltro recisamente negare che tra le pieghe di tale circuitto possano trovar luogo anche dei margini di creatività degli operatori e degli uomini di diritto.

Corollario è il principio della certezza del diritto⁵, certezza non nella decisione certa e uniforme ma nella potenziale risposta del-

⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*², Wien, 1960, 228 ss.

⁵ Il più noto tra gli studi maggiormente impegnati sul tema resta quello di F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, ristampa postuma a cura di Guido Astuti, Roma, 1942.

l'ordinamento⁶. È pur vero che il positivismo appare in crisi per una indubbia fase di inflazione normativa e per la discrezionalità palestrata dalle decisioni rese dai giudici, spesso fonte di scontri dialettici ed incomprensioni, ma l'accertata crisi della normatività positiva desta un problema di rivalutazione della giuridicità come storicamente si è inverte nella realtà dell'antico diritto romano. Il diritto non scritto ha nel diritto romano una sua specificità diversa da quella che si è realizzata nel sistema di *common law*. Nel sistema giurisprudenziale fondato sull'*ars boni et aequi* si sposta il problema del nucleo normativo sulla decisione del caso.

Emergono pertanto, a detta del Palma, due contesti di riferimento obbligati: 1) quello della rilevanza da attribuire a dati ed elementi metagiuridici; 2) quello della tradizione giurisprudenziale interpretativa. Il combinarsi e il concorrere di questi contesti permette forse di addivenire a una decisione in grado di risultare nel concreto accettabile. Palma ritiene che precisamente in ciò consista l'*ars boni et aequi*.

A proposito, invece, dell'affermazione contenuta nel libro di Gallo che la

⁶ Viene in mente, in primo luogo, l'analisi di G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

gli aspetti a lui più cari, tra i quali sono sicuramente da annoverare l'artificialità del diritto e il ruolo storico giocato dalla *legum permutatio* giustiniana.

Comincia Gallo col dire che ragionevolezza ed uguaglianza non sono principi, ma criteri aventi una funzione diversa dai primi ed attinenti, a differenza degli stessi, all'intero ordinamento, come a ogni singola norma che lo compone⁴¹. Senza la teorizzazione dell'artificialità (la sussunzione, conforme alla realtà, del diritto nel genere *ars*), non si perviene all'individuazione dei criteri – *bonum et aequum* – che reggono tutta l'attività umana (produzione, interpretazione e applicazione) in cui consiste il fenomeno giuridico. L'artificialità è propria anche della formazione consuetudinaria, come mostra, ad esempio, la recente introduzione nella nostra esperienza del contratto di *leasing*, operata, sotto le spinte di una determinata esigenza in merito al finanziamento, da operatori economici che lo conclusero, su suggerimento di esperti del diritto, conoscitori almeno del *common law*, da cui il contratto fu recepito, e del diritto italiano. L'artificialità non è tenuta presente da secoli

⁴¹ Cfr. F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, 147.

*Rechtswissenschaft*³⁹⁾ nella scienza del diritto romano il fondamento o il pilastro della scienza del diritto europea⁴⁰⁾.

Pure il ruolo del giudice andrebbe visto nel contesto del sistema giuridico generale (non è mancato sul punto un richiamo alle parole introduttive di Filippo Vari), mentre la proliferazione legislativa evocata dal Palma è un fenomeno sì deprecabile, ma che non è proprio, storicamente parlando, soltanto dei nostri tempi.

Termina, allora, lo Sfrecola, domandandosi se l'eredità del diritto romano sia andata davvero «perduta» o se essa operi e marchi la sua presenza, anche inconsciamente, tuttora tra di noi.

Raccogliendo tutti i variegati stimoli provenienti dal dibattito, ha preso a questo punto la parola l'Autore del volume, il Prof. Filippo Gallo, nell'intento di puntualizzare alcuni de-

³⁹⁾ C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, introduzione di Agostino Carrino, trad. it. di Luigi Cimmino, Roma, 1996.

⁴⁰⁾ Per un'ampia discussione sui contenuti della conferenza, centrale nel pensiero di Schmitt, vd. L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Rechts»*. Saggio su un cantore della scienza giuridica europea, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, 2087 ss.

'Grundnorm' kelseniana sia un 'metaconcetto' indimostrabile, si avanza la riflessione che è sì rilevante un elevato grado di accettazione della norma da parte dei suoi destinatari⁷⁾, ma resta altrettanto vero che il processo continuo di decisioni in qualche modo motivate presenta significativi elementi di normatività positiva. Sembrerebbe quindi che la visione classica e quella giustiniana non siano così profondamente difformi.

Senza dubbio lo studioso del diritto vigente, più di preciso il 'pratico del diritto' che vive il presente, tende a fare applicazione della norma in senso letterale, ma d'altra parte pure per i giudici stessi si fanno strada esigenze nuove. Si pensi alla interpretazione della prescrizione da parte della Corte dei Conti, volta alla tutela della funzione pubblica, che non era un dato normativo preesistente: questo è uno dei tanti casi, più o meno emblematici, che rivelano un elemento di normatività finanche nelle impostazioni giurisdizionali che fanno evolvere il sistema giuridico.

La giurisprudenza è dunque andata oltre il dato strettamente normativo e si può dire che l'eredità perduta del diritto romano, per il re-

⁷⁾ F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 112 s.

cupero della quale F. Gallo si è così tanto speso negli ultimi anni, «è già tra di noi».

Prende quindi la parola il Prof. Sandro Schipani, Ordinario di Diritto Romano nell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», che apre il suo intervento ricordando i vari e importanti contributi di Filippo Gallo recati alla scienza giuridica che più lo hanno influenzato: menzioni particolari sono rivolte così allo scritto sugli *agri vectigales*⁸ e sul giusto corrispettivo⁹, nonché all'originale opera monografica su 'Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto'¹⁰, la quale ultima si pone nella successione dei prodotti di ricerca del Prof. Gallo su quella china di riflessioni da cui è già agevole far datare l'inizio della ricerca dell'eredità perduta del diritto romano.

Per Schipani nel libro sulla formazione consuetudinaria c'è in primo luogo il dato di novità interessante circa il «confronto critico»

⁸ F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella locatio degli agri vectigales*, in *SDHI*, XXX, 1964, 1 ss.

⁹ F. GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia*, XXXIX, 1966, 3 ss. (= *Opuscula selecta*, a cura di Ferdinando Bona e Massimo Miglietta, Padova, 1999, 63 ss.).

¹⁰ F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1971.

ottenere un risarcimento. L'espressione in proposito utilizzata dalla legge è «diritti identici»³⁸, che però restringe la discrezionalità fino a farne perdere il significato (i diritti, in realtà, potrebbero essere caso mai 'comparabili', non già «identici»).

Conclude l'incontro per la presentazione del volume di F. Gallo il Dott. Salvatore Sfrecola, presidente della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Piemonte, che definisce il libro del Gallo «di grandi suggestioni» anche per chi non veste la divisa del giurista teorico o dello storico del diritto. Lo Sfrecola si riallaccia al discorso di Gambino sul diritto naturale e dichiara, a seguito della lettura, di avere qualche dubbio sull'eredità perduta del diritto romano, almeno nel senso che potrebbe, a dire suo, essergli più agevolmente assegnato. In effetti si fa presente che anche Carl Schmitt ha rinvenuto (il pensiero corre ai contenuti della conferenza schmittiana dal titolo '*Die Lage der europäischen*

³⁸ Art. 49 c. 2 lettera b) della legge 99/2009, recante Modifiche dell'art. 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 206/2005: «L'azione tutela:...b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale».

golate da leggi e da regolamenti hanno efficacia solo in quanto da essi richiamati³⁷): ebbene, non ci dovrebbero essere a rigore 'materie non regolate dalla legge' in virtù del principio di completezza dell'ordinamento giuridico; 2) l'art. 1374 del codice civile, recante la rubrica «integrazione del contratto», dispone, com'è noto, che il contratto ha forza di legge tra le parti ed obbliga alle conseguenze che secondo la legge derivano, o, in mancanza, a quelle che derivano secondo gli usi e l'equità. Ma riconoscere tale equità integrativa si risolverebbe in un richiamo a regole metagiuridiche che sussistono a fronte della legge, ciò che il positivismo non riuscirebbe a spiegare. Si comprende, allora, come la civilistica abbia sempre postergato l'art. 1374 cod. civ. preferendogli quello successivo, il 1375, col preciso intento di collocare in secondo piano il precedente importante accenno all'equità; 3) infine, si pensi all'azione collettiva risarcitoria (cosiddetta *Class action* o azione di classe) di recente introduzione (legge n. 99 del 23/07/2009) e al problema di dover verificare se il diritto di cui in ipotesi si lamenta la lesione appartenga alla classe che per legge legittima alla possibilità di

³⁷ Art. 8 disp. prel.: Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. Cfr. anche art. 1 cod. nav.

con chi in precedenza si è occupato delle stesse questioni (si tratta di un dato di metodo), cui si aggiunge l'elemento di pari innovatività di un dato di contenuto: il giusto risalto assegnato al 'ruolo' giocato dalla consuetudine e l'affiancarsi di questa al ruolo dei giuristi. Per quest'ultimo aspetto va ricordato che la volontà del popolo si presenta nella consuetudine (secondo la famosa dottrina giuliana) ma forse, si interroga lo Schipani, il ruolo dei giuristi funge da filtro alle varietà di prassi cui è dato di assistere? Quel che è certo è che la volontà del popolo «non muove da sola i comizi»¹¹.

Vengono ricordati anche i due volumi del 1992 e 1995 su '*Synallagma e conventio nel contratto*' e sulla ricerca degli archetipi contrattuali¹², oltre che un articolo successivamente comparso sulla rivista *Roma e America. Diritto romano comune: rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*¹³. Ha fatto seguito anche un richiamo allo studio per un nuovo approccio al *ius honorarium* (per

¹¹ Vd. anche A. CORBINO, *Visuali*, cit., 10.

¹² F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I e II, Torino, 1992-1995.

¹³ F. GALLO, *Un modelo de romanista*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, X, 2000, 237 ss.

l'indagine che vi appare inaugurata sulla possibilità per il pretore di disapplicare la legge, in rispondenza al *bonum et aequum*)¹⁴.

A dire di Schipani, sono quindi tanti i 'fili' che si 'riuniscono' nel nuovo volume su 'Celso e Kelsen', definito dal suo Autore «libro della vita»¹⁵. Al contempo non si manca di sottolineare come l'interesse di F. Gallo per la definizione celsina sia ormai pluriventennale, datando al 1987, anno in cui comparve sulla rivista *SDHI* il primo fondamentale contributo in materia, dal titolo 'Sulla definizione celsina del diritto'¹⁶. Nel suo avvicinarsi ai temi coltivati dal Gallo lo Schipani propone essenzialmente due livelli di lettura: 1) il pensiero di Celso; 2) il livello che si interseca con esso relativo a come è coperto il lungo arco temporale che passa tra Celso e Kelsen. Questi due livelli di lettura, si è detto, vanno tenuti distinti. Ci sono discontinuità interne al sistema, non c'è spazio per un collegamento effettivo ma residua una possibilità di confronto. Per

¹⁴ F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LXII, 1996, 1 ss. (= *Opuscula*, cit., 933 ss.).

¹⁵ Nella prima pagina dell'*Introduzione*, paragrafo I («Avvio alla sintesi»), 1.

¹⁶ Cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, LIII, 1987, 7 ss. (= *Opuscula*, cit., 551 ss.).

Si ricorda che la predicazione di inadeguatezza del diritto è tale con riferimento alle innovazioni tecniche. E qui si apre un confronto con il cd. 'costituzionalismo': anche la costituzione è un prodotto inserito nella dimensione della artificialità del diritto. Appare interessante notare come la critica al costituzionalismo sia in realtà la stessa critica al giusnaturalismo che per sé stesso non può essere codificato, pena il suo trasformarsi in diritto 'contingente' (e dovrebbe essere di continuo rinnovato). Viene proposta allora un'immagine del diritto come dinamismo perenne in cui per forza si valorizza il momento del fare, che è irriducibile a schemi prefissati e non può essere 'misurato'.

La sollecitazione più importante allo studioso di diritto positivo è di verificare se vi siano forme di aporie interne al sistema quale oggi giorno configurato, in grado, una volta scoperte, di dare sostegno alle tesi propugnate da Filippo Gallo.

Il Gambino ne enumera almeno tre. 1) La disposizione dell'art. 8 delle preleggi (disposizioni sulla legge in generale) da cui si evince che gli usi sono fonti autonome nelle materie non regolate dalla legge (l'articolo citato si riferisce espressamente solo ai cosiddetti usi normativi *secundum legem*, che nelle materie re-

gli uomini, nel senso che gli errori da questi immancabilmente commessi non valgono per ciò solo a screditare la quotidiana opera di aggiustamento e adeguamento del diritto, del tutto 'umano' e cioè 'artificiale', ai supremi criteri del *bonum et aequum*: sviste e manchevolezze, considerata la natura umana, possono starci, ma per essere poi corrette e superate³⁴. Con le radici ideologiche della *legum permutatio* si assiste a un capovolgimento della concezione giuridica³⁵, mettendo (o tentando di mettere) in soffitta le componenti sapienziali del diritto dovute alla sua elaborazione da parte dei giuristi. Il vero è che il diritto, nella offuscata percezione della classicità romana di cui sarebbe oggi auspicabile il recupero, non ha solo una componente prescrittiva ma anche una di tipo sapienziale³⁶.

³⁴ Cfr. A. CORBINO, *Visuali*, cit., 6 e ntt. 26-27, che richiama i passaggi leggibili in F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 75.

³⁵ Sul punto, vd. l'analisi di A. CORBINO, *Visuali*, cit., 8 e 14.

³⁶ Cfr. F. GALLO, *Travisamento del lascito del diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, 2034. Il dato è giustamente evidenziato in A. CORBINO, *Visuali*, cit., 4 nt. 18, il quale nota che Gallo «riprende per altro un'osservazione del Talamanca».

quel che riguarda la critica a Kelsen si osserva che la problematica di fondo emergente dalle deduzioni di Gallo è che seguendo il ragionamento kelseniano l'ordinamento finirebbe con l'autogiustificarsi e autoriprodursi, con l'ulteriore stortura di un sistema idolatrato che accantona del tutto gli uomini e le loro esigenze: *in summa*, non ci sarebbe spazio che per una pura conoscenza, senza valutazione¹⁷.

Si tratta – osserva Schipani – di una critica a Kelsen e non di una descrizione della teoria da esso tracciata. La conseguenza è comunque inevitabile: «l'ideologico irrigidimento positivistico»¹⁸ a ragione messo allo scoperto da Gallo, nonché «la deriva nichilistica»¹⁹, contro cui pure, e per tempo, il Maestro della Scuola torinese ha rivolto il suo acume critico. Si ricorda come per Gallo il giusnaturalismo rappresenti nient'altro che una «lusinga» utopica, quella di rinvenire nella natura il diritto giusto, quando il diritto è per sua essenza artificiale cioè creato dagli uomini, pur con tutte le sue pecche e imperfezioni. Ma è pur vero che una 'ragione' o *ratio* innerva anche i *principia* ricavati per interpretazione dal *Corpus iuris civilis* di

¹⁷ F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 107 e 119.

¹⁸ Citando da F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 74.

¹⁹ *Loc. cit.*

Giustiniano²⁰, entrati in circolo nell'età delle moderne codificazioni²¹, anche se l'ALR prussiano (1794), nella sua aspirazione a un modello autoreferenziale e refrattario all'integrazione di regole d'estrazione romanistica, segna un chiaro momento di rottura rispetto al diritto romano comune²². Ma, come la codificazione dell'ALR prussiano scaturisce dal *privilegium de non appellando*²³ (il privilegio delle corti

²⁰ Con tutto questo, viene fatto di osservare – con A. CORBINO, *Visuali*, cit., 14 – che la *ratio* espressa dalla compilazione giustiniana costituisce l'iato più evidente con l'esperienza del passato classico, essendo la *ratio* di cui è discorso «*scripta*, e per questo eterna e non più mutabile».

²¹ Il punto è già stato distesamente trattato dal relatore: vd. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*², Torino, 1999, 111 ss. e ID., *Rileggere i Digesta. Enucleare i principii. Proporli*, in *Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano maestro di istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), a cura di A. Trisciunglio, Napoli, 2009, 63 ss.

²² Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., 122 s.

²³ Il significato storico di questo privilegio è stato particolarmente indagato dall'oratore. Cfr. S. SCHIPANI, *Unità del Continente: rileggere i Digesti, unificare il diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXII, 2006, 197: «L'ALR/1794 prussiano seguiva invece la logica di chiudere l'ordinamento su se stesso; questa impostazione era già emersa nella affermazione del "privilegio di non fare appello al tribunale imperiale" nei con-

Resta il dato che nell'opera di Giustiniano la definizione di Celso è ripresa e «posta all'inizio dei Digesti»³², e che Giustiniano stesso aveva detto ai 'suoi' giuristi di valutare e scegliere ciò che pareva migliore e più equo, dove è significativo, per lo meno, il fatto che ad essere utilizzata sia stata la forma comparativa³³.

La giornata prosegue con l'intervento del Prof. Alberto Gambino, Ordinario di Diritto Privato nell'Università Europea di Roma e Direttore del Dipartimento di Didattica e di Ricerca in Scienze Umane, che esordisce mettendo in risalto la fiducia riposta dal Gallo ne-

quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisthenes, tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius...»

³² Vd. S. SCHIPANI, *Lectio doctoralis. Trenta anni di dialogo con i giuristi latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXI, 2006, 294, nonché ID., *Unità*, cit., 196.

³³ Ma, come bene vede A. CORBINO, *Visuali*, cit., 14, l'assenza di una soluzione di continuità col mondo di Celso «(che l'imperatore...sembra volere sottolineare anche con l'enfasi che egli dà ancora alla definizione celsina, che colloca non a caso in apertura della propria opera) è solo apparente. Come spesso accade, il cambiamento vero non è anche quello sbandierato».

'meglio' – nel senso dell'*in melius produci* –, della controversia da affrontare ponendosi alla cerca della verità, in uno svolgimento continuo di apporti e miglorie (si ricordi che il diritto anche per Catone il Censore è tale perché è venuto componendosi, nel corso dei secoli e col susseguirsi di parecchie generazioni, grazie alla elaborazione di molti³⁰ e non per l'opera di un unico legislatore, come avvenuto in altre esperienze³¹).

³⁰ Si vedano Cic. *rep.* 2.1.2: «...*nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus...*» e (forse ancora più notevole per il suo richiamarsi alle *res bonae* recate dallo svolgimento diacronico del diritto) Cic. *rep.* 2.21.37: «...*Nunc fit illud Catonis certius, nec temporis unius nec hominis esse constitutionem rei publicae; perspicuum est enim, quanta in singulos reges rerum bonarum et utilium fiat accessio*». Cfr., in letteratura, S. SCHIPANI, *Saluto*. La cultura giuridica romana nella Cina popolare. Incontro di studi Roma 15-16 febbraio 1989, in *Index*, XVI, 1988, 365, L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, in AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zolo, Milano, 2002, 447 s., A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2003, 229 e A. PARRINO, *I diritti umani nel processo della loro determinazione storico-politica*, Roma, 2007, 92.

³¹ Cic. *rep.* 2.1.2: «*Is* (Cicerone sta parlando di Catone) *dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam*

territoriali di non veder appellata una loro sentenza dinanzi al Tribunale Camerale dell'Impero, il 'Reichskammergericht' insediato dal 1693 a Wetzlar in Assia)²⁴, in tempi più recenti si è anche assistito a una reviviscenza del concetto di diritto naturale sia nel corso dei processi contro i criminali nazisti, sia ad un livello schiettamente teorico (si pensi alla nuova scuola di diritto naturale e al ruolo promozionale della stessa giocato da uno studioso come John Finnis).

Si valorizza quanto Gallo ha scritto alla pagina 37 del suo libro, e cioè il riferimento concreto e centrale al sistema classico romano imperniato sulla «soluzione del caso», anche se, come ricorda il relatore sulla scorta degli *ipsissima verba* di Gallo, «non mancavano, e non potevano mancare, regole generali e

fronti delle decisioni dei tribunali prussiani (1750), che segnava una volontà di separazione formale del diritto del regno dal diritto romano comune, e si perfeziona con la previsione che, di fronte a lacune della legislazione, si faccia riferimento "ai principi generali di questo codice" (§ 49)». Si veda, inoltre, ID., *Rileggere i Digesta*, cit., 64.

²⁴ Cfr. C. BERTANI, *Eduard Gans e la cultura del suo tempo*, Napoli, 2004, 44 s. Il 'Reichskammergericht' aveva avuto come prima sede Francoforte (fino al 1527), si era poi trasferito a Spira (fino al 1693) e dunque a Wetzlar (dal 1693 al 1806).

astratte, che erano peraltro ritenute strumentali rispetto a tale soluzione», concetto opportunamente ribadito a p. 49, dove Gallo scrive: «nel diritto, si pone al di sopra di tutto la soluzione del caso, le norme generali e astratte sono strumentali rispetto a essa».

A conferma della radicazione diacronica della 'ragione' e della sua continua distillazione in 'principi del diritto', viene ricordato che anche nel giusnaturalismo fatto proprio da San Tommaso d'Aquino (1225 ca – 1274) la *lex* è una qualche *ratio iuris* («*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*»)²⁵ ma non si identifica con il diritto: *lex* e *ius*, legge e diritto, non sono la stessa cosa proprio perché la legge è, nel senso anzidetto, *ratio iuris*; ancora, «*lex nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*»²⁶: definizione che attinge e aspira ad una tensione verso il bene comune²⁷, come svela l'ulteriore, famosissima formulazione dell'Aquinate riferita questa vol-

²⁵ S. THOMAE AQUINATIS, *Summa theologica* II-II, Qu. 57 a. 1 ad 2.

²⁶ P. GROSSI, *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, in *RSDI*, LXXVIII, 2005, 42 (e *amplius* ID., *L'ordine giuridico medievale*¹², Bari, 2005, 139 ss.).

²⁷ Con la conseguenza che «l'atto normativo» diviene «armonizzatore ma non coartatore della complessa realtà sociale»: così P. GROSSI, *op. et loc. cit.*

ta non più alla legge ma al diritto: «*ius est ipsa res iusta, obiectum iustitiae*»²⁸, dove peraltro la *ipsa res iusta* è l'oggettualità qualificante della situazione concreta conforme a giustizia. Detto altrimenti: il *ius* si sostanzia, nei testi tomisti del grande 'bœuf muet de Sicile', nelle stesse cose e situazioni giuste²⁹.

Quanto all'*ars celsina*, del resto, c'è stato sicuramente da parte di Gallo un «colpo d'ala» nel riconoscerne il valore. L'*ars* equivarrebbe alla dimensione dinamica del 'fare il diritto', mentre per quanto attiene al *bonum* (si cita p. 74) esso consiste nella risoluzione «ottimale» (verso il 'buono' nel senso di 'ragionevole'), dove a fungere da parametro è più precisamente il *bonum* degli uomini (il riferimento è adesso alla p. 89), con tutta l'uguaglianza da realizzare nelle situazioni concrete. Il diritto romano si è sviluppato attraverso il lavoro dei giuristi e Kelsen non si sarebbe occupato del

²⁸ S. THOMAE AQUINATIS, *Summa theologica* II-II, Qu. 57 a. 1 co.

²⁹ Vd. O. DE BERTOLIS, *Il diritto in San Tommaso d'Aquino. Un'indagine filosofica*, Torino, 2000, 33 ss. Il Gallo ha però in altra sede rifiutato la bontà, per il diritto, delle concezioni nutrite da S. Tommaso d'Aquino, perché «il diritto non si ricava direttamente dalle cose e situazioni» (F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*, in *Iura*, LIV, 2003, ma pubbl. 2006, 19 nt. 50).