

La difficoltà è stata percepita da G. Zagrebelsky, il quale ha ritenuto di superarla individuando una «radicale differenza» tra la legge e la costituzione, espressa nella definizione della prima come «forma della forza» e della seconda come «forma della convivenza»⁴⁶.

fia del diritto secondo il manoscritto di Wannesmann, Heidelberg 1917-1918 (cur. BECCHI), Napoli, 1993, 166, afferma, sulle orme di Platone, che un «codice perfetto, completo è un ideale irraggiungibile». Rientra inoltre nella comune esperienza la constatazione che, ad esempio, il legislatore italiano non è in grado di assicurare il tempestivo adeguamento della miriade di norme in vigore (comprese quelle della costituzione) al mutare delle situazioni. Per il superamento dei limiti indicati si rende necessaria l'individuazione, nella linea dell'insegnamento di Celso, dei (supremi) criteri, che guidano nella produzione e applicazione del diritto.

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 131. Peraltro lo stesso studioso parla (p. 151) di forza della costituzione: «... allo stato puro la differenza tra la Costituzione e la legge» sta in questo: «da Costituzione esprime una forza originaria; la legge esprime invece una forza derivata... La (forza della) Costituzione è dunque autonoma, la (forza della) legge eteronoma». D'altro lato anche la legge serve tuttora ed era già servita a rendere possibile la convivenza umana ben prima dell'introduzione delle carte costituzionali (vd. *infra* nel testo). In precedenza (p. 149) l'autore, argomentando dall'art. 1, secondo comma, della costituzione (che scrivo con l'iniziale

DEFINIZIONE CELSINA E DOTTRINA PURA DEL DIRITTO

1. *Esistenza dell'eredità perduta del diritto romano.* – 2. *Tentativi non riusciti di superare limiti e carenze nella scienza giuridica e nel diritto.* – 3. *Elementi recuperati della definizione celsina del diritto: artificialità e criteri.* – 4. *Ragioni del rifiuto della dottrina pura del diritto.* – 5. *Carattere ideologico e non scientifico dell'elaborazione kelseniana secondo le premesse accolte dall'autore.* – 6. *Inadeguatezze riscontrate dal Bobbio nella dottrina kelseniana e loro superamento ispirato da elementi recuperati del diritto romano.*

1. – Il presente scritto ha come oggetto il confronto fra la definizione celsina del diritto enunciata dal giureconsulto romano Celso figlio, vissuto a cavallo del I e II secolo d.C., e la dottrina pura del diritto elaborata da Hans Kelsen nel secolo scorso¹. Celso figlio suben-

¹ Vengono quindi confrontate una breve definizione e una teoria organica. La prima (*ius est ars boni et aequi*) era riferita da Ulpiano nell'*incipit* delle sue *Institutiones*, il quale venne in seguito utilizzato dai commissari giustiniani come *incipit* dei *Digesta*, sotto il titolo *de iustitia et iure* (D.1.1.1); la seconda è esposta, nella sua compiuta formulazione, nella notissima opera *La dot-*

trò al padre, insieme a Nerazio Prisco, nella guida della scuola proculiana. In età giovanile aveva partecipato a una congiura contro l'imperatore Domiziano; in seguito, rivestì alte cariche (fu, in particolare, due volte console) e fece parte del *consilium* di Adriano. Nel campo del diritto si segnalò anche per contributi recati a problemi generali² e può annoverarsi tra i non molti giuristi di tutti i tempi, che hanno lasciato un'impronta duratura nella scienza giuridica. Hans Kelsen, nato a Praga nel 1881, seguì gli studi giuridici a Vienna nei primi anni del 1900. Nell'aprile del 1934, quando era

trina pura del diritto (trad. M. G. LOSANO), Torino 1966 [tit. originale *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960], a proposito della quale il traduttore (oggi, il massimo cultore kelseniano vivente in Italia) scrive [in H. KELSEN, *Scritti autobiografici* (trad. e cura di M. G. LOSANO), Reggio Emilia, 2008, 27] che essa «può essere considerata l'edizione autentica più aggiornata», sia per i chiarimenti ricevuti dal Kelsen, sia per le modificazioni da lui indicategli, rispetto all'edizione tedesca.

² Nella compilazione giustiniana figurano, oltre alla sua definizione di *ius*, la sua definizione di *actio* (D. 44.7.51; I. 4.6 pr.) e fondamentali canoni ermeneutici da lui enunciati; sono specialmente da considerare, nel campo dell'*interpretatio* (comprensiva dell'elaborazione) del diritto, i frammenti delle sue opere (alcuni dei quali manipolati dai commissari giustiniani) riferiti sotto il titolo 1.3 del Digesto: *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*.

Gli stessi mezzi posti in essere o proposti per eliminare limiti e inadeguatezze del positivismo, come pure le critiche ad esso rivolte, si muovono nell'orizzonte delle concezioni derivate dalla *legum permutatio* di Giustiniano, subendone l'influenza. Il più avanzato e rilevante rimedio realizzato per ovviare alle manchevolezze della legge è costituito dall'introduzione su vasta scala, nei Paesi di tradizione romanistica, di una carta costituzionale con l'attribuzione a un'apposita Corte o Consiglio, oppure al giudice ordinario, del potere di giudicare sulla costituzionalità della legge. Si è sovrapposta alla legge esistente una legge superiore, la quale, in quanto legge, non è esente dai difetti ad essa connaturati: la lacunosità e l'inadeguatezza rispetto alla realtà regolata, già, in qualche misura, originaria e poi ampliata a causa dei sopravvenuti mutamenti nell'indicata realtà⁴⁵.

tura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere». Esso sembra introdotto per enfatizzare l'indipendenza dei giudici, lasciando peraltro intatto il punto nodale della loro soggezione alla legge.

⁴⁵ È rilevazione antica che nessun legislatore è in grado di tutto prevedere e regolare nelle leggi poste. Ne era consapevole lo stesso Giustiniano (*const. Tanta*, § 18), e ciò vale per la legge in generale, compresa la costituzione. Anche G. W. F. HEGEL, *Lezioni di filoso-*

Anche il linguaggio, sia giuridico che comune, rispecchia ancora elementi della grande *permutatio* giustiniana. Si è recentemente parlato, a livello scientifico, di ‘sacralità’ della legge. L’espressione riecheggia la raffigurazione del Digesto, formato da *leges*, come *templum iustitiae*⁴². Nei dizionari della lingua italiana da me consultati⁴³, il segno ‘giurisdizione’ indica il compito, assegnato ai giudici, di applicare la legge, con l’ovvia esclusione dell’originaria *iurisdictio*, così com’era stato stabilito da Giustiniano. La soggezione del giudice alla legge è un principio recepito nella costituzione italiana⁴⁴.

nell’ambito della tradizione romanistica e in specie in Italia. L’autore aggiunge che, «di fronte ad una analogia confusione che poteva sorgere nell’amministrazione della giustizia in Roma nei tempi più tardi sulla base delle autorità di tutti i diversi giureconsulti famosi, fu inventato da un imperatore l’ingegnoso rimedio che porta il nome di *legge delle citazioni*...».

⁴² Oltre ad usare la metafora indicata, Giustiniano prescrisse nella *const. Tanta*, § 19: *hasce... leges* [quelle contenute nel Digesto] *et adorate et observate, omnibus antiquioribus quiescentibus*.

⁴³ Vd., ad esempio, il *Vocabolario della lingua italiana* dell’Istituto della enciclopedia italiana (Treccani), II, Roma, 1987, 642.

⁴⁴ Art. 101, comma 1. La delimitazione recata dall’avverbio ‘soltanto’ appare inutile, in presenza del disposto dell’art. 104, comma 1, secondo cui «la magistra-

professore e preside della Facoltà di giurisprudenza a Colonia, fu tra i primi ad essere colpito dalla legge nazista, appena emanata, sull’epurazione dei dipendenti pubblici. Nello stesso anno riparò con la famiglia in Svizzera e nel 1940 lasciò l’Europa, trasferendosi negli Stati Uniti d’America. Il Kelsen, che fu anche giudice e relatore permanente della Corte costituzionale tedesco-austriaca, lasciò una vastissima produzione scientifica³. Grazie ad essa, e segnatamente all’elaborazione della dottrina pura del diritto, è considerato il maggior teorico e filosofo del diritto, almeno europeo, dopo l’ottocento⁴.

³ Cfr. H. KELSEN, *Scritti*, cit., 139 ss.; *La dottrina*, cit., LXII ss. La destituzione dal posto di professore è ricordata dallo studioso nella sua *Autobiografia*, in *Scritti*, cit., 125.

⁴ Da ultimo M. G. LOSANO, *Presentazione del volume: Hans Kelsen, Scritti autobiografici*, in *AAT, Classe Scienze Morali*, CXLIII, 2009, 95, indica, nello studioso praghese, «il maggior giurista del XX secolo» e A. GUARINO, «Exit», in *Index*, XXXVII, 2009, 604, ravvisa nella «*reine Rechtslehre* da lui creata» un esercizio di «teoria generale» svolto «in maniera stupenda». N. Bobbio, che è stato indubbiamente uno tra i più autorevoli studiosi del Kelsen, nel saggio *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, VIII, 1954, 356 ss. [= *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli-Roma, 1992, 15 ss.], dopo aver difeso la dottrina pura del diritto dagli attacchi di giusnaturalisti e sociologi, ha in-

dicato, in chiusura della trattazione, «le direzioni in cui», a suo parere, «una critica al Kelsen» (più avanti egli usa l'espressione «critica degli errori») «sarebbe fruttuosa e costruttiva», suggerendo «due punti» da riesaminare. Anche il Bobbio ha svolto la sua argomentazione nell'alveo delle concezioni derivate dalla *legum doctrina* giustiniana, inficiata dalla rimozione dell'artificialità del diritto e dei connessi criteri per porlo, interpretarlo e applicarlo. È peraltro certo che egli ha indicato, per il riesame, due nodi centrali della dottrina kelseniana, al cui scioglimento offrono ispirazione gli elementi dell'eredità perduta del diritto romano. Vd. *infra*, § 6. Cito, tra le critiche alla dottrina kelseniana, quella del romanista B. ALBANESE, *Verba tene, res sequuntur*, in S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, II, 1969, 60 s. [= *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 599 s.], la quale la coinvolge globalmente e di cui riporto le dure enunciazioni finali: «Chi rilegga..., oggi, la famosa sintesi che il Kelsen scrisse nel 1934 (...quando in Germania si stava già imponendo il barbaro ditterio *quod Hitlerio placuit legis habet vigorem*) non può non restare stupefatto di fronte ad un'ostinazione, cieca alla realtà umana, cieca alla storia, e solo sollecita di una presunta scientificità pura. Il vero è che non vi è nulla di meno 'puro' (cioè di più comunemente dilacerato in una vitale tensione) del diritto, e dell'uomo. Né vi è scienza del diritto se ciò viene disconosciuto». Neppure l'Albanese è pervenuto al fondo del problema; neppure egli ha tenuto conto del punto di vista e degli elementi offerti, in aderenza alla realtà, dal recupero dell'eredità perduta del diritto, sui quali vd. *infra*, § 3.

niano. La dottrina pura del diritto, elaborata nella prima metà del secolo scorso, ha portato, come si mostrerà³⁹, alle estreme conseguenze la visuale positivista già presente nella sostituzione, operata dal grande legislatore⁴⁰, delle *leges* al *ius*, cercando nel contempo, senza successo, di dare ad essa un fondamento scientifico⁴¹.

³⁹ *Infra*, §§ 4 e 5.

⁴⁰ Il prototipo dei legislatori posteriori almeno nella tradizione occidentale.

⁴¹ L'influenza della *legum doctrina* giustiniana appare palese, ad esempio, anche in G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di G. MARINI), Roma-Bari, 1990 (l'edizione tedesca è del 1821), 171: «nella identità dell'esser in sé e dell'esser posto ha obbligatorietà come diritto soltanto ciò che è legge». In precedenza (pp. 170 s.) il filosofo tedesco aveva ravvisato una «mostruosa confusione» nel «diritto nazionale d'Inghilterra», in quanto «contenuto in statuti e in una cosiddetta legge non scritta» (peraltro, in realtà, «altrettanto scritta e la cui cognizione può e deve esser acquisita unicamente attraverso la lettura dei molti volumi... che essa riempie»), e nell'amministrazione, in esso, della giustizia, rilevando in particolare «la circostanza che, poiché questa legge non scritta è contenuta nelle decisioni delle corti di giustizia e dei giudici, i giudici fanno perciò continuamente i legislatori... essi stessi hanno dentro di sé la legge non scritta... ». Emerge la considerazione, nel sistema inglese, delle corti e dei giudici quali usurpatori del potere legislativo, così come il Muratori aveva ritenuti tali i 'dottori'

compilazione è prevista l'analogia, ma la sua applicazione spetta all'imperatore, al quale è esclusivamente riservata l'*ars iuris*.

Veramente la *legum permutatio* giustiniana ha inaugurato una nuova era nella storia del diritto. L'ambizione dell'imperatore di aver sostituito l'oro delle nuove leggi al bronzo dell'antico diritto è obiettivamente priva di fondamento. Tuttavia il suo proposito di stabilire *leges*, oltre che per il suo tempo, per ogni evo futuro, ha avuto un successo ben maggiore di quanto comunemente si crede.

Celebri teorie, entrate nella storia del pensiero giuridico occidentale, riflettono o hanno comunque a base elementi dell'indicata *legum permutatio*. Cito due esempi. La teoria della divisione dei poteri, elaborata nel 1700, riproduce, per quanto riguarda il rapporto tra legislatore e giudici, la visione giustiniana. La famosa affermazione che 'les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi'³⁸, rappresenta una felice metafora del ruolo attribuito ai giudici da Giusti-

³⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (ed. G. TRUC), I, Paris, 1961, 171, dove si soggiunge che gli stessi sono «des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur». Cfr. a p. 168 il lucido rilievo: «Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux...».

Nel mio disegno il confronto, a cui mi accingo, rientra negli studi, che conduco da anni, volti al recupero dell'eredità perduta del diritto romano, in vista di una revisione *funditus* di radicate concezioni generali del diritto: oso dire di una rifondazione della scienza giuridica per renderla più aderente alla realtà e alle esigenze umane.

Sono necessarie, per la trattazione del tema, alcune messe a punto, volte a mostrare l'effettiva esistenza dell'eredità perduta del diritto romano, conseguente alla rimozione, da parte di Giustiniano, di un complesso di elementi fondamentali dell'antico diritto, ispirati a una visione realistica dell'esperienza terrena e delle concrete esigenze umane, al cui appagamento è rivolto il diritto. L'asserita esistenza di tale eredità desta, a primo aspetto, stupore, se non proprio incredulità, non solo, in generale, tra gli studiosi del diritto, ma tra gli stessi romanisti, dato che ormai da tempo, dopo la cessazione, in Europa (salvo qualche area marginale), dell'*usus modernus pandectarum*, il diritto romano viene studiato in primo piano come diritto storico, anche da coloro che continuano variamente a sostenerne l'utilizzazione attuale. Non sono tuttavia ancora

state abbattute le barriere⁵ frapposte alla percezione e alla stessa comprensione delle concezioni generali del diritto, a base democratica, che si erano formate nell'epoca repubblicana e furono quindi sostituite da altre, consoni all'assetto assolutistico del potere, nella lunga transizione al dominato attraverso la fase intermedia del principato. Le nuove concezioni, ricevute e precisate nella compilazione giustiniana, indirizzarono e condizionarono, nell'ambito considerato, lo sviluppo avutosi successivamente nella tradizione romanistica europea⁶.

Ho già ricostruito tratti e passaggi fondamentali della transizione menzionata in altri scritti⁷, ai quali rinvio, richiamando qui, esem-

⁵ Una sorta di muro intellettuale.

⁶ Nel passaggio, ricostruito da B. ALBANESE, *Verba tene*, cit., 43 ss., dalla rappresentazione del diritto col segno 'ius' a quella col segno 'diritto' (attraverso il vocabolo del latino volgare 'directum'), non si rinviene l'influenza, *hinc et illinc*, degli elementi e concezioni dell'antico diritto romano eliminati da Giustiniano (nelle sue intenzioni per sempre), mediante la *legum permutatio* proclamata nella costituzione *Omnem*, § 11.

⁷ Cito, tra essi, F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LXII, 1996, 1 ss. [= *Opuscula selecta* (a cura di F. BONA e M. MIGLIETTA), Padova, 1999, 935 ss.]; *Princeps e ius praetorium*, in *Ius controversum e auctoritas principis*, *Atti Convegno internazionale*

loro luogo è ammessa la sola *consuetudo secundum legem*.

Nello stesso sistema non ci sono più magistrati del popolo romano, ma solo funzionari imperiali. È scomparsa la funzione della *iurisdictio* e gli editti dei magistrati giurisdicenti, nei quali si era vista la fonte del *ius honorarium*, sono ora assorbiti nelle *leges*.

Nel disegno giustiniano i professori di diritto (i giuristi del tempo, anch'essi funzionari imperiali) sono ridotti a ripetitori dei contenuti normativi e dottrinali ricevuti nelle *leges*. L'imperatore ebbe cura di precisare le attività a loro permesse, con esclusione di ogni esplicazione con risvolti creativi, considerata – in quanto proveniente da essi e non dalla carica imperiale – una perversione³⁷. Ai giudici è preclusa ogni iniziativa nel campo dell'interpretazione: il loro compito è di applicare fedelmente, nei casi ad essi sottoposti, le norme rinvenute nelle *leges* e, ove non le rinverranno, di richiederle all'autorità imperiale. Nella

³⁷ *Const. Tanta*, § 21: ... *alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus*. La *perversio* sottende l'usurpazione della prerogativa della carica imperiale, espressa dal *leges et condere et interpretari*, attività entrambe necessarie ed integrantisi nella vita del diritto.

do riguardo al diritto stabilito nelle due compilazioni di *iura*: i *Digesta* e le *Institutiones*³⁶. È sicuro in ogni modo che in tali costituzioni il plurale *leges* non indica la fonte del diritto, che era individuata nell'imperatore, bensì il diritto da lui prodotto, quale era inteso da Giustiniano, vale a dire comprensivo del momento prescrittivo e di quello concettuale: della produzione normativa e dell'elaborazione dottrinale, l'una e l'altra riservate, in modo esclusivo, alla carica imperiale. Nel plurale *leges* si trova l'antica radice della visione positivista del diritto.

Nel sistema voluto da Giustiniano non c'è più spazio per i *mores*, che, nell'antico diritto, avevano avuto rango uguale alla legge. In

sibile, egli, al livello declamatorio, compresse ed emarginò la consuetudine, sganciandola dalla volontà popolare e ricollegandola al potere imperiale. In difetto di una compiuta trattazione del tema, mi paiono da richiamare tre dati: nel passo riferito le *leges* abbracciano l'intera compilazione; Giustiniano ammise soltanto la *consuetudo secundum legem*, cioè in essa contemplata; spettava all'*auctoritas Augusta* colmare le lacune rilevate nella disciplina giuridica, come risolvere le incertezze in essa riscontrate dai giudici nei processi.

³⁶ Vd., oltre al luogo citato *supra*, nt. 34, *const. Tanta*, § 21. Nel precedente § 19 della stessa costituzione l'accusativo *has leges* si riferisce al Digesto.

plificativamente, taluni elementi e conseguenze specifiche.

La dipendenza della formazione consuetudinaria dal potere (sovranità) popolare, rimossa dal panorama scientifico nell'esperienza romana, pur non essendo mai venuta

di diritto romano, Copanello 11-13 giugno 1998 (a cura di F. MILAZZO), Napoli-Roma, 2003, 263 ss.; *La recezione moribus nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*, in *Prassi e Diritto. Valore e ruolo della consuetudine, Atti Incontro di studio Napoli 9-10 dicembre 2004* (a cura di L. BOVE), Napoli, 2008, 105 ss. [= *Iura*, LV, 2004-2005 (pubbl. 2008), 1 ss.]; *Le consuetudini locali nell'esperienza romana prima e dopo la concessione della "civitas romana" ai peregrini*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica, Atti Congr. int. Soc. it. storia del diritto, Torino 19-21 novembre 1998*, Roma, 2001, 303 ss.; *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, in *D@Storia*, VI, 2007, www.dirittoestoria.it [= *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, 139 ss.]; *L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 2005 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, 333 ss. [= *Riv. dir. civ.*, LIV, 2008, I, 683 ss.]; *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in questa *Rivista*, III, 2010, *Sez. Contributi*.

meno nella realtà, ha continuato e continua ad essere ignorata dalla scienza giuridica. Similmente non è mai più stato recuperato il legame, esistente nella realtà, tra l'elaborazione scientifica e la formazione consuetudinaria, anch'esso rimosso, nell'esperienza indicata, dal panorama scientifico. La duplice perdita non è stata senza conseguenze nella scienza giuridica. Da un lato non si è più trovato un fondamento o giustificazione alla formazione consuetudinaria del diritto e non si è più percepito come essa avvenga in concreto; dall'altro lato, nonostante i tanti sforzi e le molte parole, è mancato il compiuto chiarimento (l'individuazione) del ruolo svolto dalla dottrina nella produzione del diritto. E questi esiti non possono stupire, essendo ovvio che la distorsione della realtà, o comunque lo scostamento da essa, pregiudica, in ogni campo, lo svolgimento del lavoro scientifico.

L'incomprensione e rimozione della definizione celsina del diritto, che si sono avute nella nostra tradizione, hanno coinvolto la consapevolezza dell'artificialità del diritto: del dato, sicuro, che esso è sempre stato nell'esperienza terrena un prodotto umano. L'obliterazione di questo dato e delle sue molteplici implicazioni, nelle concezioni dominanti nella scienza giuridica, è resa palese dal

compilazione, la *lex* (in proposito il segno era usato al singolare) indicava la fonte, reputata principale, del *ius*. Nelle costituzioni che hanno disposto e guidato le successive fasi della compilazione, Giustiniano usa abitualmente il plurale *leges* o con riferimento, in enunciazioni rilevanti, al diritto in generale³⁵ oppure avven-

³⁵ Ricordo, quali esempi, le locuzioni *legum permutatio*, *legum scientia*, o *doctrina*, *legum cunabula*, *legum trames* [quest'ultima ricorrente nella *const. Deo auctore* § 1 ... *repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus* ... L'*omnis legum trames*, a cominciare dalla fondazione di Roma, è l'intera storia del diritto romano. In S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti digesta seu pandectae*, I, Milano, 2005, 23, il segno *trames* è reso con 'cammino']. La costituzione *Imperatoriam*, con cui sono state pubblicate le *Institutiones*, è indirizzata alla *cupida legum inventus*. Nel linguaggio giuridico e, in specie, nei testi normativi dovrebbero essere evitati gli artifici espressivi, che erano invece frequenti nelle costituzioni di Giustiniano. Rientra fra essi il riferimento all'intero con l'indicazione della parte (nel caso ritenuta quella principale e preponderante). Si domanda se il rilievo valga anche per il celebre passo della *const. Tanta*, § 21, dove si menziona l'*auctoritas Augusta, cui soli concessum est leges et condere et interpretari* (vd. pure C. 1.1.14, 12). Più precisamente: nella riserva all'imperatore rientrava anche la *consuetudo*? La risposta è positiva se, prescindendo dalla realtà, si guarda al trattamento ad essa riservato da Giustiniano, nei limiti in cui il suo disegno in proposito poté trovare attuazione. Per quanto gli è stato pos-

caso o, invece, la norma generale ed astratta. Sono in gioco concezioni confliggenti, si configurano sistemi disparati, si perseguono obiettivi e si ottengono risultati contrapposti: nell'un caso si dà preminenza, rispetto alla norma generale ed astratta, alla salvaguardia degli interessi dei soggetti tra i quali si pone il diritto, nell'altro, al contrario, i secondi vengono sacrificati alla prima. L'antica visione si presenta coerente al dato che il diritto è uno strumento apprestato dall'uomo per una fondamentale esigenza della convivenza umana, mentre la nuova *doctrina*, ad essa sostituita da Giustiniano, ne oblitera la natura strumentale³³.

Tra le fonti che tenevano il luogo della legge sono eliminati i senatoconsulti e i *responsa prudentium*. Rimangono le costituzioni imperiali, ma con una nuova fisionomia. Nell'antico diritto si diceva che esse *legis vicem optinent*; Giustiniano ricorda, a proposito del Digesto, di aver stabilito che le *leges* in esso contenute tengano il luogo delle *constitutiones*³⁴. Negli antichi testi, com'è documentato anche nella

³³ In certa misura il diritto, che l'uomo ha posto e a cui continua a dar vita, viene elevato a suo padrone.

³⁴ *Const. Tanta*, § 20a: *...cum enim constitutionum vicem et has leges* [i frammenti delle opere dei giuristi classici ricevuti nel Digesto] *optinere censuimus...*

fatto che, recentemente, Natalino Irti ha ravvisato nella produzione umana del diritto un evento nuovo, terribile e crudele⁸. Sulla base dei medesimi presupposti concettuali, disancorati dalla realtà, la definizione celsina del diritto, che, viceversa, in aderenza ad essa, mette in luce l'artificialità del diritto con le relative implicazioni, è stata considerata una raffigurazione metaforica e addirittura una enunciazione superficiale e senza significato⁹.

⁸ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. VI (la parola 'produzione' «– terribile per l'immagine del distruggere e costruire, del trarre dal nulla e ricacciare nel nulla – ha preso pieno possesso del diritto») e p. 7 («l'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: 'produrre'. Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono 'prodotte': vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla»). Contro la tesi sostenuta dallo studioso vd. F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *AAT, Classe Scienze morali*, 2005-2006, 3 ss. [= *Riv. dir. civ.*, 53, 2007, 19 ss.].

⁹ Cfr. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 160. In merito alla definizione celsina la *communis opinio*, ancora al presente diffusa tra gli stessi romanisti, appare rappresentata da M. MARONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 20: «Sarebbe vano cercare nella letteratura latina antica, giuridica e non, una v e r a» [spaziato mio] «definizione del diritto. Per vero...in D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*) v'è testimonianza del pensiero di Celso..., che affer-

mava: *ius est ars boni et aequi...* Ma, pur avendone l'apparenza (*ius est...*), la frase non è, né voleva essere, neppure nelle intenzioni del giurista che la formulò, una vera e propria definizione di *ius*: essa esprimeva niente più dell'aspirazione del *ius* verso valori morali ed etici». È superfluo rilevare che le Istituzioni del Marrone sono giustamente ritenute uno dei migliori manuali romanistici. Nel luogo citato lo studioso ha giustificato, nei riguardi della definizione celsina del diritto, il consueto comportamento degli autori di manuali e trattati romanistici, i quali sovrappongono al diritto romano le nostre attuali concezioni generali del diritto, derivate dalla *legum doctrina* giustiniana. Egli ha bensì intitolato col segno *Ius* il capitolo primo del suo manuale (*Istituzioni*, cit., 15); tuttavia, al solito, non ha accolto, in esso, la concezione romana del diritto, bensì la nostra. Condividendo il generale convincimento che, per la raffigurazione del diritto, sia possibile prescindere dalla scelta (od oscillazione) tra la concezione normativa e quella istituzionale e che «l'idea della norma» sia «presente in ogni concezione del diritto», egli ha ritenuto fuori della realtà e perciò non accettabile la sua rappresentazione come *ars*, giudicando in coerenza non vera (vale a dire falsa) la definizione celsina e supponendo addirittura che, con essa, il giurista romano non avrebbe inteso enunciare una vera (e propria) definizione di *ius*. Appare arduo ritenere che Celso (il più acuto teorico del diritto tra i giuristi romani: cfr. *supra* nt. 2) si diletasse a enunciare definizioni non vere in materia. Le sue definizioni di *ius* e di *actio* non sono state, a quanto sappiamo, contestate e risultano le sole recepite, per l'uno e per l'altra, nella compilazione giustiniana, perché espri-

getto al diritto concepito nel modo sopra indicato, perseguiva, con il *ius dicere*, l'attuazione dell'*aequitas* (= uguaglianza proporzionale) implicante il profilo del 'buono', nella decisione dei casi³⁰. A questo scopo, ad esempio, denegava un mezzo processuale previsto dal diritto in vigore oppure lo accordava al di fuori dell'ambito per cui era posto, precludeva l'applicazione di un'*actio* con una *exceptio* o di una *exceptio* con una *replicatio*³¹, apprestava un apposito mezzo processuale per il caso specifico.

Si ritiene che il diritto giustiniano abbia recato, rispetto a quello dell'età repubblicana e imperiale, uno spostamento dalla visuale processuale alla visuale sostanziale. In realtà la *legum permutatio* giustiniana non ha cambiato soltanto il punto di vista nel senso detto³², ma ha investito lo stesso oggetto considerato: il diritto con la relativa concezione. Più che una diversità, si coglie l'antitesi tra il porre al di sopra di tutto, nel diritto, la soluzione del

³⁰ Pure questo duplice fine è enunciato da Celso, nella definizione del diritto, col binomio *bonum et aequum*.

³¹ Cfr. Gai 4.126-129.

³² Anche per quanto attiene al punto di vista, l'elemento più rilevante è rappresentato dalla sostituzione di una prospettiva statica ad una prospettiva dinamica.

bili controversie insorgenti tra i consociati²⁸. Ovviamente il complesso delle regole, organi e istituti, che concorrevano a tale attuazione, va considerato, diversamente da quanto si usa fare, al di fuori delle vedute attuali.

L'elemento centrale è costituito dalla *iurisdictio*. Il termine indica l'atto e la funzione stessa del *dicere ius*, la quale era attribuita al pretore, *collega minor* dei consoli e, come questi, eletto dal *comitiatus maximus* e investito dell'*imperium*. Per la *dictio iuris* era configurata un'apposita fase processuale (la prima, detta *in iure*²⁹). Il *ius dictum* consisteva in un mezzo o combinazione di mezzi processuali, esprimenti il principio o i principii giuridici per la decisione del caso, ai quali doveva poi attenersi il giudice (di norma un privato) nella fase successiva della *iudicatio*: del giudizio di merito, previa l'istruzione probatoria. Il pretore, sog-

²⁸ Altri due pilastri della visione prospettata sono rappresentati, a lato della definizione celsina del diritto, dalla teorizzazione paolina del rapporto tra *regula* e *ius* (Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50.17.1) e dalla concezione della *iurisdictio* secondo la sua antica configurazione. Su entrambe vd. *infra*, § 3.

²⁹ Com'è noto, la seconda era detta *apud iudicem*. Il pretore, magistrato del popolo romano, non era giudice. La precisazione non è superflua: in ROSSI (a cura di), *La fine del diritto?*, Bologna, 2009, 97 (nella *Postfazione*), sono menzionate «le sentenze dei pretori».

Nella fase terminale dell'*usus modernus pandectarum*, in Germania, lo studio scientifico del diritto si espresse soprattutto nella pandettistica, a cui si deve l'elaborazione della dogmatica giuridica. La pandettistica ebbe ancora paladini e seguaci per vari decenni dopo l'emanazione del BGB sia in Germania sia fuori di essa.

In Italia Emilio Betti propugnò «l'uso della dogmatica giuridica moderna nell'interpretazione storica del diritto», avendo particolarmente riguardo, in concreto, al diritto romano¹⁰. Con la sua elaborazione lo studioso

mevano, con ogni verosimiglianza, concezioni pacifiche. Ne sono prova, per la definizione di *ius*, i fatti concomitanti che Ulpiano l'ha posta a base, in apertura delle sue *Institutiones*, della trattazione dedicata al diritto (e alle sue partizioni), alla giustizia e ai compiti dei giuristi, e che i compilatori giustinianeî hanno utilizzato tale trattazione quale *incipit* del titolo *de iustitia et iure* e dello stesso Digesto. Quanto alla supposta ispirazione giusnaturalistica della definizione celsina di *ius*, vd. confutazione in F. GALLO, '*Ars boni et aequi*' e '*ius naturale*', in SDHI, LXXV, 2009, 15 ss. Cfr. ID., *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Valori e principii del diritto romano. Atti giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano, Maestro di Istituzioni*, Torino 12 ottobre 2007 (a cura di A. TRISCIUOGGIO), Napoli, 2009, 83 ss.

¹⁰ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica moderna*, in AG., XCIX, 1928, 129 ss.; C, 1928, 26 ss. [= *Diritto Metodo*

fornì, in parte al di là del proprio intento¹¹, il supporto teorico, da un lato, ad un persistente modo di operare concreto e, dall'altro, alla preordinata applicazione dei moderni concetti giuridici generali al diritto romano. La sovrapposizione ad esso di nostri concetti è stata – e viene ancora – operata oltre i limiti e cautele indicati dal Betti anche da parte dei suoi oppositori, contrari, in via di principio, all'impiego della dogmatica moderna nello studio storico del diritto. Il dato, macroscopico, è sotto gli occhi di tutti. Ancora al presente, ad esempio, nell'area della tradizione ro-

Ermeneutica (cur. G. CRIFÒ), Milano, 1991, 59 ss.]; *La dogmatica moderna nella storiografia del diritto e della cultura. È legittimo l'uso della dogmatica giuridica moderna nell'interpretazione storica del diritto?* in *Jus*, XIII, 1962, 319 ss. [= *Diritto*, cit., 495 ss.]; *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze giuridiche, Atti primo Congr. int. della Soc. it. storia del diritto*, Firenze, 1966, 105 ss. [= *Diritto*, cit., 573 ss.].

¹¹ Egli ha avuto cura di enunciare le cautele e i limiti, a cui attenersi, nell'uso, da lui patrocinato, della dogmatica nello studio storico del diritto. Vd., in part., in *Diritto romano*, cit., 144 s. [= *Diritto*, cit., 78 s.], l'avvertenza finale che «non è l'istituto studiato, che va piegato ad immagine e somiglianza delle nostre categorie, ma sono, viceversa, queste ultime che debbono servire alla comprensione dell'istituto», e in *La dogmatica*, cit., 333 ss. [= *Diritto*, cit., 517 ss.], l'esposizione dei limiti predetti.

rienza romana. Non si può tuttavia prescindere dal dare risposta alla domanda: in che cosa è consistita, nei tratti essenziali, in ordine ad esso, la *legum permutatio*?

Nell'antico diritto si poneva al di sopra di tutto la soluzione del caso. Certamente non mancavano, e non potevano mancare, regole generali e astratte, che erano peraltro ritenute strumentali rispetto a tale soluzione e venivano all'occorrenza disapplicate per assicurare, in ciascun caso, la rispondenza ai criteri ispiratori del diritto: che guidano, come tali, ogni attività, in cui si esplica il fenomeno giuridico²⁵. Questa concezione del diritto, ignorata nelle rappresentazioni della dottrina romanistica²⁶, trovava concreta attuazione, sul piano processuale²⁷, nella decisione delle immanca-

²⁵ Su tali criteri, espressi nella definizione celsina congiuntamente ai fini che l'uomo persegue con il diritto e ai connotati che lo stesso deve presentare, cfr. § seguente.

²⁶ Riflettenti concezioni attuali (il cui *principium*, si ribadisce, risale a Giustiniano).

²⁷ Il riferimento – nella mia rappresentazione, circoscritta agli elementi utili alla dimostrazione perseguita – è al processo formulare: vd., per una sintesi, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 88 ss.

Pure per il *ius honorarium* la mancata percezione e i travisamenti della dottrina hanno la loro radice lontana nella *legum permutatio*, con la quale Giustiniano si propose di eliminare definitivamente dall'esperienza terrena (metaforicamente seppellire) le antiche concezioni in una con le norme e istituti in cui si concretavano²⁴. Non è possibile qui delineare la vicenda storica del *ius honorarium* nell'espe-

genere appropriato (anzi un genere 'tout court'), mentre lo è l'*ars*, nella prospettiva della distinzione degli elementi esistenti nella realtà terrena in naturali e artificiali (fra i quali ultimi rientra il diritto). [Al mio articolo sono state apportate altre modifiche (una recante un errore marchiano), dovute a diversa ragione e sulle quali non ho motivo, qui, di soffermarmi. Il rimedio migliore mi è parso la ripubblicazione, rapidamente effettuata in questa rivista].

²⁴ Non rientra nelle facoltà umane la previsione degli sviluppi che si avranno nei decenni, nei secoli ed evi futuri. È tuttavia innegabile, come si è già notato, che, nella tradizione romanistica, la *legum permutatio* giustiniana ha continuato in vario modo, ancora dopo la codificazione, ad influire, permeare ed indirizzare, in elementi fondamentali, il diritto e la scienza giuridica. Nella mia ricerca mi occupo delle conseguenze negative (spesso pesantemente), che ne sono derivate, al fine di eliminarle. Non posso tuttavia ignorare gli innegabili rilevanti apporti positivi derivati dallo studio del *corpus iuris* giustiniano alla civiltà europea e, di riflesso, extraeuropea.

manistica, i concetti generali del diritto esposti nei manuali di diritto romano corrispondono a quelli enunciati nei manuali di diritto civile dei singoli Paesi. Di per se stessa la suggestione del dogma – anche perché nella trasmissione comunicativa il riferimento ad esso è favorito rispetto alla determinazione dei limiti –, tende ad essere assorbente. Essa può essere così raffigurata: se i concetti giuridici sono dogmi, hanno un valore assoluto, risultando, come tali, riferibili a tutti gli ordinamenti giuridici del passato, del presente e del futuro¹².

¹² Come per ogni altra entità, anche per il diritto l'attività speculativa definitoria tende a fornire una rappresentazione avente valore generale, individuandone gli elementi ritenuti fondamentali, che lo caratterizzano in ogni tempo e luogo. Tali sono, nella definizione celsina, l'artificialità e i criteri del *bonum et aequum*. Il pregio forse maggiore di questa definizione è di cogliere il diritto così come si presenta nella realtà, come fenomeno dinamico. All'opposto le definizioni oggi correnti del diritto (menziono quella, tuttora dominante nell'ambito della tradizione romanistica, come norma o sistema di norme) lo raffigurano, in contrasto con la realtà, quale entità statica. Viene così rimossa e obliterata, nella considerazione del diritto, la sua totale dipendenza dall'attività umana (espressa da Celso nella sussunzione nel genere *ars*), con immane gravi conseguenze, come si mostrerà, sia al livello teorico che pratico. La riduzione dei concetti giuridici a dogmi e l'applicazione delle attuali conce-

L'accoglimento di concezioni giuridiche attuali nello studio del diritto romano ha avuto come conseguenza il disconoscimento e il rifiuto di elementi peculiari e qualificanti di tale diritto¹³. Considero, a titolo di esempio, oltre alla definizione celsina del diritto, oggetto del confronto, in questo scritto, con la dottrina pura dello stesso, il *ius honorarium*.

L'accettazione della definizione del diritto come *ars* ha trovato ostacolo nella sua radicata e generalizzata concezione come norma o sistema di norme, la quale, nell'alveo della tradizione romanistica, ha la sua lontana

zioni generali del diritto al diritto romano incontrano difficoltà non sormontabili, come mostrano i dati seguenti: a) la considerazione delle concezioni del diritto quali dogmi è preclusa dalla loro pluralità e diversità; b) le concezioni del diritto devono essere tenute distinte dal diritto, perché in più casi travisano la realtà (compreso il fenomeno giuridico) e non risultano rispondenti alle esigenze umane (i due difetti inficiano alle radici, come si vedrà, la dottrina pura del diritto); c) le attuali concezioni generali del diritto non sono compatibili con quelle rientranti nell'eredità perduta del diritto romano, com'è reso evidente dal preconcetto rifiuto e disconoscimento della definizione celsina di *ius* (vd. *infra*, in questo §).

¹³ Cfr., a proposito della produzione del diritto, F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*, in *Iura*, LIV, 2003 [pubbl. 2006], 1 ss.

l'esistenza dell'eredità perduta del diritto romano e dell'opportunità di avviarne il recupero per la percezione e rimozione di carenze e storture tramandate nel diritto e nella scienza giuridica. Aggiungo in proposito un'altra prova, minuscola, ma non per questo meno significativa, che mi coinvolge personalmente e proviene da un ambito di studiosi non romanisti, fra i più attenti alla comparazione e alla storia. La rivista *Europa e diritto privato* ha pubblicato nel terzo fascicolo del 2009 il mio articolo già citato, *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*. Ancora nelle bozze da me restituite per la stampa figurava il titolo indicato. Viceversa, nel testo pubblicato si trova, in luogo di 'definizione', il segno 'ridefinizione'. In coerenza l'Abstract (non riflettente anche su altri punti il mio pensiero) inizia con le parole *Celso's new definition*. La prima reazione è stata di stupore e disappunto per la mancata preventiva consultazione, nella quale, peraltro – *re melius perpensa* –, ho ravvisato un indice della sicurezza di porre rimedio, con la modifica, a una svista o errore. Se pure nel caso la sicurezza è mal riposta, se non altro perché l'unica definizione del diritto testimoniata nelle fonti giuridiche a noi pervenute è quella di Celso, essa è espressione del radicato convincimento (quasi una fede) che il diritto è norma, e non può quindi mancare, nella scienza giuridica, la sua percezione e definizione come tale. Perciò, in logica coerenza con l'errato presupposto, la definizione celsina di esso come *ars* è stata ritenuta una ridefinizione. Senza addentrarmi nel tema, osservo, in contrario, che la norma, in quanto elemento del diritto, non può esserne il

ne), in cui esso si esplica²². L'individuazione dei supremi criteri dell'*ars iuris*, che ne guidano l'esercizio, costituiscono, congiuntamente all'artificialità, il fondamentale contributo recato dal giurista romano all'elaborazione scientifica del diritto. Senza il loro recupero non si sono finora eliminate le storture, pur largamente percepite, presenti nel diritto e nella scienza giuridica.

Infine il *bonum* e l'*aequum* non sono, come sembra emergere dalla prospettazione del Cerami, elementi autonomi affiancati nel binomio. Nella definizione celsina il sintagma *bonum et aequum* è un'endiadi, in cui i due segni si integrano reciprocamente, assumendo compiuto significato nella complementarità. Il sintagma esprime sinteticamente il 'buono' (come si è già rilevato, nel senso della soluzione ottimale) rispondente all'eguaglianza proporzionale.

In conclusione l'interpretazione enunciata dal Cerami non solo non collima, ma contrasta apertamente con la definizione interpretata²³.

²² Sulla pluralità di messaggi condensati nel binomio in oggetto, vd. *infra* § 3.

²³ Il dato, per l'alta stima di cui gode giustamente lo studioso, fornisce un'ennesima prova, di indubbio valore, della fondatezza della tesi da me sostenuta circa

radice (il *principium*) nella *legum permutatio* giustiniana.

L'arte, nel significato corrente del termine, più ristretto di quello di *ars*, non sembra avere niente in comune col diritto. E la diffusa presunzione che l'errore e la distorsione siano negli altri, rafforzata dalla generale condivisione, diventa una barriera difficilmente valicabile. L'atteggiamento verso la definizione celsina è stato duplice. Da un lato, come si è già osservato, essa è stata rifiutata quale enunciazione priva di significato o, in modo più rispettoso, ma sempre implicante il suo sostanziale disconoscimento, come definizione metaforica *per laudem*; dall'altro lato si è cercato di renderla accettabile con lo stravolgimento di elementi che la compongono. Sono esemplari, in questa linea, le interpretazioni di *ius* come scienza giuridica, di *ars* come sistema e di *bonum et aequum* come espressione del diritto naturale¹⁴. La definizione è stravolta, al fine di eliminare il contrasto con le nostre vedute, anche da Pietro Cerami nella sua monografia dedicata alla concezione celsina

¹⁴ Tutti e tre i travisamenti affiorano, da ultimo, nella trattazione dedicata alla definizione da M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 59.

del *ius*¹⁵. Secondo lo studioso, nella definizione del giurista romano *ius* indica «il binomio diritto-scienza», *ars* significa «costante ricerca e diuturna prassi» e *bonum et aequum* richiama, «nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, il bene dei singoli, *ratione bonae fidei*, ed il temperamento degli opposti interessi (*aequitas*)»¹⁶.

L'interpretazione enunciata dal Cerami non corrisponde in alcun elemento (prescindendo dalla copula) alla definizione interpretata.

Non è possibile, nel caso, risalire dall'interpretazione alla definizione. Con l'impiego del binomio diritto-scienza, lo studioso tende a suscitare la suggestione dell'immede-

¹⁵ P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*. I. *L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *Annali Palermo*, XXXVIII, 1985, 7 ss. Vd. esame critico, alla luce delle fonti, in F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, LIII, 1987, 7 ss. [= *Opuscula*, cit., 553 ss.].

¹⁶ Collegando le interpretazioni dei singoli elementi si ottiene questa formulazione: il binomio diritto-scienza è la costante ricerca e diuturna prassi volte ad attuare, nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, il bene dei singoli, *ratione bonae fidei*, ed il temperamento degli opposti interessi (*aequitas*). Il confronto tra la definizione celsina e la relativa interpretazione, considerata globalmente, del Cerami, pone in risalto la loro insuperabile diversità.

possibile), che l'uomo trova con la sua intelligenza e capacità nel produrlo interpretarlo e applicarlo. Così inteso, il *bonum* costituisce il risultato concreto dell'applicazione del criterio della ragionevolezza, non percepito, nella definizione celsina, dal Cerami, come dalla restante dottrina.

Critiche analoghe devono muoversi allo studioso a proposito di *aequum* (il secondo segno del binomio), da lui interpretato nel senso del temperamento degli opposti interessi sempre nell'ambito dei rapporti intersoggettivi. A lato dell'indebita riduzione a questo ambito, si coglie il travisamento, dovuto all'adozione dell'idea, estranea alla definizione, dell'equità correttiva delle asperità del diritto, quale trova applicazione nei giudizi di equità²¹. Con *aequum* il giurista romano espresse il criterio dell'eguaglianza proporzionale, che aveva allora e conserva tuttora piena validità nell'intero fenomeno giuridico: in tutte le attività (produzione, interpretazione, applicazio-

²¹ Ho esperienza di arbitrati di equità, svolti negli anni '70 del secolo scorso, nei quali si tendeva, nella decisione, a temperare i contrapposti interessi delle parti con reciproci sacrifici e concessioni (come si usa dire, con un colpo al cerchio e un altro alla botte).

binomio viene da lui riferito all'ambito dei rapporti intersoggettivi. In questo modo la differenza specifica e, con essa, il diritto, che ne è connotato, risultano circoscritti a tale ambito, rientrando nel diritto privato. È certo, invece, che Celso definì il diritto senza alcun intento limitativo. Ulpiano, all'inizio delle sue Istituzioni, dopo averne riferito la definizione del diritto, ricollegò ad essa la raffigurazione del compito dei giuristi e la ripartizione dello studio del diritto nelle *duae positiones* del *publicum* e del *privatum*, precisando che il *ius publicum ad statum rei Romanae spectat, privatum ad singulorum utilitatem* e, aggiungendo, nei riguardi del primo, che *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. È sicuro che il giurista severiano, nel riferimento della definizione all'intero fenomeno giuridico, si uniformò alla veduta di Celso.

Il *bonum* del binomio in considerazione è inteso, come si è visto, dal Cerami, come bene dei singoli nell'ambito dei rapporti intersoggettivi. La sua applicazione viene così ridotta dall'orizzonte generale del diritto a quello dei rapporti indicati. Inoltre esso viene snaturato. Nella prospettiva dinamica di Celso, abbracciante l'intero fenomeno giuridico, il *bonum* indica il 'buono', rappresentato, nell'*ars* del diritto, dalla soluzione buona (la migliore

simazione dei due elementi¹⁷. Tuttavia, la scienza giuridica, nel significato comune di conoscenza e/o elaborazione del diritto, è distinta da esso. E se pure, tenendo conto del fatto che i giuristi romani concorrevano alla produzione del diritto, si assume – per quanto indebitamente in relazione all'età repubblicana e primo imperiale – l'idea di fonte¹⁸, non si

¹⁷ Egli scrive che, «nella prospettiva celsina», *ius* designa «in senso unitario e pregnante, il binomio diritto-scienza, nel quale si concreta e si risolve, in ultima analisi, l'intera esperienza giuridica romana». L'artificio e la sottigliezza espressivi non rimuovono il dato, risultante dalle fonti a noi pervenute, che, in nessuna di essa, *ius* indica la scienza, sia considerata isolatamente che congiuntamente al diritto. Non appare inoltre credibile che Celso, acuto giurista ed esperto di tecniche definitorie, abbia indicato, nella sua definizione, come *definiendum*, mediante il segno *ius*, i due distinti elementi costituiti dal *ius* e dalla *scientia iuris*. Non pare anzi nemmeno verosimile che egli abbia assunto ambedue gli elementi come *definiendum* in un'unica definizione. Nell'esperienza storica sono state enunciate tante definizioni del diritto. Non ne esiste però nessuna, a mia conoscenza, del binomio diritto-scienza. Sicuramente anche Celso non definì il binomio, ma il diritto.

¹⁸ Come nella legge, anche nella recezione *moribus*, la produzione del diritto era attribuita dai giuristi romani alla volontà del popolo, titolare della sovranità. Vd., su di essa (pure con riguardo al concorso dei giuristi)

supera la distinzione. Inoltre, nella stessa inaccettabile prospettiva dell'immedesimazione, non si vede perché essa debba essere riferita alla sola fonte rappresentata dai *responsa prudentium* e non estesa alle altre: leggi, senatori-consulti, costituzioni imperiali ed editti dei magistrati, i quali, come si esprime Gaio, *iuris edicendi habent*¹⁹.

La costante ricerca e la diuturna prassi – la quale, diversamente dalla prima, reca in sé le idee della ripetitività e del vincolo – non appaiono tra loro pienamente conciliabili, in specie per le connotazioni recate all'una e all'altra dagli aggettivi 'costante' e 'diuturna', nel contesto equivalenti. In ogni caso esse non esauriscono l'ambito dell'*ars*, in cui rientrano, nell'esperienza romana, l'insieme delle cognizioni teoriche, delle abilità pratiche e delle operazioni compiute in un determinato settore dell'attività umana, ritenuto rilevante, e perciò raffigurato con un proprio segno. Nella definizione celsina l'*ars* rappresenta il *genus*, in cui è versato il diritto, e che, in conformità alla sua funzione nel tipo di definizione adottato, abbraccia l'intero fenomeno giuridico. Nell'interpretazione del Cerami il genere

e sulla relativa vicenda storica, F. GALLO, *La recezione*, cit., 110 ss. [= *Iura*, cit., 5 ss.].

¹⁹ Gai 1.2 e 6.

prossimo è invece individuato nella costante ricerca e diuturna prassi, che lo rappresentano nell'intenzione dello studioso, ma senza riscontro nella realtà. In effetti non sembra, ad esempio, possibile ricondurre alla ricerca e alla prassi la produzione normativa e la decisione dei casi. E non sembra neppure corretto, a mia conoscenza, rendere in latino, col segno *ars*, la costante ricerca e la diuturna prassi²⁰. In buona sostanza lo studioso ha sussunto il diritto in un genere, di cui non può ritenersi una specie.

L'interpretazione del Cerami presenta fraintendimenti forse più gravi a proposito del *bonum et aequum*, esprimente, nella definizione celsina, la differenza specifica del diritto, che lo contraddistingue rispetto alle altre *artes*. Il

²⁰ Nella disamina svolta lo studioso ha inteso il segno 'prassi' nel senso generico di attività pratica e non in quello, oggi corrente nel linguaggio giuridico, di specie od ambito particolare della consuetudine. Inteso nel secondo senso l'elemento rappresentato era estraneo, al tempo di Celso, al fenomeno giuridico, non figurando, né in quanto ricompreso nella formazione consuetudinaria, né in quanto entità autonoma, tra le fonti del diritto. L'ingresso, in essa, della *consuetudo* avvenne in virtù dell'elaborazione di giuristi severiani, a seguito della concessione della cittadinanza ai sudditi dell'impero da parte di Caracalla. Vd., sul tema, F. GALLO, *Le consuetudini*, cit., 303 ss.

ne, la natura stessa del diritto: l'assenza in esso di ogni soffio vitale.

Il versamento del diritto nel genere arte postula la considerazione del fine, a cui tende la specifica arte considerata, e di ciò che occorre per esercitarla. Celso, nella sua definizione, individuò la differenza specifica, che contraddistingue, rispetto alle altre *artes*, quella del diritto, nel *bonum et aequum*, esprimente congiuntamente il fine con essa perseguito e i supremi criteri da usare nell'esercitarla, nonché i connotati che deve presentare il prodotto ottenuto: il diritto, sia posto (norme generali e astratte), sia applicato (soluzioni dei casi).

Ha destato stupore (che è stato anche da me condiviso), nella definizione celsina, la ritenuta mancata menzione del contenuto del diritto (di ciò in cui esso consiste) e, sotto altro aspetto, dei mezzi usati per conseguirne il fine. In particolare ha stupito, in essa, il difetto di ogni riferimento alle norme e alla coazione per assicurarne l'osservanza. Lo stupore è dovuto alle nostre concezioni: al velo da esse frapposto alla percezione del significato del versamento del diritto nel genere *ars* e, in generale, della definizione celsina. Nella definizione per genere e specie il genere indica l'essenza (o connotato essenziale) del *definiens*

minuscola, considerandola qual è, come tutto il diritto, un prodotto umano), aveva affermato l'«istantaneità del potere costituente». L'argomentazione, basata sul precetto indicato della carta costituzionale è, a mio avviso, espressione di una distorsione della sovranità popolare. In effetti lo studioso asserisce che tale articolo, «nel momento stesso in cui riconosce la sovranità popolare, la nega in quanto sovranità ...». [Appare significativo l'impiego, nel contesto, del verbo 'riconoscere': il riconoscimento della sovranità al popolo da parte della costituzione è un capovolgimento della realtà]. E più avanti (pp. 355 ss.) teorizza «la sovranità della Costituzione», precisando (p. 357) che «dire, come fa la nostra Costituzione (art. 1) che la sovranità appartiene al popolo è ... un puro espediente che in realtà apre la strada ai molteplici soggetti sociali e ai loro accordi». La teorizzazione riassunta merita un esame approfondito che mi auguro di poter svolgere in altra sede. Mi limito qui a due osservazioni. La Costituzione, come ogni altro elemento del diritto, è prodotta dall'uomo. Come tale essa è, per un verso, un elemento inerte, fatto vivere dall'uomo (che la produce, la modifica, la abroga, la interpreta e la applica), e, per l'altro, una produzione storica, influenzata dalle concezioni e, in generale, dalla situazione del tempo in cui viene posta in essere. La costituzione non ha forza autonoma e non può essere titolare di alcun potere. La teorizzazione della sovranità della Costituzione è la teorizzazione di un dato inesistente e, in quanto tale, equivoca e fonte di equivoci. L'idea della sovranità popolare prospettata dallo studioso non è dissimile da quella che, nell'esperienza romana, stava a base del principato nella fase avanza-

La radicalità, come ogni altra qualificazione, può trovare rispondenza nelle cose, oppure dipendere dall'occhio di chi le guarda. Nel caso le cose sono queste: come la legge, anche la costituzione è formata da precetti e principî generali ed astratti e, come la legge, nell'attuale esperienza, ha il proprio fondamento nella volontà del popolo, manifestata da propri rappresentanti. La differenza rimane, dove rimane, in una modalità del secondo elemento, e precisamente nella misura (più alta per la costituzione che per la legge) della maggioranza richiesta per l'approvazione. Certamente la connotazione della legge con la forza e della costituzione con la convivenza non hanno base nella realtà, ma dipendono da

ta (età severiana) ormai vicina al dominio. Com'è spiegato da Ulpiano (D. 1.4.1 pr.) nelle sue Istituzioni, il popolo conferiva all'imperatore tutto il proprio potere (secondo l'espressione del giureconsulto, *omnem suum imperium et potestatem*), rimanendone privo. Ancora nel primo principato, invece, il popolo, pur conferendo al principe l'*imperium* con un'apposita *lex*, non se ne privava, continuando in particolare a esercitare il potere normativo. La visione ulpiana rappresenta storicamente la fase più vicina al dominio, nel quale, come teorizzò poi Giustiniano, sulla base di una falsificazione storica, il popolo romano aveva trasferito una volta per tutte alla carica imperiale *omne ius omnemque potestatem* (*Const. Deo auctore*, § 7).

genere appropriato, in cui sussumere il diritto, per indicarne l'essenza, egli si rifece alla fondamentale distinzione esistente nella realtà terrena tra gli elementi prodotti dalla natura e quelli posti in essere dall'uomo mediante le molteplici *artes* via via elaborate, riconducendo il diritto a quella del *bonum et aequum*.

Nella sussunzione del diritto nel genere arte è implicita l'artificialità: la sua totale dipendenza dall'opera dell'uomo. È palese inoltre che il profilo assunto non è quello statico della considerazione del diritto posto (come avviene nelle dottrine ancora al presente più accreditate nell'Occidente romanistico, che risolvono il diritto nelle norme⁹²), bensì quello dinamico del 'fare': delle diverse attività con cui si pone e si applica il diritto, mediante le conoscenze teoriche e pratiche all'uopo occorrenti, anche queste viste dinamicamente negli affinamenti e innovazioni ad esse via via apportati grazie allo studio e all'esperienza. Emerge *ictu oculi* l'ampiezza e aderenza alla realtà della visuale celsina, rispetto, ad esempio, alla menzionata teoria del diritto vivente, per un verso circoscritta alle norme e, per l'altro travisante, come si è visto, nella raffigurazio-

⁹² In un complesso o insieme di norme od ordinamento.

un'arte)⁸⁹. Ho trovato, in vocabolari della lingua italiana da me consultati, tra le accezioni generali di 'arte', le tre seguenti: «capacità di agire e di produrre, basata su un particolare complesso di regole ed esperienze conoscitive e tecniche»⁹⁰; «l'insieme delle regole e dei procedimenti per svolgere un'attività umana in vista di determinati risultati»; «attività umana che si svolge per opera d'ingegno, secondo insegnamenti dedotti dall'esperienza o seguendo una geniale ispirazione»⁹¹.

Le accezioni riferite, pur applicabili alla definizione celsina del diritto, non ne rendono appieno il significato. Il giurista romano, definendo il diritto come arte, intese rappresentarlo così come è nella realtà, nella sua complessa dimensione fenomenica, risolvendosi interamente in attività umane. Nella scelta del

⁸⁹ Non si può dire che il diritto è l'arte, essendo esso una delle tante *artes* individuate nell'esperienza romana.

⁹⁰ *Vocabolario Treccani*, cit., I, Roma, 1986, 286, dove ricorre pure il successivo significato riferito nel testo.

⁹¹ F. PALAZZI, *Novissimo dizionario della lingua italiana*, Milano, 1940, sotto la voce *arte*, dove si aggiunge: «e si contrappone a *natura* che è opera di Dio». Cfr. *Vocabolario Garzanti della lingua italiana*, Milano, 1965, voce *arte*, 2: «ogni attività umana che si compia con l'ingegno e secondo regole dettate dall'esperienza e dallo studio».

una selezione compiuta dall'autore. La forza della legge sta nella sanzione assistita dalla coazione, di cui è pure munita la costituzione, che, senza di essa, non sarebbe diritto e non si potrebbe perciò far valere in giudizio la violazione di suoi precetti e principi. Per altro verso anche la legge è preordinata alla convivenza umana: per millenni essa – munita di sanzione applicata nell'esperienza terrena – ha avuto questo scopo prima che si elaborassero le carte costituzionali e continua ad averlo anche dopo la loro introduzione⁴⁷.

⁴⁷ Sembra che G. Zagrebelsky, fautore del diritto mite, pensi, con la contrapposizione tra la forma della forza e la superiore forma della convivenza, ad un diritto senza sanzione nel senso detto: esattamente a una società senza il diritto. Si tratta di una nobile aspirazione ma purtroppo utopica, come mostra la storia passata e, anche per fatti di cui abbiamo personale conoscenza e, in più casi, ci toccano direttamente, l'esperienza attuale (conosco poche persone, che non abbiano subito scippi o furti in casa; io e tutti i membri della mia famiglia siamo stati scippati e la nostra abitazione, sia in città che in campagna, è stata visitata dai ladri). Il diritto non può sussistere senza un'alta percentuale di osservanza spontanea; del pari non può sussistere senza la punizione dei contravventori che, nell'esperienza umana, non sono mai mancati e non mancano al presente. A causa di suggestioni diffuse, che prescindono dalla realtà, ormai in tanti ambiti la violazione del diritto è più vantaggiosa della sua

Le concezioni discendenti dalla *legum permutatio* giustiniana, ritenute, per un verso, frutto della modernità⁴⁸ e, per l'altro, espressioni di dogmi, hanno indotto studiosi, anche di grande rilievo, a cercare l'adeguamento ad esse delle rispettive ricostruzioni del *ius honorarium* e, stante la connessione, del *ius civile*, in aperto contrasto, per varie ragioni, col quadro delle fonti a noi pervenute. Fino alla recente fase delle carte costituzionali e dell'«irruzione del 'costituzionalismo'»⁴⁹, non si riteneva am-

osservanza. E questo mina le basi del diritto e, con esso, della convivenza civile. Osservo incidentalmente, pur senza darne dimostrazione, che anche le presenti intollerabili lungaggini processuali dipendono in primo luogo dalle idee profonde che conformano la nostra cultura nel campo giuridico. Finché domina la combinazione delle idee, secondo cui al di sopra di tutto, nel diritto, si pone la norma, questa può prescrivere qualsiasi comportamento, per quanto assurdo o riprovevole, la forma ha preminenza sulla sostanza e il diritto, anziché uno strumento a disposizione dell'uomo, è un'entità autonoma a cui egli si trova sottoposto, è difficile che, al di là delle facili declamazioni di circostanza, si determini, in assenza di cambiamenti della mentalità, la tensione occorrente per cambiare le cose.

⁴⁸ Vd. *infra*, nt. 77.

⁴⁹ L'espressione è di L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2003, 213.

Si trae da tutto ciò la conferma che il rimedio cercato alle carenze riscontrate nella scienza giuridica e nel diritto ricevuti dalla tradizione, non si è rinvenuto e non appare reperibile nel quadro delle attuali concezioni.

3. – Il recupero dell'eredità perduta del diritto romano deve muovere dalla definizione celsina, esprime la concezione e i criteri che hanno guidato, in tale diritto, la formazione degli altri elementi di esso⁸⁸. In primo luogo occorre mettere in luce, al di fuori di ogni condizionamento, il significato e gli apporti della definizione.

L'elemento fondamentale della concezione e dottrina del diritto viene espresso da Celso, nel definirlo, con la sua sussunzione nel genere *ars*: *ius est ars* (= il diritto è

me uno dei principi, se pure fondamentali, da essa stabiliti. Inoltre, nel predetto o in altro articolo, non è menzionata la ragionevolezza, che è stata, com'è noto, individuata in seguito (sempre come principio, anziché criterio), in via interpretativa, dalla Corte Costituzionale.

⁸⁸ L'*ars iuris* concerne l'intero fenomeno giuridico, considerato dinamicamente nella sua formazione, nelle sue esplicazioni e nella sua evoluzione (si considera cioè come il diritto è stato formato, come è stato interpretato e applicato e come è stato via via adeguato e modificato ad opera dell'uomo).

sono sempre esistiti ed esistono in ogni complesso normativo⁸⁷.

⁸⁷ Il convincimento di G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 145 e 157, che la ‘durevolezza’ della costituzione si contrapponga al carattere ‘uggevole’, legato alle circostanze, della legge, è contraddetto, ad esempio, dall’esperienza francese, nella quale, a fronte della persistenza del codice Napoleone, si sono avuti mutamenti delle leggi costituzionali e della costituzione. Vd. sintesi in *Le costituzioni dei Paesi dell’Unione europea* (cur. E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA, con introduzione di G. LOMBARDI), Padova, 1992, 219 ss. Adduco, quali esempi di carenze e storture – originarie e sopravvenute – presenti anche nella nostra costituzione, gli articoli 1, comma 2, e 3, comma 1, annoverati tra i *Principi fondamentali*, generalmente ritenuti non passibili di riforme. Secondo l’art. 1, comma 2, l’esercizio della sovranità popolare da parte del popolo, a prescindere dalle esplicitazioni del *referendum*, si esaurisce nell’elezione dei propri rappresentanti. La titolarità della sovranità popolare, privata del suo esercizio, è solo formale (fittizia) e la riduzione di quest’ultimo al momento elettorale non appare consona né all’idea della sovranità né a quella del mandato. Specificamente questa riduzione disconosce e non consente di percepire l’esplicitazione della sovranità popolare che si è sempre avuta e continua ad aversi, col comportamento, nella formazione consuetudinaria (il che spiega l’inattendibilità delle attuali teorizzazioni in materia). Nell’art. 3 comma 1, l’uguaglianza non è considerata, qual è nella realtà, uno dei supremi criteri (l’altro è la ragionevolezza), a cui si uniforma (deve uniformarsi) la costituzione, bensì co-

missibile un sistema giuridico che non ponesse al di sopra di tutto le norme positive e, soprattutto, che attribuisse a un organo diverso dal legislatore il potere di giudicare sulla loro validità. Giovanni Pugliese, che amava dirsi cartesiano, asserì che, senza l’accettazione del dato che in Roma sono esistiti due ordinamenti, «quello del *ius civile* e quello imperniato sul potere discrezionale del magistrato e costituito dai vari rimedi, introdotti gradualmente da questi», il diritto romano si presenterebbe «come un fenomeno essenzialmente irrazionale»⁵⁰. Non pare dubbio che il giudizio di irrazionalità così espresso dipenda dal punto di vista assunto dallo studioso in coerenza all’adesione alle concezioni sopra richiamate.

⁵⁰ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 112. Nella nota 1 lo studioso qualifica «aberranti» le contrastanti conclusioni dello Schultze (vd. *infra* nel testo e nt. seguente) basate «sulla negazione recisa che il diritto romano comprendesse due rami distinti e paralleli (*ius civile* e *ius honorarium*)». La ricostruzione dello Schultze è, pure a mio avviso, inaccettabile, come cercherò di dimostrare, ma per una motivazione diversa da quella addotta dal Pugliese. Vd., in specie, contro la tesi della duplicità di ordinamenti, sulla base della ‘*Einheit der (stadtrömischen) Jurisdiktion*’, F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 473. Vd. più ampiamente, sul punto, F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 4 ss. [= *Opuscula*, cit., 940 ss.].

Verso la fine dell'ottocento A. S. Schultze era pervenuto a sostenere che i precetti del *ius civile* non avevano di per sé efficacia, ma l'acquistavano soltanto in virtù del riconoscimento nel caso concreto, ad opera del pretore, sicché essi non integravano propriamente la nozione di norma giuridica, ma quella di semplice 'Rechtsinhalt'⁵¹. Emerge, se pure non esplicitato, l'intento di fornire una ricostruzione compatibile con gli schemi e le concezioni della pandettistica. Essa confligge però apertamente con le attestazioni delle fonti. Non è dubbio, ad esempio, che il compimento della *mancipatio* produceva per se stesso gli effetti ad essa ricollegati: *in primis* il passaggio di proprietà della *res* che ne formava oggetto dal *mancipio dans* al *mancipio accipiens*. Parimenti la conclusione di una *stipulatio* rendeva per se stessa il promittente debitore dell'interrogante. Insomma gli atti del *ius civile* avevano per se stessi piena efficacia, senza la necessità di interventi autoritativi del pretore o di chicchessia. Lo Schultze ragiona come se fossero esistiti soltanto i casi (senza dubbio un'esigua minoranza rispetto all'attività negoziale) por-

⁵¹ A.S. SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, I, Freiburg i.B. und Tübingen, 1883, 384. Sulla nozione di 'Rechtsinhalt' e su quella contrapposta di 'Rechtsbefehl', vd. *op. cit.*, 87 ss.

Anche il costituzionalismo – per il quale richiamo l'impossibile tentativo sopra esaminato dello Zagrebelsky di togliere la costituzione dalla categoria della legge⁸⁶ – non ha superato i condizionamenti delle concezioni ricevute dai padri. Il tempo ha reso evidenti, pure nella nostra Carta costituzionale, i limiti, tra loro connessi, della lacunosità ed obsolescenza, i quali possono negarsi a parole, ma

zioni giuridiche. Anch'essi sanno – e si comportano di conseguenza – che uno più uno fa due, che 50 euro non equivalgono a 500, che non si può vivere senza mangiare o bere, che il fuoco brucia, che sul ghiaccio si scivola, che al buio non si vede, che una coltellata ferisce o uccide, che lo zucchero è diverso dal sale, il vino dall'aceto, il diamante dal vetro, ecc. Parimenti anch'essi sanno – e sogliono agire di conseguenza – che si deve pagare il prezzo della cosa comprata, versare il corrispettivo per il servizio ricevuto, risarcire il danno provocato dal proprio cane o circolando con l'automobile, che, nella comunione, non si può agire come unico proprietario, che, nell'esercizio della professione legale, non si può difendere il proprio cliente sostenendo la tesi avversaria, che non si devono attraversare gli incroci col semaforo rosso, ecc. I possibili dubbi, ad esempio sul testamento biologico, non tolgono il fondamentale quadro di certezza prospettato, che consente di orientarsi nella vita, così come avviene normalmente.

⁸⁶ Vd. *supra*, § 1 e nt. 46.

In generale si nota in essi una sorta di sdoppiamento: mentre proclamano, al livello scientifico, il verbo nichilista, fanno pieno assegnamento nella vita, sulla cattedra o insegnamento di cui sono titolari, sulla misura stipendiale di cui godono, sul titolo della proprietà dell'appartamento dove abitano, ecc. Giova a tutti (*in primis* agli studiosi) tenere conto del parametro, che ciascuno trova in sé medesimo, sotteso al precetto evangelico 'ama il prossimo tuo come te stesso', parametro avente valore anche al livello generale, ad esempio, per la valutazione di una norma o di una legge, come di una teoria, quale quella qui criticata⁸⁵.

⁸⁵ Aristotele scrisse nella *Retorica*, 1, 1355a: (trad. PLEBE, in ARISTOTELE, *Opere*, 10, Roma-Bari, 1973, 5): «È ... compito della stessa facoltà il discernere il vero e quello che è simile al vero; e inoltre gli uomini sono sufficientemente dotati per il vero e raggiungono per lo più la verità: quindi il mirare alla probabilità e il mirare alla verità appartengono alla stessa disposizione». Nel passo non è esplicitata la possibilità di errori, in cui si può cadere e si cade, inerente alla condizione umana. Il dato integra e, sotto altro profilo, delimita la constatazione dello Stagirita. Può capitare che, nella ricerca del vero o del probabile, si incorra in errore, ma non si tratta del caso comune. Anche i fautori del nichilismo e del dubbio metodico dispongono di sufficienti certezze per orientarsi nella vita e nelle rela-

tati in giudizio. E anche per questi erra, non avendo percepito le concezioni romane, secondo cui, nel diritto, si pone al di sopra di tutto la soluzione del caso, le norme generali ed astratte sono strumentali rispetto ad essa e il pretore nel *ius dicere* è tenuto ad applicarle solo se presentano, secondo la determinazione di Celso, i connotati del *bonum et aequum*: più esattamente è tenuto ad assicurare in ogni caso, per cui è sorta lite, l'attuazione del *ius* rispondente al *bonum et aequum*.

Lo studioso che, per primo, a mia conoscenza, ha proposto la spiegazione del *ius honorarium* come ordinamento distinto da quello del *ius civile*, è stato Emilio Betti⁵², al

⁵² E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi Chiovena*, Padova, 1927, 100 ss., 125 ss.; vd., dello stesso autore, *"Iurisdictio praetoris" e potere normativo*, in *Labeo*, XIV, 1968, 16 ss. [= *Diritto*, cit., 591 ss.]. La tesi della duplicità di ordinamenti è stata accolta, con apporti personali, dagli altri due allievi di Gino Segrè: G. PUGLIESE (vd. *supra* nel testo e nt. 49) e G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1967, 71 s. Essa appare inoltre presupposta in raffigurazioni di parecchi altri studiosi [cfr. F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 11 s. e ntt. 25 e 26 (= *Opuscula*, cit., 948 s. e ntt. 25 e 26)]. Ricordo, tra essi, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 344 ss., secondo il quale «il *ius honorarium* sorse e si affermò come diritto alternativo

quale è pure dovuta, come si è detto, la teorizzazione dell'uso della dogmatica giuridica moderna nello studio storico del diritto. È perciò sicuro che egli ha ritenuto applicabile e ha applicato al diritto romano le concezioni da lui qualificate moderne. L'illustre studioso ha espressamente rilevato che «un dualismo⁵³... di ordinamenti creati da organi della medesima comunità non è un fenomeno storico isolato»⁵⁴; viceversa non ha esplicitato, considerandola ovvia e scontata, l'esclusione del potere del magistrato giurisdicente di disapplicare il diritto in vigore⁵⁵. Perciò ha ritenuto che tale magistrato, quando non applicava il *ius civile*, applicasse il distinto ordinamento del *ius honorarium*. La soluzione appare contraddittoria e raffigura un comportamento impossibile. Il mezzo processuale apprestato *ex novo* (e tutti i mezzi ricevuti nell'editto erano stati all'inizio apprestati *ex novo*), proprio perché ta-

nei confronti del *ius civile*», e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 59, che riscontra, «fra i due sistemi normativi» del *ius civile* e del *ius honorarium* «una vera e propria incomunicabilità».

⁵³ Lo spaziato è dell'autore.

⁵⁴ E. BETTI, *La creazione*, cit., 104 s.; *Turisdiction praetoria*, cit., 18 s. [= *Diritto*, cit., 605 s.].

⁵⁵ Costituente, secondo le premesse dello studioso, un corollario del dogma della soggezione dell'organo giudicante alla legge.

guatezza dell'attuale diritto e scienza giuridica, di fronte alle nuove situazioni ed esigenze, e, dall'altro, della ritenuta – a torto – impossibilità di rimediare a tale inadeguatezza. La resa alle difficoltà (alla fatalità) non è nella linea della migliore, e comunque preminente, esperienza umana. E la teorizzazione dell'indifferenza e non valutabilità delle soluzioni apre la strada agli abusi ed arbitrii più gravi.

L'appunto vale anche nei confronti dell'indirizzo nichilistico, che sembra più accreditato nel campo giuridico, secondo cui il testo normativo (in generale giuridico) non ha un significato obiettivo e mancano canoni interpretativi (in generale mezzi) per ovviare all'inconveniente. In conformità alle premesse, si è sostenuto che l'interpretazione è, in realtà, affabulazione⁸⁴. La tesi, oltre a non trovare riscontro nella comune esperienza, non appare creduta, in fatto, al di là delle declamazioni, dai suoi stessi sostenitori, i quali si sforzano, infatti, di dimostrare nei loro scritti l'inaffidabilità del linguaggio nella fiducia di essere compresi, sull'indispensabile presupposto dell'affidabilità del loro discorso.

⁸⁴ *Contra* F. GALLO, *L'interpretazione è affabulazione?*, Milano, 2005.

presentato dalla rimozione inconsapevolmente accettata dell'artificialità del diritto e dei connessi criteri per la sua produzione, interpretazione e applicazione.

Si deve dire, in conclusione, che l'espressione 'diritto vivente' appare distorsiva della realtà, nella quale il diritto è un elemento inerte, privo di soffio vitale, in tutto e per tutto posto, modificato e abrogato dall'uomo. Con essa si tende ad attribuire al diritto ciò che, nel nostro come in altri attuali sistemi, è vietato a giudici e giuristi, ma viene ciononostante compiuto dai primi e si auspica lo sia anche dai secondi⁸³. È conculcata la verità, nel senso già indicato della rispondenza alla realtà e alle esigenze umane, costituente il primo e imprescindibile requisito di ogni elaborazione scientifica anche in materia giuridica.

L'adesione a vedute nichilistiche in campo giuridico, talora affermata con l'orgoglio del superuomo, che affronta impavido la dura inafferrabile realtà, è, a ben vedere, espressione, da un lato, della percepita inad-

⁸³ Con il recupero dell'eredità perduta del diritto romano si apre la prospettiva alla configurazione, in materia, di una funzione giurisdizionale ben più penetrante (analoga al *ius dicere* del pretore), ma rispondente al sistema e guidata dagli appositi criteri. Cfr. § seguente.

le, non poteva essere già contemplato in un ordinamento preesistente⁵⁶. Nemmeno al pretore era concesso di *dicere un ius* (accordare un mezzo processuale) nel contempo nuovo e già esistente. Inoltre la soluzione non evita la difficoltà che il Betti si era proposto di superare, perché il potere del magistrato giudicante di disattendere e disapplicare, all'occorrenza, il diritto in vigore comprendeva anche il *ius honorarium*⁵⁷. L'autore ha sacrificato all'applicazione al diritto romano della dogmatica moderna la testimonianza delle fonti, che mostrano non solo l'unicità, non contestata, della giurisdizione, ma anche quella dell'ordinamento.

⁵⁶ Precisamente esso non poteva già figurare tra i mezzi processuali del *ius honorarium* contemplati nell'editto, che i magistrati giudicanti emettevano assumendo la carica. Né si può pensare che l'apprestamento e la concessione di un nuovo mezzo processuale comportasse la formazione di un distinto ordinamento.

⁵⁷ Nella prospettiva del Betti si sarebbe quindi avuto, nel tempo, dopo la duplicazione dell'ordinamento, la sua triplicazione e così di seguito. Occorre pure tenere conto, in argomento, che storicamente gli editti dei magistrati giudicanti, già annoverati dai giuristi romani tra le fonti del diritto, non costituiscono un'applicazione del *ius praetorium*, ma diedero ad esso vita.

La distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* venne enunciata da Papiniano nel libro secondo delle *definitiones*. Il *ius civile* è definito sulla base delle fonti⁵⁸; il *ius honorarium* sulla base congiuntamente dell'organo che lo produce⁵⁹ e dello scopo da esso perseguito⁶⁰.

Anteriormente a Papiniano, Gaio, nell'*incipit* delle sue Istituzioni, aveva enunciato la distinzione tra il *ius civile* (= *inter cives*, individuato nel *ius proprium* di ciascun popolo (abbracciante, per quanto riguarda il popolo romano, il *ius honorarium*) e il *ius gentium*, rappresentato dal diritto comune a tutti gli uomini⁶¹, precisando che il *populus Romanus*, come

⁵⁸ D. 1.1.7 pr.: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

⁵⁹ Sempre sulla base della fonte, per così dire personalizzata (come dire, ad esempio, il legislatore in luogo della legge).

⁶⁰ D. 1.1.7.1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

⁶¹ Gai 1.1. In realtà si trattava di diritto elaborato dai romani e che si applicava anche tra romani e peregrini e fra i peregrini assoggettati al potere romano. La sua definizione come *ius, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* è frutto della teorizzazione gaiana, mirante a renderlo accettabile agli stranieri sudditi di Roma (dato che suffraga l'origine provinciale del giu-

la teoria del diritto vivente supera, similmente a quella del diritto libero, i limiti del positivismo giuridico. Anch'essa incontra però l'insormontabile ostacolo costituito, nel nostro sistema, dall'art. 101 comma 2, della Costituzione, disponente la soggezione dei giudici alla legge. È palese, infatti, la violazione del precetto costituzionale da parte dei giudici che mutano il significato dei testi legislativi, trasformandoli da disposizioni in attesa del lavoro interpretativo nelle norme applicabili. Un altro difetto, non rimediabile, inficiante la teoria in esame, come il positivismo e gli altri tentativi finora compiuti per superarlo, è rap-

riprendere il proprio mestiere di «insostituibile ordinatore», deponendo, a tal fine, «la veste dell'ancillare esegeta di un testo legislativo scambiato per un testo sacro» e sentendosi il «realizzatore di quella storia vivente che è il diritto». L'auspicio, brillantemente esposto dallo studioso, non sembra calarsi nella realtà. È risaputo che, nell'attuale esperienza, i pareri e le elaborazioni dei giuristi, di per se stessi, non vincolano nessuno. Essi acquistano efficacia, se e in quanto vengono recepiti dai consociati (dei quali fanno parte gli altri giuristi e i giudici), così come era stato percepito dai giureconsulti romani, che teorizzarono la recezione *moribus*. Per ridare ai giuristi il ruolo che ad essi compete, reinserendoli in particolare nel circuito della produzione normativa, occorre il recupero di tale recezione, facente parte dell'eredità perduta del diritto romano. Cfr. F. GALLO, *Dottrina*, cit., in part. § 5.

della Cassazione⁸¹: «...la Corte fa una distinzione fra la *disposizione* ‘considerata parte di un testo non ancora confortato dal lavoro interpretativo’ e la *norma*, intesa quale ‘testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante’, concludendo con un rilievo notevolissimo: ‘tali operazioni interpretative vengono a determinare la formazione di un diritto vivente in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall’originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal legislatore»⁸². Non è dubbio che

⁸¹ Citata in *Prima lezione*, cit., 111, nt. 57: Cass. Civ. Sez. Un. 2 agosto 1994, n. 7194, rel. Carbone, in *Corriere giur.*, 1994, 1342 (con commento di A. Pizzorusso).

⁸² Sono da sottolineare, nella rappresentazione della Cassazione, l’impiego del verbo ‘confortare’ per indicare l’elaborazione interpretativo-modificativa dei giudici nei confronti dei testi legislativi (che vengono confortati dalle modificazioni di significato ad essi così apportate) e la riserva del segno ‘norma’ per indicare tali testi, assunti nel nuovo significato ad essi attribuito dai giudici (più o meno differenziato – senza menzione di limiti – rispetto a quello originario), mentre i testi stessi, non ancora confortati dal lavoro interpretativo, sono detti ‘disposizioni’. Nella teoria del diritto vivente le norme effettive non sono quelle poste dal legislatore, ma quelle rielaborate dai giudici. Il Grossi (*Prima lezione*, cit., 112), che parla in proposito di «legalità fluida», auspica che pure il giurista possa

tutti gli altri popoli, *qui legibus et moribus reguntur*, usava, in parte del primo e in parte del secondo. Quindi, mediante il plurale *iura populi Romani*, aveva rappresentato, sulla base delle fonti, i complessi normativi formanti il diritto romano, comprensivo, con riferimento al linguaggio in uso, per un verso del *ius civile* (in cui rientrava anche il *ius honorarium*) e del *ius gentium*, e, per l’altro, del *ius civile* (comprendente anche il *ius gentium*) e del *ius honorarium*: le *leges*, i *plebiscita*, i *senatusconsulta*, le *constitutiones principum*, gli *edicta eorum*, *qui ius edicendi habent*, e i *responsa prudentium*⁶².

Pomponio, contemporaneo di Gaio, aveva ripartito il diritto romano sulla base dell’idea di *pars*⁶³. Peraltro nel suo discorso

reconsulto). L’asserita comunanza a tutti gli uomini in fatto non esisteva: istituti fondamentali del *ius gentium*, quali la compravendita consensuale e la *stipulatio*, erano tipicamente romani, sconosciuti, per quanto sappiamo, agli altri popoli dell’antichità. Cfr. F. GALLO, *Ars*, cit., 24. Lo stesso proposito, enunciato in conclusione del paragrafo, di indicare, nel prosieguo della trattazione, quali istituti erano del *ius civile* e quali del *ius gentium* ebbe solo una limitata attuazione.

⁶² Gai 1.2-7.

⁶³ Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1.1.2.5: *...haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis*

usò pure, al singolare come al plurale, il segno *ius* in luogo di *pars*. Col plurale *tria iura*⁶⁴ indicò la legge delle XII tavole, il *ius civile, quod sine scripto venit compositum a prudentibus*, nonché le *legis actiones*, e, col singolare *ius*, il *ius civile Flavianum*, il *ius civile Papirianum* e il *ius Aelianum*⁶⁵.

Dopo Papiniano, Ulpiano ripartì, al livello di teoria generale, il diritto in pubblico e privato; quindi tripartì quest'ultimo in *ius naturale, ius gentium* e *ius civile*. Successivamente suddivise il diritto romano (*ius nostrum*) in *ius ex scripto aut sine scripto*, collocando con ogni verosimiglianza nel diritto scritto gli stessi complessi normativi già indicati da Gaio sulla base delle fonti⁶⁶.

Paolo, contemporaneo di Ulpiano, nel libro quattordicesimo *ad Sabinum*, dopo aver premesso che il *ius pluribus modis dicitur*, ne indicò quattro significati⁶⁷. Qui interessa rilevare

nominibus designantur, sed communi nomine appellatur ius civile. § 6: et appellatur haec pars iuris legis actiones...

⁶⁴ D. 1.1.2.6: *...et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt...*

⁶⁵ D. 1.1.2.7.

⁶⁶ D. 1.1.1, 2-4; fr. 4 e fr. 6 (*l. primo inst.*). Cfr. I. 1.2.3-8.

⁶⁷ D. 1.1.11: «Si dice 'diritto' in più modi: in un modo, quando si dice 'diritto' quel che è sempre buono ed equo, come è il diritto naturale; in altro modo... cioè che è utile a tutti o ai più in ciascuna città, come è il

tempo e situazione. I comparatisti, che studiano e paragonano tra loro i diversi sistemi, non rinvergono quindi in essi i predetti elementi, i quali, almeno nell'area della tradizione romanistica, aprono la strada alla rifondazione della scienza giuridica e all'eliminazione delle carenze e storture presenti nei sistemi in vigore⁷⁹.

La teoria espressa col sintagma 'diritto vivente', come mostrano gli elementi recuperati della definizione celsina del diritto, presenta lo stesso difetto di fondo da cui è inficiata la dottrina che essa intende correggere o sostituire, vale a dire l'accantonamento dell'artificialità del diritto e dei criteri che guidano tutte le attività in cui esso si esplica nella realtà. Tale teoria è sostenuta, tra gli altri, da P. Grossi, che giustifica con essa l'«opera... creativa dell'ordine giuridico» compiuta dalla giurisprudenza⁸⁰. Egli accoglie in proposito l'impostazione enunciata in una nota sentenza

⁷⁹ Non sono mancati impulsi al rinnovamento, ma non sono emerse idee appropriate per realizzarlo.

⁸⁰ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 110 ss. È palese, nella raffigurazione dello studioso, il riconoscimento ai giudici del potere normativo in via generale e astratta.

ecc.⁷⁸ La scienza giuridica e il diritto, quale da essa configurato, secondo la formazione ricevuta dai padri, sono apparsi impari all'appagamento delle nuove esigenze e alla soluzione dei nuovi problemi. Tuttavia il cambiamento della mentalità, del modo di pensare e operare nel diritto, in altre parole il postulato radicale rinnovamento della scienza giuridica, non è finora avvenuto.

La grande espansione degli studi comparatistici non ha portato, in proposito, elementi decisivi. Non è difficile, almeno per gli ambiti a cui arriva la mia conoscenza, indicarne la ragione, proprio grazie al recupero della definizione celsina del diritto. In tali ambiti si tende per lo più a ridurre il diritto alle norme poste ovvero alle sentenze pronunciate e talora si propugna la supremazia, nel diritto, dell'elaborazione dottrinale. In essi difetta la considerazione dell'artificialità del diritto e non appaiono individuati i supremi criteri (espressi da Celso come *bonum et aequum*), che guidano, nel campo giuridico, ad assumere la soluzione più adeguata a tutti i livelli, in ogni

⁷⁸ Su altro piano si sono avuti la diffusione della trasmissione artificiale della vita, il prolungamento artificiale di funzioni vitali, la formazione artificiale di esseri viventi, la donazione in vita di propri organi, la loro asportazione a morte avvenuta, ecc.

che, nel suo discorso, il *ius honorarium*, da un lato rientra, per quanto riguarda il diritto romano, nel *ius quod omnibus aut pluribus in quaqua civitate utile est, ut est ius civile*, e, dall'altro lato, è assunto, con riferimento esclusivo al diritto romano, come terzo *modus* in cui *ius dicitur: nec minus ius recte appellatur in nostra civitate ius honorarium*⁶⁸.

Il quadro schizzato appare da solo probante. La ripartizione papiniana del diritto romano in *ius civile* e *ius praetorium* o *honorarium* non esprime l'essenza di tale diritto. Non è possibile, in presenza di tale quadro, considerarla come l'unica ripartizione testimoniata o l'unica configurabile. La testimonianza di una

diritto civile; né meno rettamente viene detto diritto, nella nostra città, il diritto onorario ... Con altro significato è detto 'diritto'... il luogo in cui il diritto viene reso... » [La traduzione è tratta da S. SCHIPANI (a cura di) *Iustiniani* cit., 79 s.]. Paolo seguiva verosimilmente la bipartizione tra *ius civile* e *ius gentium* (= *ius naturale*). Cfr. F. GALLO, *Ars*, cit., 32.

⁶⁸ Similmente a Gaio, Paolo muove da un discorso al livello di teoria generale del diritto, passando quindi al diritto romano. I primi due significati di *ius* da lui enunciati attengono al livello generale, mentre gli altri due concernono il diritto romano. Nei frammenti ulpianei non ho viceversa colto un analogo coordinamento fra il livello della teoria generale e la trattazione del diritto romano.

pluralità di ripartizioni del diritto romano, talora collegate a elementi di teoria generale, costituisce un indice sicuro dell'unicità del diritto considerato, di cui le disparate divisioni e suddivisioni dei giuristi sono settori o complessi normativi, da essi variamente selezionati nella loro elaborazione⁶⁹. Si deve aggiungere che, anche isolatamente presa, la ripartizione papiniana non proverebbe la duplicità di ordinamenti: *l'adiuvare, supplere e corrigere il ius civile* da parte del *ius honorarium* esclude *ictu oculi* l'asserita incomunicabilità tra essi e, in generale, la loro configurazione come ordinamenti

⁶⁹ Nelle fonti sopra citate la locuzione *ius civile* presenta una pluralità di accezioni: se non ne ometto nessuna, il diritto di ciascun popolo, come del popolo romano, distinto dal *ius gentium* (o *naturale*); il diritto di ciascun popolo, come del popolo romano, distinto dal *ius naturale* e dal *ius gentium*; uno dei *iura* (complessi normativi formanti il diritto) del popolo romano; una delle *partes* (non combaciante coi *iura* predetti), in cui è suddiviso il diritto romano; il complesso normativo posto dalle *leges* (comprehensive dei *plebis scita*) e dalle fonti che ne tengono le veci. La locuzione *ius honorarium* indica costantemente il diritto derivato dalla *iurisdictio* dei magistrati che ne erano investiti, rappresentato volta a volta come uno dei *iura populi Romani*, come una delle *partes* del diritto romano e come il complesso normativo contrapposto al diritto prodotto da *leges* e *plebis scita*, nonché dalle fonti ad esse equiparate.

l'attività giurisdizionale, l'elaborazione dottrinale, nonché le reciproche connessioni e rapporti.

Il pregio forse maggiore degli elementi dell'indicata eredità (in primo luogo della definizione celsina del *ius*) è la 'verità', nel senso dell'aderenza alla realtà e alle esigenze umane, la quale è viceversa in vario modo trascurata dalle concezioni attuali e appare presentata, nella teorizzazione del Kelsen, come un ostacolo alla purezza della scienza giuridica e, di riflesso, del diritto. Tale pregio è alla base dell'esigenza del recupero, nell'attuale fase degli studi giuridici, dell'eredità perduta del diritto romano.

Intorno alla metà del secolo scorso, quando conducevo i primi studi in campo giuridico, avvertivo il dominio della visione positivista, con spazi piuttosto marginali lasciati al giusnaturalismo. Non erano mancate contestazioni (ad esempio da parte dei sostenitori del diritto libero), ma il quadro non risultava compromesso. La crisi si è manifestata più tardi, verso la fine del secolo, di fronte all'imponente complesso di trasformazioni in atto, indicate come globalizzazione, dominio dei mezzi mediatici, intelligenza artificiale,

2. – L'eredità perduta del diritto romano è formata da molteplici elementi che investono l'intero fenomeno giuridico e il metodo per il suo insegnamento-apprendimento. Indico, nella sfera dei problemi generali del diritto, la sua concezione, produzione, interpretazione e applicazione e, quindi, specificando, a prescindere dalla concezione, la produzione legislativa, la formazione consuetudinaria,

scrizione di Giustiniano di *adorare et observare* le sue *leges* (*const. Tanta*, § 19), ancora più significativa della loro qualificazione come *templum iustitiae*. 4) Non è stato Giustiniano a ispirarsi ai rivoluzionari francesi, ma sono questi che si sono ispirati a Giustiniano, come mostra l'introduzione del *référé législatif*, che rispecchia, nello stesso termine usato, la prescrizione da lui stabilita nella *const. Tanta*, § 21: *...si quid... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestatur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari* (vd., per completezza, il precedente § 18). R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, 92 s., afferma che, al tempo della rivoluzione francese, «per la prima volta nella storia, una forza politica al potere reclamò con fermezza un potere legislativo illimitato», aggiungendo più avanti che la ricerca storico-comparatistica «ci mostra che il 'legislatore' a tutto campo non era esistito in alcun Paese, prima di nascere in Francia». Paiono innegabili, alla luce dei dati sopra richiamati, profili di oggettiva falsificazione storica. Cfr. F. GALLO, *La definizione*, cit., 3 ss.

distinti. Né sarebbe possibile ripiegare sulla sottoposizione dell'uno all'altro ordinamento, difettando – come mostra in specie l'unicità della giurisdizione⁷⁰ – la duplicità di ordinamenti. Infine i fautori della tesi criticata trascurano il dato (sufficiente anche da solo a metterla in crisi) che la definizione papiniana del *ius praetorium* non rappresenta esattamente la realtà, dato che l'*adiuvare*, *supplere* e *corrigerere* potevano avere ed ebbero ad oggetto non solo il *ius civile*, ma lo stesso *ius praetorium* (i mezzi processuali di origine pretoria recepiti nell'editto)⁷¹.

⁷⁰ Era normale, in una stessa formula accordata per i casi concreti, la presenza di mezzi processuali civili e pretorii. Non è possibile la percezione del diritto romano, se non si riconosce che, in esso, si poneva al di sopra di tutto, nella soluzione dei casi, l'attuazione del *bonum et aequum*.

⁷¹ Come si è già osservato, il dato, quando non rimosso, non ha portato alla configurazione di un distinto ordinamento rispetto al *ius honorarium*, così come si è fatto, invece, nei confronti del *ius civile*, configurando come ordinamento distinto il *ius honorarium*. I luoghi sopra citati delle fonti mostrano l'inconsistenza anche dell'argomento tratto a favore della duplicità di ordinamenti dall'*utrumque ius* di cui parla Gaio (1.54) a proposito del *duplex dominium* (*in bonis* e *dominium ex iure Quiritium*). In particolare, nell'interpretazione della locuzione, occorre tenere conto delle concezioni enunciate e delle partizioni stabilite da Gaio, nella par-

L'esemplificazione sopra svolta, per quanto limitata, rende innegabile che l'adozione delle attuali concezioni nello studio del diritto romano nell'età repubblicana e del principato, stante la loro antitesi con quelle a cui era ispirato tale diritto, ha determinato e determina incomprensioni, fraintendimenti e rimozioni. In assenza di una trattazione organica, concludo l'illustrazione con altri due esempi, fra i molti tralasciati, attinenti all'ambito in considerazione del *ius praetorium*⁷².

te iniziale delle Istituzioni, circa il diritto in generale ed il diritto romano. Certamente *l'in bonis esse* rientra nell'*ius honorarium*, che non è peraltro raffigurato dal giureconsulto come un ordinamento distinto, bensì come uno dei complessi normativi, da cui è formato il diritto romano, e che continua (fino a prova contraria, sinora non fornita e presumibilmente non fornibile), ad essere considerato tale dal giureconsulto nel prosieguo della trattazione e specificamente nella locuzione *utrumque ius*. Ne offre conferma lo stesso Gai, il quale, nel più ampio discorso svolto in argomento nel libro secondo (2.40-41), usa, anziché tale locuzione, il sintagma *plenum ius*. Cfr. F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 6 ss. [= *Opuscula*, cit., 943 ss.]. Il rapporto tra il *ius honorarium* e il *ius civile* deve essere rivisitato e ridisegnato alla luce delle concezioni romane, togliendo le lenti delle nostre.

⁷² Vd. da ultimo, al di fuori dei problemi generali del diritto, sul tema enunciato nel titolo, L. MAGANZANI,

tologie nella «grande operazione» volta «parossisticamente a ridurre il diritto nella legge», la quale «si consolida in Francia a fine Settecento» e, quindi, al tempo della rivoluzione. Gli elementi, in cui si sostanzia la riduzione emergono da due passaggi critici dello studioso: a) «... deve finire l'idea che il diritto si fa mediante leggi e che solo il legislatore è soggetto giuridicamente capace di trasformare tutto in diritto quasi un re Mida» (p. 80); b) «Il problema interpretativo della norma» – nella ristretta ottica «squisitamente normativa» – «non può ridursi a un procedimento di ricostruzione – procedimento previsto con aritmetica precisione – della volontà normativa nel momento in cui essa si separò dal 'comandante' (sempre antropomorficamente pensato) e si coagulò in un testo, immobilizzandosi in esso ...» (p. 55). Il risultato viene rappresentato dallo studioso come «assetto legicentrico e legolatrivo» (p. 75). Nella fiducia di poter tornare più ampiamente sul tema e prescindendo dalle amplificazioni a cui porta il richiamo del re Mida (nemmeno il legislatore può trasformare tutto – ad esempio la matematica o la retorica – in diritto), osservo: 1) È stato Giustiniano a teorizzare per primo l'esclusiva spettanza al legislatore, impersonato nell'imperatore (unico *conditor legum*), della produzione del diritto. 2) Quanto all'interpretazione, egli si era spinto addirittura oltre la posizione criticata dal Grossi, riservando all'imperatore ogni attività interpretativa avente risvolti creativi (oltre che l'unico *conditor legum*, l'imperatore ne era anche l'unico *interpres*). In più le *leges* contenevano anche l'elaborazione dottrinale, che era così anch'essa riservata all'imperatore-legislatore. 3) L'assetto legolatrivo riflette, in chiave critica, la pre-

venire), l'editto veniva sottoposto annualmente a revisione⁷⁶. Inoltre il punto di vista del mezzo processuale appare in sintonia con il fine, per cui è stato posto il diritto, della soluzione – si sottintende in modo ottimale – dei casi, fine che venne oscurato da Giustiniano (e non è ancora al presente recuperato) con la posizione delle *leges* al di sopra del diritto⁷⁷.

⁷⁶ Prescindo dagli effetti recati dalla riforma adrianea nella linea della concentrazione del potere normativo nella carica imperiale. Anche al presente il legislatore ha bensì il potere di rivedere in qualsiasi momento i codici (come tutto il diritto in vigore), ma in fatto lo esercita di solito in modo occasionale, senza un programma preordinato. Nella nostra esperienza la periodica revisione di tutto il diritto vigente non solo non è un fatto ordinario, ma non è neppure oggetto del dibattito scientifico.

⁷⁷ La mancata considerazione, da parte dei romanisti, della *legum permutatio* giustiniana ha pure determinato inadeguatezze e falsificazioni nella ricostruzione storica del diritto in Occidente. Alla sua acquisizione al sapere giuridico (acquisizione che, nell'attuale panorama degli studi romanistici, ha tratti dell'*inventio* o scoperta, quale quella di una statua, facendo uno scavo) dovrà seguire una rivisitazione dell'indicata vicenda storica. Ne offrono conferma ricostruzioni prospettate e tesi sostenute da due fra i più apprezzati cultori attuali del diritto: lo storico del diritto medievale e moderno Paolo Grossi e il civilista-comparatista Rodolfo Sacco. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 50, indica l'origine di tali mi-

La *lex Cornelia de iurisdictione* del 67 a.C. stabilì che i pretori *ex edictis suis perpetuis ius dicerent*. La radicata convinzione della soggezione dell'attività giurisdizionale alla legge ha posto l'alternativa, non superata dalla dottrina romanistica, tra due orientamenti entrambi inaccettabili: ritenere che la legge abbia tolto ai pretori il potere, che prima avevano, di *ius dicere* in difformità da quanto previsto nell'editto, oppure che essa non sia stata osservata dai pretori⁷³. L'ostacolo alla percezione della *lex Cornelia* cade, se si accettano, com'è doveroso, le concezioni e i principii che reggevano il diritto del tempo. Tale *lex* non poteva avere un'efficacia diversa da quella connaturata alla legge. E, come sappiamo, le leggi (in generale le norme in vigore) non vincolavano il pretore alla loro applicazione nel caso concreto, quando essa dava luogo a una violazione dei supremi criteri ravvisati nel *bonum et aequum*. Esercitando la *iurisdictio*, egli mirava ad assicurare in ogni controversia, nei modi già accennati, l'attuazione del *bonum et aequum*.

Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica, in *Riv. dir. civ.*, LV, 2009, I, 475 ss.

⁷³ Vd., più ampiamente, F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 20 ss. (= *Opuscula*, cit., 959 ss.).

La *lex Cornelia* conseguì l'effetto perseguito: in forza di essa fu preclusa ai pretori la modificazione, nel corso dell'anno di carica, dell'editto emesso nell'assumerla. Permase invece il loro fondamentale *officium* di *dicere*, per la soluzione dei casi, il *ius* consono ai supremi criteri ispiratori del diritto, sacrificando (esattamente adattando) allo scopo primario così perseguito l'elemento strumentale rappresentato dalla norma generale e astratta.

Passo al secondo esempio. La sicurezza che il diritto consista in norme e che, conseguentemente, i codici siano raccolte di norme (si precisa da taluno: solo di norme) ha impedito di cogliere nell'editto del pretore l'aspetto codificatorio. Eppure le norme stabiliscono diritti e doveri tra i consociati: diritti, che si fanno valere, e doveri, di cui pretendere l'osservanza, mediante mezzi processuali⁷⁴. L'editto del pretore, che conteneva tutti i mezzi processuali vigenti al tempo della sua emanazione, riguardava e copriva tutti i casi ritenuti allora meritevoli di protezione giuridica. Certamente i mezzi processuali non costi-

⁷⁴ Anche la definizione celsina di *actio* [Cels. 3 dig. D. 44.7.51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*; cfr. I. 4.6 pr.] è un elemento di grande rilievo dell'eredità perduta del diritto romano, che occorre recuperare.

tuivano tutto il diritto. Ma non lo costituiscono neppure le norme e i codici, come mostra lo stesso fatto che, per l'apprendimento del diritto, si dedica molto più tempo allo studio di opere dottrinali che non a quello di leggi e codici. Non è possibile dire, senza un confronto a tutto campo tra l'esperienza romana (distintamente considerata nelle diverse fasi) e quella attuale, se la rappresentazione degli elementi propriamente non prescrittivi del diritto fosse meglio realizzata a mezzo dell'editto nella prima, o lo sia, invece, a mezzo del codice nella seconda. Sembra peraltro innegabile che, sotto i profili della completezza e dell'aggiornamento, il sistema romano presenti vantaggi rispetto a quello attuale. Per i cittadini romani l'editto del pretore – unitamente a quello degli edili curuli, concernente le vendite, in origine di schiavi e animali, sui mercati – rispecchiava l'intero diritto in vigore; per contro, ad esempio, il codice civile disciplina un determinato settore e anche questo in modo incompleto⁷⁵; diversamente dai codici (emanati, sulla scia di Giustiniano, se non più per ogni evo futuro, per i decenni e anche secoli a

⁷⁵ Nella nostra attuale esperienza l'incompletezza è rilevante; in essa anche tutti i codici globalmente considerati sono lontani dal rappresentare l'intero diritto in vigore.

gore, il diritto in stato di quiete»¹⁴². Il Kelsen svolge bensì, a lato della teoria statica, la teoria dinamica del diritto, avente «per oggetto», come egli si esprime, «il procedimento giuridico in cui il diritto viene prodotto e applicato, cioè il diritto in movimento»¹⁴³. La rappresentazione dello studioso non deve tuttavia trarre in inganno. La dottrina pura del diritto ha, quale oggetto esclusivo, le norme poste e non fa eccezione, sul punto, la parte di essa indicata come teoria dinamica. Il Kelsen parla di dinamicità e movimento, in antitesi a staticità e quiete, per differenziare, dalle altre norme, le categorie di quelle che regolano la produzione e l'applicazione del diritto, peraltro anch'esse considerate staticamente quali norme poste, come riconosce e chiarisce egli stesso, concludendo la trattazione della distinzione tra teoria statica e teoria dinamica con l'affermazione: «Quindi anche la teoria dinamica del diritto ha per oggetto norme giuridiche» (si deve sottolineare, positive) «e precisamente quelle che regolano la produzione e l'applicazione del diritto»¹⁴⁴. Rimane integra la contrapposizione con la visuale dinamica (oltre che aderente alla realtà) di Celso, che indica

¹⁴² *La dottrina*, cit., 87.

¹⁴³ *Loc.*, cit.

¹⁴⁴ *Loc.*, cit.

dum. Celso dice che il diritto è un'*ars*, consistente, come tale, nell'attività umana. Esso non esiste in natura e non ha, come si è detto, soffio vitale. Nella realtà fenomenica si configura e assume rilievo l'attività umana che lo pone in essere, lo interpreta ed applica e, sotto altro aspetto, lo osserva o lo viola. Le norme, le sentenze e gli apporti della dottrina, quali prodotti dell'*ars*, devono bensì presentare i connotati corrispondenti ai criteri apprestati per il suo esercizio, ma non rientrano nelle attività in cui essa si esplica⁹³. In sintesi Celso, nella definizione del diritto, lo considera nella sua espressione dinamica, quale *ars*, non in quella statica dei prodotti posti in essere⁹⁴, da essa distinti⁹⁵.

⁹³ Analogamente, ad esempio, al di fuori del campo giuridico, una statua scolpita o una tela dipinta non rientrano nell'arte dello scultore o del pittore, ma ne costituiscono il prodotto.

⁹⁴ Dei quali solitamente oggi se ne considera uno solo – in specie le norme – privilegiato sugli altri.

⁹⁵ Si può istituire un confronto, ad esempio, con il linguaggio, definito, «in generale», da N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*², Torino, 1971, 534 come «l'uso dei segni 'intersoggettivi'», con la duplice precisazione: «per intersoggettivi si intendono i segni che rendono possibile la comunicazione»; «per uso si intende: 1° la possibilità di scelta (istituzione, mutazione, correzione) dei segni; 2° la possibilità di combina-

La definizione celsina del diritto non ha ad oggetto il diritto romano, ma il diritto in generale. Essa non presenta l'abituale riduzione del diritto a taluno dei suoi elementi, per quanto rilevante, come le norme, ma abbraccia l'intero fenomeno giuridico. Celso non solo intese elaborare, ma elaborò una definizione del diritto al livello della teoria generale.

zione di tali segni in modi limitati e ripetibili». Si può dire, sintetizzando e semplificando molto, che il linguaggio è lo strumento (l'insieme delle attività e cognizioni) apprestato dall'uomo per consentire la comunicazione nella convivenza umana. Prima che con le parole (segni linguistici orali e scritti) l'uomo ha comunicato con segni gestuali e suoni vocali. A lato del segno 'linguaggio' esiste, nella lingua italiana, come in altre, un distinto segno (per l'appunto 'lingua') per indicare i singoli sistemi linguistici: la lingua italiana, francese, cinese, ecc. Per il diritto non esistono viceversa, nelle lingue a me accessibili, segni distinti per indicare il diritto in generale e i singoli sistemi giuridici. Ad entrambe le esigenze si provvede col segno 'diritto'. L'essenza (o connotato essenziale) del linguaggio non è stata colta dall'Abbagnano nella conformazione dei segni o nelle tecniche espressive usate, che si sono presentate e si presentano diverse, anche profondamente, nelle varie esperienze: si pensi, ad esempio, per la scrittura, alla lingua italiana o inglese da una parte e a quella cinese o dell'antico Egitto dall'altra. Essa è stata, invece, ravvisata dal filosofo nel loro «uso».

È opportuno rilevare subito, con la riserva di fornire più avanti la dimostrazione¹⁴⁰, che il Kelsen non ha teorizzato il diritto quale si presenta nella realtà, con l'essenziale connotazione dell'artificialità, ma quale da lui configurato senza tenerne conto e con la sovrapposizione al medesimo dell'inesistente e inutile norma fondamentale¹⁴¹.

Il *definiens* della definizione kelseniana non presenta punti di contatto con quello indicato da Celso nell'*ars boni et aequi*. Sarebbe che i due autori abbiano definito entità disparate.

La diversità tra le due definizioni ha una duplice fondamentale ragione.

I due autori hanno adottato visuali contrapposte. Come si è visto, Celso, versando il diritto nell'*ars*, assume, nel considerarlo, la visuale dinamica dell'artificialità (della sua totale dipendenza, quale si riscontra nella realtà, dall'attività umana). Per contro il Kelsen, sussumendolo nel genere «sistema di norme» l'ha considerato staticamente, come confermano le sue stesse parole: la teoria statica «ha per oggetto il diritto come sistema di norme in vi-

¹⁴⁰ *Infra*, in questo §.

¹⁴¹ La purezza dottrinale, escludente la valutazione delle norme in relazione al loro stesso scopo, è una sorta di castrazione scientifica.

lo studioso ritenne più perspicua ed efficace la seconda formulazione enunciata a chiarimento della prima.

La purezza della dottrina del diritto è così spiegata dallo studioso in apertura della sua trattazione¹³⁸: «La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto... Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto... La si definisce dottrina 'pura' del diritto perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene all'oggetto esattamente determinato come diritto... ». In particolare è esclusa dalla conoscenza ogni «valutazione del diritto positivo»¹³⁹.

cita – la coercizione, peraltro giustamente considerata dal Kelsen essenziale al diritto (pp. 45 ss.). Da parte sua, l'ALEXY, *Il concetto*, cit., 15, scrivendo che il predetto studioso definisce il diritto come «un ordinamento normativo coercitivo» ha verosimilmente ritenuta implicita la specificazione «della condotta umana» (pp. 42 ss.).

¹³⁸ *La dottrina*, cit., 9.

¹³⁹ *La dottrina*, cit. 128.

L'esperienza storica e attuale mostra l'esistenza di una pluralità di configurazioni e visioni del diritto. Nella nostra attuale esperienza esso suole essere ravvisato nelle norme; in altre esperienze tende ad essere risolto nelle sentenze dei giudici; se pure con una forzatura, il diritto romano dell'età repubblicana e primo imperiale è stato e viene ancora raffigurato come diritto giurisprudenziale; nella fase più antica della stessa nostra esperienza, prima che si formassero norme generali ed astratte, il diritto si esplicò nella decisione, caso per caso, delle controversie; inoltre, specie anticamente, esso è stato assorbito nella religione (che ne adempie i compiti) e non sono mancati e non mancano tuttora connessioni e commistioni tra di essi; né è possibile escludere, per il futuro, novità e sviluppi rispetto all'esperienza attuale e del passato. La definizione celsina del diritto si attaglia a tutte le situazioni menzionate, e, nei limiti della capacità previsionale umana, anche a quelle future. Il diritto è sempre stato finora e continuerà verosimilmente ad essere in futuro un prodotto umano; i criteri del *bonum et aequum* sono stati e continuano a essere insostituibili per la produzione e applicazione del diritto in con-

formità alle esigenze umane⁹⁶. L'indicata qualità della definizione celsina appare assente dalle altre definizioni del diritto elaborate nella tradizione occidentale. Almeno tra quelle a me note, non ne scorgo alcuna idonea a raffigurare il diritto nella prospettiva della teoria generale⁹⁷. Adduco quale esempio la defini-

⁹⁶ Come si mostrerà (*infra*, in questo § e § 6), il loro recupero appare al presente necessario per superare le gravi manchevolezze radicate nel diritto e nella scienza giuridica ricevuti dai padri.

⁹⁷ Al di là della prima apparenza, non può dirsi neppure tale la definizione formulata da N. ABBAGNANO, *Dizionario*, cit., 249, secondo il quale il diritto, «in senso generale e fondamentale», è «la tecnica della coesistenza umana, cioè la tecnica diretta a rendere possibile la coesistenza degli uomini». Egli soggiunge infatti che, «come tecnica, il diritto si concretizza in un insieme di *regole* (che in questo caso sono leggi o norme)». Di per sé la formulazione usata («la tecnica della coesistenza») presenta senza dubbio valore generale. Essa è tuttavia ricondotta alla concezione del diritto come insieme di regole o norme, la quale – a prescindere dalla rimozione dell'artificialità – coarta il fenomeno giuridico in un solo elemento. Esiste in ogni modo una significativa coincidenza tra la definizione dell'Abbagnano e quella celsina. Il filosofo, al fine di fornire una definizione del diritto «in senso generale e fondamentale», lo ha riassunto, senza fare riferimento a Celso, nella 'tecnica', il cui «senso generale coincide», a suo parere, «con quello generale di *arte*» (p. 859). Insomma l'Abbagnano, nel secolo scorso, ha

soggetta l'*ars iuris* implicano che le norme stabilite presentino i requisiti corrispondenti ai predetti criteri. Secondo la definizione celsina si richiede cioè, per l'esistenza del diritto, insieme alla forma, la sostanza. Come le prescrizioni elaborate da una commissione di studio o contenute in un progetto di legge non sono diritto per difetto di forma, e tanto meno lo sono, per lo stesso difetto, quelle enunciate da un comune cittadino, se pure appaiono rispondenti ai criteri del *bonum et aequum*, così, per fare esempi estremi, non costituiscono diritto, per difetto di sostanza se pure emanate nelle forme debite dall'organo competente, le prescrizioni di comportamenti criminosi o insensati¹³⁶.

4. – Secondo la dottrina pura del diritto, elaborata dal Kelsen, il diritto, quale «oggetto» della relativa «conoscenza», è «un ordinamento normativo del comportamento umano, cioè un sistema di norme che regolano comportamenti umani»¹³⁷. Non è dubbio che

¹³⁶ *Mutatis mutandis*, anche nell'*ars iuris* possono aversi scarti di produzione, quali sono, ad esempio, al di fuori di essa, cuscinetti a sfera falliti (inservibili per l'uso a cui sono destinati).

¹³⁷ *La dottrina*, cit., 13. Nella rappresentazione riferita non figura – in quanto verosimilmente ritenuta impli-

pratica. Viceversa la corte costituzionale, col giudizio di costituzionalità, abroga, con effetto immediato, la norma (o una sua determinata interpretazione), mentre non ha il compito di apprestare nuovo diritto, sia pure per il caso concreto. Chiaramente nel *ius dicere* del pretore e nel giudizio di costituzionalità della Corte costituzionale si coglie il riflesso della supremazia riconosciuta, nella fase considerata del diritto romano, alla soluzione del caso e, nel nostro attuale diritto, alla norma generale e astratta¹³⁵.

Resta da ribadire, in chiusura della disamina svolta, che, nella definizione celsina del diritto, il versamento del *definiendum* nell'*ars* e l'individuazione dei criteri ai quali è

¹³⁵ Da un lato si aveva il succedersi dei casi, singolarmente valutati, il che conduceva, con la generalizzazione dell'applicazione, alla creazione di diritto nuovo e, con la generalizzazione della disapplicazione, all'obliterazione di diritto esistente (cfr. Gai 1.111: *...sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipse desuetudine oblitteratum est*). Dall'altro lato si ha una valutazione generale, quale quella del legislatore, per il presente per il futuro, mai totalmente certo. Il che consiglia l'abbandono del punto di vista giustiniano, secondo cui la produzione del diritto in relazione al caso concreto costituisce un'aberrazione, dando ad essa – mai venuta meno nella realtà – lo spazio con-

zione del diritto proposta dal Kantorowicz, del quale è sicuro il proposito di offrirla la rappresentazione in tale prospettiva⁹⁸: il diritto è «un insieme di norme sociali prescriventi una condotta esterna e considerate applicabili dai giudici»⁹⁹. Appare palese, nella definizione, lo sforzo dello studioso di combinare la visione del 'civil law', basata sulle norme, con quella del 'common law', incentrata nelle sentenze. La definizione non è peraltro adeguata né all'una né all'altra. Essa, anzi, non lo è ad alcuno dei sistemi giuridici di cui ho conoscenza. La definizione in oggetto, non risultando idonea a rappresentare, almeno per la massima parte, i sistemi giuridici esistiti ed esistenti,

seguito, al fine indicato, la stessa strada che era stata seguita dal giurista romano. Pare ovvio che da lui non si potesse pure attendere il superamento della distorsione consistente nella riduzione del diritto alle norme, radicata nel sapere giuridico del suo tempo.

⁹⁸ H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto* (trad. E. DI ROBILANT), Torino, 1962 [tit. orig. *The Definition of Law*, London, 1958], 64: «La nostra definizione del diritto, concepito come oggetto di una storia della scienza giuridica, non sarà utile se non sarà abbastanza ampia da servire come base per una storia universale di ogni tipo conosciuto di pensiero giuridico».

⁹⁹ *Le definizioni*, cit., 142 s.

non può ritenersi espressione della teoria generale del diritto¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Non pare dubbio che il Kantorowicz si sia discostato, nell'elaborare la definizione riferita, dalla teorizzazione enunciata (*La definizione*, cit., 43 ss.), secondo cui il giurista non deve domandarsi «che cosa s'intende», bensì «che cosa si dovrebbe intendere» per esso; e perciò «la risposta ha... il carattere di semplice *proposta* e ogni definizione dovrebbe essere considerata come avente il significato di: propongo di intendere con questo termine la tal cosa o la tal altra, e se, caro lettore, desideri intendere con lo stesso termine qualcos'altro, sei libero di farlo, purché tu non introduca la tua definizione nelle mie parole... ». Lo studioso ha inoltre fortemente ridimensionato e in larga misura sconosciuto, sullo stesso piano enunciativo, la premessa teorica, affermando, fra l'altro, che «sia che si definisca il termine 'diritto' per un limitato scopo tecnico, sia che lo si definisca in generale, vi sono limitazioni di sostanza dettate dalla necessità di quella particolare scienza in cui la definizione deve venir usata» (p. 45), che «una...ricerca sull'utilità della definizione proposta deve accompagnare la graduale formazione e revisione di questa» (p. 46) e che «le qualità e le relazioni della cosa definita, anche la sua esistenza», devono «essere provate e sottoposte ad analisi» (p. 47). A mio avviso, prima ancora delle riflessioni teoriche ha rilievo, in materia, l'esperienza concreta in cui operiamo e da cui appare chiaro che l'inosservanza delle convenzioni linguistiche impedisce od ostacola la comunicazione. (Se, ad esempio, nella lingua italiana, indico col termine 'diritto' il galateo, col segno 'carota' la barbabietola da zucchero e così di seguito, diffi-

costituzionalità da parte della Corte costituzionale. Rispetto all'appagamento delle esigenze umane, il sistema romano si presentava più adeguato di quello attuale sul triplice fronte della rapidità processuale, dell'onerosità economica e della capillarità degli interventi¹³⁴. È più complessa la valutazione della differenza funzionale tra il *ius dicere* e il giudizio di costituzionalità, il primo operante nel caso specifico e il secondo, se pure anch'esso emesso in relazione a un caso specifico, avente valore generale e astratto. Si può così sintetizzare. Il pretore romano, col *ius dicere*, non abrogava il diritto in vigore, né introduceva nuovo diritto in via generale e astratta. Egli disattendeva (poteva disattendere) il *ius* esistente (come si dice, lo paralizzava mediante la concessione di un'*exceptio*) oppure apprestava apposito *ius* per il caso concreto. L'abrogazione del diritto esistente e l'introduzione di nuovo diritto con valore generale e astratto dipendevano dall'esercizio della *iurisdictio* da parte dei successivi pretori, congiunto alla generalizzazione delle applicazioni in cui si estrinsecava la ricezione *moribus*, il tutto attraverso il vaglio della

¹³⁴ A differenza del giudizio di costituzionalità, la valutazione della rispondenza al *bonum et aequum* era compiuta in ogni controversia giudiziaria e lo era senza un vaglio preliminare di altra autorità.

mazia, nel campo giuridico, della legge, avente ora la sua espressione più elevata nella suddetta carta. La Corte costituzionale, come indica la sua qualificazione come ‘garanzia costituzionale’, è stata istituita per la tutela della costituzione (dei principi e norme in essa stabiliti). In coerenza, alla Corte stessa è stato attribuito, per quanto qui interessa, il giudizio «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni»¹³³, mentre la *iurisdictio* del pretore romano si estrinsecava nella pronuncia, anche in contrasto con le norme poste, per ogni caso portato in giudizio, del *ius* consono al *bonum et aequum*. Appare evidente la ragione della contrapposizione tra i due sistemi: gli antichi romani avevano operato nell’ottica della protezione degli interessi umani, di cui erano portatori i *cives*; all’inverso i nostri padri costituenti, in linea con le concezioni ispiratrici della *legum doctrina* giustiniana, operarono nell’ottica della salvaguardia dei precetti legislativi di rango più elevato, espressi nella costituzione. Tra i due sistemi si coglie una sola coincidenza: la predisposizione di un’apposita fase processuale sia per il *ius dicere* del pretore romano che per il giudizio di

¹³³ Cost. art. 134.

Come si è già rilevato, la considerazione autonoma di un insieme di attività per un determinato scopo, tradotta nella sussunzione nel genere arte, postula l’individuazione della connotazione o differenza, che la contraddistingue da tutte le altre *artes* già prima individuate, e tale connotazione è stata indicata da Celso, per il diritto, con il binomio *bonum et aequum*, esprimente nel contempo il fine perseguito con l’arte detta *ius*, i criteri a cui occorre attenersi nel porlo e applicarlo e i connotati che deve presentare il diritto posto e applicato.

Il *bonum*, isolatamente considerato, indica un elemento comune a tutte le attività umane (*artes*) rivolte a un fine pratico: l’architettura, la medicina, l’agricoltura, la cucina, ecc. Per secoli, prima della definizione celsina, la fondamentale connotazione del diritto era stata ravvisata nel solo *aequum*, espri-

ilmente potrà essere capito). La libertà personale, nel definire (a ben vedere nella ricerca scientifica), è fuori discussione, ma è altrettanto sicura, a mio parere, nella scienza giuridica, come in ogni altra scienza avente uno scopo pratico, l’esigenza dell’ancoramento alla realtà, in cui rientrano le convenzioni linguistiche. Vd., anche su altre elaborazioni della filosofia analitica in campo giuridico, F. GALLO, *La definizione celsina*, cit., 12 ss. [= *Opuscula*, cit., 558 ss.].

mente l'eguaglianza proporzionale. La sua integrazione col *bonum* risponde tuttavia ad una esigenza reale, essendo conseguibile l'uguaglianza anche in un trattamento cattivo o pessimo. Come espresso nel binomio escogitato da Celso, il diritto è connotato dal *bonum* congiunto con l'*aequum*. In ogni esplicitazione in cui esso si concreta (nel porre una norma generale e astratta, nel decidere una controversia, nell'esprimere un parere, ecc.), si cerca la soluzione buona (ottimale) nel rispetto dell'uguaglianza proporzionale. La ricerca è condotta dall'uomo con le sue capacità, riassumentisi nella ragione, le quali sono limitate e soggette ad errori. L'uomo non può sfuggire, da un lato, ai propri limiti e, dall'altro, alla necessità di operare scelte anche nel campo giuridico. Nella prospettiva celsina si evita sia la lusinga giusnaturalistica sfociante nell'utopistica illusione di reperire, nella natura, il diritto giusto, eterno ed immutabile, valido in ogni luogo e tempo, sia l'ideologico irrigidimento positivista, che sovrappone la legge al diritto, sacrificando ad essa le esigenze umane, sia ancora la deriva nichilistica, secondo cui tutto è oscuro e incerto, il linguaggio è inafferrabile, l'interpretazione è affabulazione, le diverse soluzioni si equivalgono e sono quindi tutte possibili.

processuali *de dolo*, se pure l'editto del pretore aveva formalmente durata annuale.

Tutto ciò (non solo gli istituti, ma anche le concezioni) venne spazzato via, come si è detto, dalla *legum permutatio* giustiniana e non è più stato recuperato nella tradizione romanistica¹³⁰. L'ideologia della divisione dei poteri, modellata sulla *legum doctrina* sostituita da Giustiniano alla *scientia iuris*¹³¹, ha condizionato anche le innovazioni più recenti. Per l'introduzione, con speciale riguardo al nostro sistema, della carta costituzionale, rinvio ai rilievi già svolti¹³², aggiungendo che anche l'istituzione in essa della Corte costituzionale è stata guidata dalla concezione della supre-

¹³⁰ Nemmeno l'esperienza del *common law* riproduce il sistema romano. È difficile non vedere un'espressione di positivismo nel principio dello *stare decisis*, che eleva la sentenza a norma per la decisione dei casi futuri. Appare inoltre carente, in tale esperienza, l'elaborazione di criteri aventi portata generale per disattendere, quando occorre, il principio.

¹³¹ Esisteva una ripartizione delle funzioni (o compiti) anche nel diritto romano. Il *ius* pronunciato dal pretore nelle controversie valeva solo per il caso specifico. La posizione delle norme generali e astratte, estranea alla *iurisdictio*, era riservata al popolo, che provvedeva ad essa col voto (*suffragium*) nelle assemblee legislative o *rebus ipsis et factis* nella recezione *moribus*.

¹³² *Supra*, § 1.

dianete l'esercizio della *iurisdictio*, al *ius praetorium* e nella quale si estrinsecava, in modo più evidente, la preminenza riconosciuta alla soluzione del caso rispetto alla norma generale e astratta.

Il processo formulare era congegnato in modo da assicurare, per ogni caso sottoposto a giudizio, nei limiti consentiti dalla condizione umana, la soluzione rispondente al *bonum et aequum*. Nell'apposita fase riservata all'esercizio della *iurisdictio*, il pretore, valutate le ragioni delle parti, indicava, nella forma dei mezzi processuali, il diritto adatto a tale scopo. Solitamente, nel *ius dicere*, il magistrato applicava mezzi processuali esistenti; tuttavia, quando occorreva per l'attuazione dello scopo indicato, ne denegava l'applicazione o apprestava appositi nuovi mezzi. Il nuovo *ius* era pronunciato dal pretore per il caso specifico; se però la decisione assunta nel caso corrispondeva a un'esigenza diffusa e il nuovo *ius* veniva ripetutamente pronunciato, il (o un) successivo pretore lo inseriva nell'editto ed esso, in forza della *lex Cornelia de iurisdictione* e della recezione *moribus*, diventava *ius constitutum* (destinato a durare senza limiti): nessuno dubitava, ad esempio, che avessero questa qualità l'*exceptio rei venditae et traditae* e i mezzi

L'uomo non può non valutare e scegliere sulla base delle sue conoscenze, che, per quanto accresciute nel corso dei tempi, non sono complete e perfette. Per millenni si è creduto erroneamente che la terra fosse al centro dell'universo. Aristotele, le cui alte qualità speculative sono fuori discussione, giustificava, secondo il suo sapere, la schiavitù. Non sono mancati errori, da parte dell'uomo, nel diritto e negli altri ambiti in cui egli opera: nell'architettura, nella medicina, nell'agricoltura, nella cucina, ecc. Sono peraltro innumerevoli, nel diritto, come al di fuori di esso, le scelte e le soluzioni rivelatesi corrette ed utili, da lui poste in essere. Secondo la dottrina celsina l'uomo deve sempre cercare e adottare, nel diritto, la soluzione che, in base alle sue capacità, cognizioni e previsioni, gli appare in buona fede la più adeguata nel rispetto dell'uguaglianza, con la congiunta consapevolezza che, a causa dei limiti della condizione umana, può incorrere in errore, unita alla vigilante disponibilità ad eliminarlo in futuro, correggendo e mutando la scelta inadeguata compiuta in precedenza. Per contro i cedimenti all'utopia e all'ideologia ostacolano la corretta soluzione dei problemi e la deriva nichilista distoglie addirittura dal cercarle.

Nella visuale realistica¹⁰¹, adottata da Celso, dell'artificialità, l'individuazione della differenza specifica del diritto nel *bonum et aequum* si presenta coerente. Si è già rilevato che l'idea, sia pure non sempre esplicitata, del 'buono' caratterizza in generale le attività umane rivolte a un fine pratico. Essa guidò, ad esempio, anticamente, la costruzione delle palafitte, come guida al presente la costruzione dei grattacieli e dei veicoli spaziali.

La concorrente aspirazione all'uguaglianza proporzionale (espressa nel binomio con *aequum*¹⁰²) appare inerente, nell'esperienza

¹⁰¹ Adeguata cioè al dato fenomenico.

¹⁰² L'uguaglianza può essere rigorosa (fisica o matematica) oppure presentare margini di elasticità. Nella lingua latina, per i casi del primo tipo, si usava preferibilmente la sequenza *aequalis, aequaliter, aequalitas* e, per quella del secondo, la sequenza *aequus, aequae, aequitas*. In Cicerone (*de off.*, 2.12.41) si trova il sintagma *ius aequabile*, esprime la modulazione del diritto nelle diverse situazioni. L'eguaglianza tra le persone, nel campo giuridico, appartiene al secondo tipo. Essa vi appare coniugata con la proporzione, atteggiandosi come eguaglianza proporzionale: a situazione eguale corrisponde un trattamento eguale e a situazione diseguale un trattamento diseguale; il trattamento eguale di situazioni diseguali concreta una diseguaglianza (che i romani rappresentavano con i segni *iniquum* e *iniquitas*, esprimenti il contrario dell'*aequum*: cfr., ad esempio, Gai. 3.49-51; 3.72-73 e 4.126). Può aggiun-

degli elementi, di cui è stata spogliata nella *legum doctrina* giustiniana, non è riducibile ad alcuna di tali concezioni. L'involontarietà e la spontaneità appaiono estranee ad ogni attività umana rivolta a uno scopo pratico¹²⁸. Sotto questo profilo il diritto non si differenzia dalla medicina, che ha lo scopo di curare le persone, dalla cucina, che ha lo scopo di nutrirle, dall'architettura, dall'agricoltura, dall'idraulica, ecc. La mutezza nel diritto sembra un nonsense. Esistono uomini senza la facoltà di parlare, ma non esiste il diritto senza manifestazione esteriore¹²⁹.

Come si è anticipato, nella fase considerata dell'esperienza romana, la produzione del diritto in relazione al caso concreto avveniva, oltre che con la produzione *moribus*, in via giudiziaria. Si tratta, come si è visto, della produzione del diritto che ha dato luogo, me-

¹²⁸ Ad appagare, col suo perseguimento, individuati ed apprezzabili bisogni umani.

¹²⁹ La metafora del diritto muto per la consuetudine richiama quella del diritto non muto (con enunciazione positiva, parlante) per la legge. Si tratta di una variante, non felice, della distinzione enunciata, sulla scia dell'esperienza giuridica greca, da Ulpiano in D. 1.1.6.1 (1 *inst.*): *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto*. Sulle teorizzazioni considerate vd. più ampia critica in F. GALLO, *La definizione celsina*, cit., 64 ss.

borazione dottrinale, anch'essa sempre persistita nella realtà. Permane inoltre la tendenza alla sua emarginazione, rispetto alla legge, nella linea segnata dall'imperatore.

La rimozione dell'artificialità e, in generale, della definizione celsina del diritto ha distolto l'attenzione, nei riguardi della consuetudine, dalla fase di formazione della norma¹²⁷ e fatto velo alla percezione della realtà, nella quale la consuetudine è in primo piano, non diversamente dalla legge, attività rivolta ad appagare un'esigenza fondamentale dei raggruppamenti umani di carattere politico, come pure, per quanto possibile, della *societas* esistente tra di essi e, sotto altro profilo, tra tutti gli uomini, e il diritto consuetudinario è, al pari di quello legislativo, un prodotto umano (un prodotto dell'indicata attività). Le teorizzazioni che si sono proposte non hanno a base la situazione reale, ma travisate rappresentazioni. Sono tali le concezioni della consuetudine come diritto involontario, come diritto spontaneo e come diritto muto. La consuetudine, reinserita, in conformità alla realtà, nell'*ars iuris* e reintegrata, sempre in aderenza ad essa,

¹²⁷ Dai comportamenti che concorrono a tale formazione, ma sono ovviamente posti in essere prima che la norma venga ad esistenza. Vd., sul punto, F. GALLO, *La definizione celsina*, cit., 67 ss.

umana, alla disciplina dei rapporti tra i consociati, in specie se ispirata al principio democratico. A tale aspirazione è già da ricondurre il superamento della fase primitiva, in cui le controversie venivano decise caso per caso, mediante la formazione di norme generali e astratte (nelle quali si è poi indebitamente arrivati a identificare il diritto), implicanti, come tali, l'uniforme soluzione dei casi da esse previsti.

Come si è detto, Celso intese definire il diritto in generale, ma trasse ispirazione dall'esperienza romana, nella quale si tenevano nel debito conto, sia l'artificialità del diritto, col corollario che esso era considerato uno

gersi copia di altre testimonianze per il diritto romano, come può addursi copia di esempi per il diritto attuale. Ne indico due tra questi ultimi. La 'scorta' viene disposta per taluni magistrati e titolari di cariche dello stato: manca la stessa disponibilità materiale di disporla per tutti. L'istruzione e la formazione sono obbligatorie per tutti, ma solo «i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi» (art. 34, comma 3, correlato ai due precedenti, Cost.). L'assegnazione di una borsa di studio per la partecipazione a un dottorato di ricerca ad un giovane dotato di altre qualità, ma non dell'attitudine alla ricerca scientifica, dà luogo ad una disuguaglianza, contrastando altresì con la ragionevolezza (art. 34, comma 4, Cost.).

strumento nelle mani dell'uomo, senza mai essere elevato a suo padrone, sia i criteri del *bonum et aequum*¹⁰³. Occorre, in proposito, sgombrare il terreno da un possibile equivoco.

Alla luce delle nostre attuali concezioni e della nostra attuale sensibilità, il diritto romano presentava, in taluni ambiti, anche di primo piano, gravi scostamenti dal *bonum et aequum*¹⁰⁴. Il più rilevante suole ravvisarsi in

¹⁰³ Tutto ciò è stato trascurato, nella nostra tradizione, dopo che, a seguito della *legum permutatio* giustiniana, la definizione celsina del diritto è stata rimossa dalla scienza giuridica. Ancora al presente mancano teorizzazioni in merito al dato fondamentale dell'artificialità del diritto. Da qualche tempo è ripresa la considerazione del *bonum et aequum*, astrattizzati nella ragionevolezza ed eguaglianza; tuttavia difetta ancora la consapevolezza della corrispondenza del binomio italiano con quello latino e soprattutto della connessione esistente tra essi e il dato menzionato dell'artificialità. Non risulta perciò percepito il ruolo della ragionevolezza e uguaglianza come supremi obiettivi e criteri per la posizione e applicazione del diritto e come imprescindibili connotati del diritto posto. Non è dubbio che nelle teorizzazioni positivistiche, quale quella kelseniana, il diritto viene invece posto al di sopra delle esigenze umane. Vd. *infra*, §§ 4 e 5.

¹⁰⁴ Ovviamente tali scostamenti non si sono avuti nel solo diritto romano e neppure nei soli diritti antichi. E sarebbe un'ingenuità reputare esente da errate conoscenze e valutazioni il nostro diritto attuale.

zione, del criterio risarcitorio, in luogo di quello ispirato all'antica idea afflittiva, in tema di danneggiamento, e la *lex Atinia*, che risolse in senso conservatore la disputa sulla usucapibilità o inusucapibilità delle *res furtivae*, anche in presenza della *iusta causa* e della *bona fides*¹²⁴.

Si può dire, in sintesi approssimata, che, nell'esperienza romana, la produzione del diritto *moribus* presentava il carattere dell'ordinarietà e quella *lege* il carattere dell'eccezionalità¹²⁵.

La consuetudine rientra fra le materie per le quali gli effetti della *legum permutatio* giustiniana, unita alla rimozione della definizione celsina, sono stati più devastanti. Anche nelle sue recenti e attuali rappresentazioni non figurano gli elementi di cui è stata spogliata, nella *legum doctrina*, da Giustiniano: il fondamento sulla sovranità popolare¹²⁶, mai venuto meno nella realtà, e la connessione con l'ela-

¹²⁴ Cfr. F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 143 ss.; *Prospetto storico della produzione e applicazione del diritto nell'epoca repubblicana e imperiale*, in *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1997, 25 s.

¹²⁵ Anche la legge delle XII tavole ebbe, nell'esperienza romana, carattere eccezionale.

¹²⁶ Esercitata dai cittadini, che ne sono titolari, manifestando la volontà *rebus ipsis et factis*.

condizionamenti delle nostre concezioni. È sicuro in ogni modo che essi si integravano reciprocamente. Si è sostenuto che la *lex* riguardò soprattutto il campo della struttura della vita dello stato. La questione sembra più complessa. Si ebbero infatti interventi legislativi anche nella sfera dei rapporti privati. Dalla considerazione della produzione normativa in età repubblicana non emergono linee rigide, ma un orientamento al ricorso alla legge nei riguardi di materie e situazioni, per la cui disciplina non si presentava adeguata la recezione *moribus*¹²³. Appaiono tali le materie sopra indicate della struttura e della vita dello stato e le situazioni nelle quali era avvertita l'esigenza di operare salti qualitativi, di introdurre con effetto immediato principi nuovi ovvero di risolvere questioni dibattute coinvolgenti criteri di fondo. Non mancano testimonianze di interventi legislativi rivolti a tali fini. Ricordo, tra essi, la *lex Canuleia*, che abrogò il divieto di connubio tra patrizi e plebei, la *lex Aquilia*, a cui si deve l'introduzione, nella nostra tradi-

¹²³ La recezione di nuovo *ius, rebus ipsis et factis*, da parte dei consociati, oltre a non avvenire in modo istantaneo, ma richiedere tempi più o meno lunghi, presupponeva l'assenza di situazioni di conflittualità (quale quella avutasi circa l'usucapibilità delle *res furtivae*) in ordine ad esso.

quello sopra ricordato della schiavitù. In un dibattito, il recupero, da me sostenuto, dell'eredità perduta del diritto romano suscitò l'obiezione, più volte ribadita, che in tale diritto era riconosciuta la schiavitù. L'obiezione non pare cogliere nel segno, non presentando un significato diverso, ad esempio, dal rifiuto globale dell'insegnamento di Aristotele, perché riteneva che la terra fosse al centro dell'universo o perché giustificò la schiavitù. Purtroppo, secondo la nostra attuale capacità di valutazione, la schiavitù non è la sola *iniquitas* avutasi nella storia umana: penso alla vendita dei figli, alla condizione della donna, all'infibulazione, all'apartheid, ecc. La schiavitù non era peculiare al diritto romano, ma comune, per quanto si sa, a tutto il mondo antico. Perciò rientrava, secondo i giuristi romani, nel *ius gentium*, stabilito, come insegnava Gaio, *inter omnes homines* dalla *naturalis ratio*. La schiavitù era quindi addirittura ricondotta al diritto naturale¹⁰⁵. La fonte prima di essa fu la *captivitas*¹⁰⁶: secondo il *ius belli* i prigionieri di guerra erano preda del vincitore; nel caso di

¹⁰⁵ Secondo la posteriore elaborazione ulpiana, la schiavitù rientrava, invece, nelle modificazioni validamente apportate dal *ius gentium* al *ius quod natura omnia animalia docuit*. Cfr. F. GALLO, *Ars*, cit., 27 ss.

¹⁰⁶ Segui, quindi, la nascita da donna schiava.

conquista d'assalto di una città, era tale l'intera popolazione, che poteva, quindi, essere messa a morte o ridotta in schiavitù. Lo stesso cristianesimo, secondo cui tutti gli uomini sono figli di Dio, contribuì bensì fortemente al miglioramento della condizione servile¹⁰⁷, ma non ne determinò, nell'antichità, l'eliminazione¹⁰⁸.

Si può dire, tirando le fila: i limiti inerenti alla condizione umana fanno parte della realtà, di cui occorre tener conto nelle attività nelle quali si esplica il fenomeno giuridico; non è possibile all'uomo valutare e agire al di fuori delle proprie capacità conoscitive; gli si può chiedere soltanto, nel campo giuridico, di applicare in buona fede, al lume di esse, i criteri del *bonum et aequum*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Nella medesima direzione aveva già operato lo stoicismo.

¹⁰⁸ Non fu percepita (e non divenne comunque operativa) l'incompatibilità della sua dottrina con la stessa esistenza della schiavitù.

¹⁰⁹ Merita attenzione il meditato tentativo di superare il positivismo legalistico, esperito, nell'orizzonte delle attuali concezioni, da R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* (trad. F. FIORE), Torino, 1997 [tit. originale *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992], il quale (p. 129) riassume i risultati della sua disamina in questa definizione: «Il diritto è un sistema di norme che 1) avanza una pretesa di giustizia, e 2) consiste

adsertor libertatis ed all'assenza di *vindicatio in servitute* da parte del *dominus*, pronunciò l'*adictio secundum libertatem*. Il rimedio fu quindi ripetutamente usato da altri cittadini e, attraverso la diffusa applicazione, diventò *ius receptum*. Richiamo ancora, senza scendere a dettagli, spigolando nella massa degli esempi adducibili, l'utilizzazione dell'*in iure cessio* per la costituzione di servitù e dell'usufrutto e per il trasferimento della proprietà, l'introduzione dei complessi cerimoniali dell'*adoptio* e della *emancipatio*, l'apprestamento della *mancipatio unci duobus* e poi¹²² *nummo uno* per la donazione di *res mancipi*, della *fiducia cum amico* e *cum creditore*, della remissione del debito, di un nuovo *genus testamenti*, che sostituì quelli preesistenti, e di nuove figure di diritti reali, nonché l'elaborazione delle non numerabili nozioni concorrenti con l'elemento prescrittivo a determinare il significato e l'ambito di applicazione delle norme.

Nell'esperienza romana la produzione del diritto *moribus* precedette quella *legibus* e continuò ancora per secoli, in età repubblicana, a costituire il modo ordinario di sviluppo del diritto. I rapporti tra i due modi di produzione attendono una rivisitazione libera dai

¹²² A seguito del passaggio alla moneta coniatata.

Nella produzione del diritto *moribus* l'aderenza alle esigenze umane e il rispetto delle tecniche giuridiche erano assicurate, nel grado più elevato possibile (in maniera più stringente che nella produzione *lege*), dall'apporto recato in essa dai *iuris periti* e la rispondenza dell'innovazione alle esigenze, che essa tendeva ad appagare, passava ancora al vaglio delle posteriori applicazioni occorrenti per la formazione del *ius receptum*¹²⁰.

Indico, quale esempio, l'utilizzazione a fini negoziali dell'istituto processuale della *in iure cessio*. Un'applicazione risalente (secondo alcuni, la più antica) fu quella concretatasi nella *manumissio vindicta*. Un *dominus* intenzionato a concedere con effetto immediato la libertà a un proprio schiavo, non conoscendo l'esistenza di un mezzo per tale scopo¹²¹, chiese consiglio a un giurista del tempo, il quale suggerì l'impiego dell'*in iure cessio* in un finto processo di libertà. E così venne fatto. Il magistrato, di fronte alla *vindicatio in libertatem* di un

¹²⁰ Almeno questo vaglio mancava nella produzione del diritto *lege*, con cui si ponevano con effetto immediato norme generali ed astratte.

¹²¹ In particolare non servivano ad esso, se pure esistevano già entrambe, la manumissione disposta per testamento e – salvo la coincidenza temporale – quella compiuta con l'iscrizione nelle liste del censo.

nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in misura estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di *chance* di efficacia e di cui fanno parte i principî e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustizia». [Non si tratta, nonostante la lunghezza, di una definizione del diritto in generale: lo stesso autore precisa che essa è «valida soltanto per sistemi giuridici evoluti ...» (p. 130)]. Reputo anch'io corretta la traduzione di *Richtigkeit* (da 'richtig' = giusto, nel senso di adeguato: *Begriff*, cit., 29) in 'giustizia', la quale, esprimendo l'adeguatezza, sembra corrispondere, se pure nella raffigurazione astratta, al *bonum* della definizione celsina. Peraltro anche l'Alexy ha ignorato, nel loro complesso, gli elementi messi in luce in tale definizione, subendo i condizionamenti delle attuali concezioni. Mi soffermo su due punti.

1) L'asserita pretesa di giustizia avanzata dal diritto è appagata dall'Alexy con principî e valori della morale. Il diritto, la religione, la morale o etica e il galateo disciplinano, a fini diversi, aspetti della condotta umana, in base a criteri ad essi confacenti. Tra i sistemi di regole da essi poste, solo quelle giuridiche sono munite della coazione nel senso a tutti noto. Secondo la parabola evangelica (Matteo, 20, 1 ss.), il padrone della vigna retribuì nella stessa misura gli operai inviati a lavorare in essa all'alba, alle nove, a mezzogiorno e nell'avanzato pomeriggio. Ciò è rispondente ai criteri del regno dei cieli (del quale spero che la

bontà di Dio vorrà aprirmi le porte), ma non all'eguaglianza proporzionale postulata dal diritto. *Honeste vivere, alterum non laedere e suum cuique tribuere* sono precetti della morale, che i compilatori delle Istituzioni sostituirono alla definizione celsina per raffigurare l'oggetto dello studio del diritto in modo consono al disegno giustiniano di dare una veste di sacralità all'opera legislativa realizzata, al quale concorrono la declamata investitura divina dell'imperatore, la presentazione del Digesto come *templum iustitiae* e la prescrizione di *et adorare et observare* le *leges* in esso contenute. L'*ars iuris* ha, come ogni altra arte, i propri criteri, i quali, come si è mostrato, sono stati rimossi dalla scienza giuridica e non più recuperati. L'autonomia del diritto e della sua scienza dalla religione e dalla morale, già conseguita dai giuristi romani, non può essere abbandonata. Forse per superare la difficoltà G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 31 s., 199 ss., collega la giustezza alla cultura, ma proprio questo collegamento rende più evidente l'esigenza del recupero dei criteri individuati da Celso. L'attuale società è, come si dice, pluralista o multiculturale. Nella situazione, la presenza di «molteplici gruppi sociali» (= gruppi di potere), ognuno dei quali «dotta per migliorare le proprie posizioni», può forse, come dice Zagrebelsky (p. 357), «rendere irrealistica la pretesa» di uno solo di essi di assumere un potere assoluto, ma non appare idonea a produrre «un legame sociale» (p. 32). A questo fine occorrono elementi positivi. E opera senza dubbio in questa direzione, secondo l'esperienza umana, la sicurezza che la maggioranza di turno, nel compiere le scelte e tradurle in forma giuridica, si attiene, pur nell'ineliminabile spazio discrezionale e nel-

La recezione *moribus* corrisponde alla formazione consuetudinaria: si può dire alla consuetudine, non considerata staticamente, secondo le prospettive attuali, come già formata, ma dinamicamente nel suo formarsi. Alla pari del *ius lege introductum*, quello *moribus receptum*¹¹⁸ rientrava nella definizione celsina del diritto. Come per il primo, ne era percepita l'artificialità, espressa nel versamento nell'*ars iuris*, sottoposta ai criteri del *bonum et aequum*, ai quali dovevano corrispondere i connotati del diritto prodotto.

La produzione del diritto *moribus* è ricondotta da Giuliano, congiuntamente con quella *lege*, alla sovranità popolare (*iudicium o voluntas populi*). Il giureconsulto giustifica la propria teorizzazione in argomento con l'interrogativo retorico, più incisivo di tante diffuse trattazioni: «in effetti che differenza fa se il popolo manifesta la propria volontà col voto [nelle assemblee popolari] oppure col comportamento concreto»¹¹⁹? Giuliano esplicitò inoltre che la sua teorizzazione valeva anche per l'abrogazione del diritto.

¹¹⁸ Oppure *introducendum, inductum, constitutum*. La distinzione tra *ius* introdotto *moribus* e *ius* introdotto *lege* si rinvia in Gai 4.26-28.

¹¹⁹ *Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*

stratte e produzione in relazione al caso concreto e, nell'ambito di quest'ultima, tra produzione *moribus* e produzione in via giudiziaria.

Ancora Gaio iniziava le sue Istituzioni, annoverando il popolo romano fra quelli *qui legibus et moribus reguntur*¹¹³, sebbene al suo tempo la recezione *moribus* non fosse più una fonte viva¹¹⁴. Inoltre il giureconsulto offre un complesso di testimonianze su istituti da essa introdotti o eliminati¹¹⁵, indicandone in particolare sia il fondamento sul *consensus populi*¹¹⁶, sia la connessione con l'*interpretatio prudentium*¹¹⁷.

¹¹³ La lacuna sul punto nel palinsesto veronese è colmata in modo fondatamente ritenuto sicuro sulla scorta di I. 1.2.1 e di D. 1.1.9.

¹¹⁴ Peraltro ancora al tempo di Gaio il diritto in vigore era derivato in prevalenza dalla recezione *moribus*.

¹¹⁵ Numerose altre testimonianze in materia sono fornite da altre fonti giuridiche e da fonti letterarie. Vd., tra i miei scritti sul tema (ai quali sono, allo stato, costretto a riferirmi), F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, ed. completata, Torino, 1993, 36 ss.; *La recezione*, cit., 115 ss. (= *Iura*, cit., 9 ss.); *Dottrina*, cit., 339 ss. (= *Riv. dir. civ.*, cit., 688 ss.).

¹¹⁶ Gai 3.82 (in consonanza con la teorizzazione di Giuliano, 84 *dig.* D. 1.3.32).

¹¹⁷ Gai 1.165.

Nei limiti segnati dalle concezioni del tempo, il diritto romano appare diretto, sul presupposto della percepita e teorizzata artificialità, alla realizzazione del *bonum et aequum*, più di ogni altro sistema giuridico a me noto. La definizione celsina del diritto, basata sugli elementi indicati, era con ogni verosimiglianza generalmente condivisa nell'esperienza romana¹¹⁰. Depone in questo senso, più che l'assenza nelle fonti a noi pervenute, di tracce di critiche o dissensi in ordine ad essa, il fatto, già rilevato, che Ulpiano la assunse, senza ri-

la diversità della visione delle cose, ai criteri del *bonum et aequum*.

2) Pur ammettendo che, nella definizione dell'Alexy, la giustizia riproduca il *bonum* della definizione celsina, difettano in essa la teorizzazione dell'artificialità del diritto e la considerazione del criterio peculiare dell'*ars iuris*, rappresentato dall'egualianza proporzionale (*aequum*), nonché della sua connessione col *bonum*. Come mostra la definizione dello studioso, la duplice determinazione che la integra non ha colmato, in modo soddisfacente, il distacco dalle esigenze umane della concezione del diritto come insieme o sistema di norme.

¹¹⁰ Come nell'ambito del 'civil law' il diritto viene al presente comunemente ritenuto un insieme o sistema di norme, così nell'esperienza romana era comune la sua considerazione – al pari di quella di ogni altro prodotto umano – come *ars*, specificata nell'*ars* dell'*aequum*, integrato da Celso col *bonum*.

lievi giustificativi, a base della teorizzazione enunciata nell'*incipit* delle sue Istituzioni, delineando, sulla scorta di essa, i compiti del giurista, raffigurato quale *sacerdos iuris*, ed individuando nella medesima (nel diritto quale in essa definito) l'oggetto dello studio del diritto.

Come si è mostrato, nel diritto romano, in aderenza alle esigenze umane, non era posta al di sopra di tutto la norma generale e astratta, bensì la soluzione del caso, impingente in via diretta sugli interessi dei consociati. Sono note norme decemvirali, in cui *ius* indica la situazione giuridica posta in essere (e tutelata) nei casi concreti: 5, 3 (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*); 6, 1 (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*). Celso definì l'*actio* come *ius*¹¹¹. La teorizzazione paolina, già richiamata¹¹², circa i rapporti tra *regula* e *ius*, appare, più che dissonante, rivoluzionaria rispetto alle concezioni oggi dominanti. Per il giurista romano la *regula* è una

¹¹¹ Egli asserì che l'*actio* è nient'altro che *ius*. I rapporti tra le due definizioni del giurista, di *actio* come *ius* e di *ius* come *ars*, sono tuttora materia inesplorata.

¹¹² Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50.17.1: *Regula est, quae rem quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

rappresentazione sintetica (*brevis enarratio*) della *res quae est*, coincidente, nel campo giuridico, col *ius quod est*, a sua volta costituito dalle soluzioni dei casi. È consono al ruolo preminente, che si riconosceva a queste ultime, quello rappresentativo-strumentale attribuito alla *regula*, non in grado di offrire una determinazione in ogni caso appagante per le soluzioni stesse e che deve essere perciò modellata in via continuativa su di esse.

Il ruolo preminente della soluzione dei casi si estrinsecava, nell'esperienza romana, nella produzione e applicazione del diritto, le quali non presentavano, in essa, la configurazione che hanno al presente. Era estranea a tale esperienza l'idea, derivata dalla *legum permutatio* giustiniana, del legislatore che pone la legge, del giudice che la applica nelle sentenze e della dottrina esclusa da entrambe le funzioni. Sovente in essa si applicava, nei casi concreti, un nuovo *ius*, che da decisione per il caso specifico poteva tramutarsi, in virtù delle successive applicazioni, in norma generale e astratta. All'esperienza romana in materia non risultano applicabili le nostre attuali concezioni. Cerco di riassumerne, nei limiti di un quadro sintetico, gli elementi peculiari e qualificanti, distinguendo tra produzione del diritto mediante la posizione di norme generali e a-

ma fondamentale non può essere autorizzata da una norma superiore, essendo essa stessa la norma suprema del sistema giuridico. Al solito i presupposti, prima enunciati, vengono rinnegati nella lunga catena di equivoci e contraddizioni.

Nella dottrina pura del diritto la teorizzazione della norma fondamentale serve a giustificare la sottrazione delle norme che lo compongono, su di essa fondate, ad ogni discussione e valutazione. Questa sottrazione era già contemplata nella *legum doctrina* giustiniana sulla base di una diversa giustificazione, che può riassumersi nella sacralità delle *leges*, le quali avevano validità in quanto erano emanate dall'imperatore, investito del relativo potere – oltre dal popolo – da Dio e da lui guidato nella loro emanazione. Giustiniano poteva perciò proclamare che le *leges* costituivano il *templum iustitiae* e prescrivere che, come tali, si dovessero *et adorare et observare*.

Tra la *legum doctrina* giustiniana e la dottrina pura del diritto si coglie una differenza fondamentale. L'imperatore si riteneva vincolato ai criteri del *bonum et aequum*. Non si poteva anzi mettere in dubbio l'aderenza ad essi delle *leges* da lui emanate, stante l'assistenza divina di cui egli godeva, se pure, in virtù di questa assistenza, non aveva senso e

l'essenza (il *genus*) del diritto nell'*ars* umana che lo pone, lo interpreta e lo applica¹⁴⁵.

Come si è mostrato, la definizione celsina è una definizione reale. Appare invece certo che il Kelsen intese formulare una definizione nominale, muovendo dal significato di diritto accolto dalle correnti positivistiche ed integrandolo con la norma fondamentale, senza verificarne la rispondenza alla realtà e senza arrestarsi di fronte al suo difetto¹⁴⁶. Lo stesso Kelsen offre una descrizione dell'*iter* da percorrere, e da lui percorso, per definire il diritto, della quale riferisco i tratti che qui interessano: a) «Per giungere a una definizione del diritto, è consigliabile... prendere le mosse dall'uso linguistico», appurando «quale significato hanno il termine *Recht* in tedesco e i suoi

¹⁴⁵ Nel capitolo dedicato alla *Dinamica del diritto* (*La dottrina*, cit., 217 ss.), il Kelsen tratta in primo luogo della norma fondamentale, non esistente, come si è già accennato, nella realtà, ma da lui pensata per sopperire alla rimozione dell'artificialità del diritto, cioè del dato non solo sicuro, ma ovvio, che esso è prodotto, così com'è (in particolare caratterizzato dalla doverosità e dalla coercizione), da parte dell'uomo. Vd. *infra*, in questo §.

¹⁴⁶ In particolare la configurazione della norma fondamentale risponde, come si mostrerà, ad un'asserita esigenza logica, per un verso, solo supposta e, per l'altro, non appagata.

equivalenti nelle altre lingue (*law, droit, diritto*, ecc.)); b) «Da questa ricerca potrebbe... risultare che, con le parole ‘diritto’ e con i termini corrispondenti delle altre lingue, si designano oggetti così diversi da non poter essere compresi in un concetto comune. Ma questo non avviene» nel nostro caso. «Se noi infatti confrontiamo gli oggetti che presso i popoli più disparati e nei tempi più diversi sono stati designati come ‘diritto’, ne risulta... che tutti si presentano come ordinamenti della condotta umana»; c) «Un ‘ordinamento’ è un sistema di norme, la cui unità si fonda sul fatto che tutte le norme hanno lo stesso fondamento per la loro validità; e) tale «fondamento... è una norma fondamentale da cui si deduce la validità di tutte le norme dell’ordinamento»¹⁴⁷.

Occorre aggiungere che, secondo il Kelsen, il sistema di norme in cui consiste l’ordinamento giuridico ha una struttura gerarchica e che in esso coesistono, a lato di norme generali e astratte, norme individuali. Il diritto viene risolto nelle due categorie di norme. Scrive lo studioso: «... la produzione della costituzione ha luogo applicando la norma fondamentale, la produzione delle norme giuridiche generali, mediante la legisla-

¹⁴⁷ *La dottrina*, cit., 42.

Secondo assunto: «Soltanto un’autorità competente può statuire norme valide». La norma fondamentale – che, come si è visto, fa parte a pieno titolo del diritto positivo, è per se stessa valida e, in più, fonda la validità dell’intero sistema giuridico – è, invece, opera della scienza giuridica²¹⁴, a cui non si riconosce il potere normativo. Questa scienza, senza averne il potere e col solo pensiero, fa il miracolo di porla in essere.

Terzo assunto. La competenza a statuire norme valide «può riposare soltanto su una norma che autorizzi alla produzione di norme». Il gioco delle contraddizioni continua. La scienza giuridica, priva del potere di statuire qualsivoglia norma, non ha quello di porre la norma fondamentale. La scappatoia addotta dal Kelsen, secondo cui tale norma non è posta, ma presupposta o pensata dalla scienza giuridica, è un mero giro di parole, che lascia inalterata l’attribuzione, da parte dello studioso, della sua esistenza e configurazione alla predetta scienza²¹⁵. La produzione della nor-

²¹⁴ Come si è già notato, le rappresentazioni abituali dello studioso – che non appaiono fra loro del tutto coincidenti – sono ‘norma presupposta’ e ‘norma pensata’.

²¹⁵ L’alternativa, verso cui affiorano, come si è detto, oscillazioni, è l’autoproduzione.

la sua indimostrabilità.²¹² Forse lo studioso, scrivendo che «la norma presupposta come suprema vien *definita*²¹³ norma fondamentale», ha avuto qualche remora a dire apertamente che essa è (si intende nella realtà) la norma fondamentale.

²¹² Sono pure, a mio avviso, tra loro inconciliabili la riduzione del compito della scienza giuridica alla conoscenza e l'attribuzione ad essa della norma fondamentale. Né serve rilevare in senso contrario, come fa il Kelsen, che tale norma è solo pensata. L'elaborazione di un elemento nuovo, anche solo al livello concettuale, fuoriesce dalla conoscenza, limitata all'esistente e di cui pure tale elemento diventa oggetto. Peraltro, secondo il Kelsen, la norma fondamentale fa parte, a pieno titolo, dei diritti positivi, costituendone anzi, come espresso dal sintagma, l'elemento fondamentale. Cfr. *La dottrina*, cit., 265: «...la produzione della costituzione ha luogo applicando la norma fondamentale. La produzione delle norme giuridiche generali, mediante la legislazione e la consuetudine, avviene applicando la costituzione; e la produzione di norme giuridiche individuali, mediante le sentenze giudiziarie e le decisioni amministrative avviene applicando le norme generali ora viste». Non posso non manifestare il mio stupore per la disinvolta mescolanza, operata dal Kelsen, nella sua dottrina, tra pensato e reale. Essa non mi pare espressione dell'elaborazione scientifica, che, come tale, deve essere aderente alla realtà, ma piuttosto di arte prestigiatrice.

²¹³ Corsivo mio.

zione e la consuetudine, avviene applicando la costituzione; e la produzione di norme giuridiche individuali, mediante le sentenze individuali e le decisioni amministrative¹⁴⁸, avviene applicando le norme generali ora viste»¹⁴⁹.

L'abbaglio di fondo, nel quale è incorso il Kelsen nel costruire la sua dottrina, si rinviene nella purezza, la quale ne costituisce, a suo parere, il punto di forza, ma è priva, in realtà, di fondatezza. Come si è visto, i cardini della dottrina pura del diritto possono così riassumersi: essa ha come unico ed esclusivo oggetto il diritto, configurato come sistema di norme, e ne persegue esclusivamente la conoscenza, con radicale esclusione di ogni valutazione, che ne comprometterebbe la purezza.

¹⁴⁸ Sulle norme prodotte da «atti negoziali», non menzionati in questo luogo, vd. *La dottrina*, cit., 267, 287 ss.

¹⁴⁹ *La dottrina*, cit., 265. Cfr., a proposito delle sentenze, p. 267: «... la statuizione della norma individuale da parte del tribunale costituisce uno stadio di transizione di quel processo che, iniziato con lo statuire la costituzione, attraverso la legislazione e la consuetudine conduce alla sentenza giudiziaria, e, da questa, all'esecuzione della sanzione. Questo processo, in cui il diritto produce incessantemente se stesso *ex novo*, va dal generale (o astratto) al particolare (o concreto). È un processo di individualizzazione o concretizzazione sempre crescente».

I due cardini affondano la loro radice nella *legum doctrina* giustiniana¹⁵⁰, secondo cui i soli testi, ad un tempo legislativi e scolastici, dei quali potevano e dovevano servirsi i professori di diritto nell'insegnamento (il solo

¹⁵⁰ Ancora impartita agli studenti delle facoltà giuridiche tedesche, nella raffigurazione pandettistica, nei primi anni del 1900. Sull'insegnamento del diritto, riformato da Giustiniano, vd. *const. Omnem*, §§ 6 e 11, che riferisco nella traduzione accolta in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani*, cit., 35 e 37. Il § 6 riguarda gli studenti: «Gli allievi dunque, dato che sono stati rivelati loro tutti i segreti del diritto, non trovino nulla che resti nell'oscurità, ma *una volta studiato da capo a fondo tutto quanto è stato da noi ordinatamente raccolto tramite il servizio svolto da Triboniano, uomo eccelso, e da tutti gli altri*» [corsivo mio] «vengano riconosciuti sia come grandissimi oratori e guardiani della giustizia, sia come ottimi atleti e timonieri nella contesa giudiziaria, allietati dal successo in ogni luogo e in ogni tempo». Il § 11 è rivolto ai professori: «Iniziate dunque con la guida di Dio, a trasmettere agli allievi il sapere giuridico» (la *legum doctrina*) «e ad aprire loro la via che abbiamo individuato, affinché diventino ottimi servitori della giustizia e della repubblica ... ». (Al termine 'repubblica' è, a mio avviso, da sostituire, nella traduzione citata, il sintagma 'cosa pubblica': al tempo di Giustiniano non esisteva più da secoli la repubblica, ma era instaurato il dominio).

scienza giuridica, da lui stesso impersonata. L'asserzione che la norma fondamentale è solo pensata rende chiaro che, nella teorizzazione dello studioso, si sopperisce, pensandola, alla sua inesistenza nella realtà. Il pensiero sostituisce le cose. Sul punto il ragionamento del Kelsen può così riassumersi: la dottrina pura del diritto implica l'esistenza della norma fondamentale; siccome essa non esiste, si pensa (si fa finta, pensandola) che esista²¹¹. E il discorso viene chiuso con lo sconcertante riconoscimento che la validità della norma fondamentale non può essere dedotta da una norma superiore e l'ancora più sconcertante dichiarazione che «il fondamento della sua validità non può più essere discusso». Nella sostanza, il Kelsen, non sottopone la sua teoria sulla norma fondamentale alla consapevole e libera valutazione degli studiosi, ma chiede a se stesso e agli altri la fede in essa, nonostante

zazione, le quali, come le altre, sussistono o perché sono condivise da larga parte dei consociati o perché vengono – per quanto e finché è possibile – imposte, con la forza e il timore che essa suscita, da chi detiene ed esercita il potere.

²¹¹ Si sottintende che è irrilevante che essa non esista: basta pensarla.

norma fondamentale sono stati da lui disattesi. Per chiarezza li considero partitamente.

Primo assunto: «il fondamento della validità di una norma» è «la validità di un'altra norma». Il Kelsen ha riconosciuto l'impossibilità di darne la dimostrazione. Se, come egli ritiene, il diritto è un sistema a se stante, di norme, ognuna delle quali trae la propria validità dalla validità di una norma superiore, è impossibile pervenire alla norma fondamentale. Come egli dice, la sua ricerca non può proseguire all'infinito. La constatata indimostrabilità dell'assunto non ha fermato lo studioso. Convinto che la norma fondamentale sia un necessario presupposto logico della sua dottrina²¹⁰, egli ne ha attribuito l'invenzione alla

²¹⁰ Sembra opportuno ribadire che il Kelsen assume la norma fondamentale quale presupposto logico della dottrina pura del diritto, trascurando i dati della realtà attinenti al fenomeno giuridico, rimossi, come si è detto, da secoli, nella nostra tradizione, dalla scienza giuridica. Se in effetti si tiene conto, com'è doveroso nell'elaborazione scientifica, di tali dati, la norma fondamentale si appalesa, oltre che solo pensata, del tutto inutile e fonte di confusione. Nel diritto – come in ogni altro prodotto esclusivamente umano – tutti gli elementi e connotati (compresa la validità e la necessaria coazione), che esso presenta, dipendono dalla sua produzione. E si è già rilevato (*supra*, in questo §) che fanno parte del diritto anche le norme di organiz-

compito ad essi spettante)¹⁵¹, come pure i giudici e i funzionari imperiali, nell'esercizio delle rispettive funzioni, erano le raccolte apprestate dall'imperatore e le nuove *leges* da lui emanate, delle quali era richiesta e alle quali era circoscritta la conoscenza di tutti i ricordati uomini del diritto, con la rigida preclusione di ogni attività valutativa, ritenuta una sorta di sacrilegio. È significativa anche a questo proposito la citata prescrizione di Giustiniano – enunciata nei riguardi del Digesto, ma avente valore generale – di *has leges et adorare et observare*¹⁵².

Tra la *legum doctrina* giustiniana e la dottrina pura del diritto emerge una differenza: l'elaborazione dottrinale è inclusa da Giustiniano nelle *leges*, mentre è estranea, secondo il Kelsen, alle norme. Nella nuova visione è peraltro rimasto immutato l'obiettivo giustiniano costituito dall'estromissione – al livello declamatorio, non nella realtà – della dottrina dal circuito della produzione del diritto¹⁵³.

¹⁵¹ Nella visione giustiniana l'elaborazione dottrinale, rientrando tradizionalmente nell'*interpretatio*, era riservata, al pari della *conditio legum*, alla carica imperiale.

¹⁵² *Const. Tanta*, § 19.

¹⁵³ A tale estromissione concorreva la connessa rimozione, stabilizzata dalla *legum permutatio* giustiniana, di un altro elemento di rilievo dell'eredità perduta del

Nell'insieme la dottrina pura del diritto riproduce l'impostazione assolutistica della *legum doctrina* giustiniana, secondo cui era preclusa a tutti, salvo che all'imperatore, la valutazione del diritto e l'imperatore non incontrava limiti nel porlo e nell'elaborarlo. Nella dottrina kelseniana si rinvengono, infatti, sia l'esclusione della valutazione del diritto, sia il potere, riconosciuto al legislatore, di prescrivere legittimamente, con l'osservanza delle forme debite, qualsivoglia comportamento, anche disumano, criminoso, insensato. Appare palese la contrapposizione con l'antico sistema a base democratica, che si era formato nell'età repubblicana e venne sottratto, con successo perdurante ancora al presente¹⁵⁴, all'attenzione della scienza giuridica, dalla grande riforma giustiniana, raffigurata come *legum permutatio*.

Alla radice dell'abbaglio che inficia la dottrina kelseniana si trova la rimozione della definizione celsina del diritto, che ne enuncia

diritto romano: del legame, non eliminabile dalla realtà, tra l'elaborazione dottrinale e la formazione consuetudinaria. Cfr. F. GALLO, *Dottrina*, cit., 350 ss., 360 ss. (= *Riv. dir. civ.*, cit., 698 ss., 706 ss.).

¹⁵⁴ Come si è detto, anche dopo che da tempo il diritto romano viene studiato, almeno in grande prevalenza, come diritto storico.

– «Soltanto un'autorità competente può statuire norme valide e tale competenza può riposare soltanto su una norma che autorizzi alla produzione di norme»²⁰⁵.

– «...la norma che costituisce il fondamento della validità di un'altra norma è una norma superiore nei riguardi di quest'ultima»²⁰⁶.

– «...la ricerca di un fondamento di validità di una norma non può proseguire all'infinito... Tale ricerca deve terminare con una norma presupposta come ultima e suprema. Come norma suprema deve essere *presupposta*, in quanto non può essere *posta* da un'autorità la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata»²⁰⁷.

– «La... validità» della norma presupposta «non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso»²⁰⁸.

– La «norma, presupposta come suprema, vien definita norma fondamentale»²⁰⁹.

Gli assunti presentati come necessari dallo studioso per la configurazione della

²⁰⁵ *La dottrina*, cit., 218.

²⁰⁶ *La dottrina*, cit., 218.

²⁰⁷ *La dottrina*, cit., 218 s.

²⁰⁸ *La dottrina*, cit., 219.

²⁰⁹ *La dottrina*, cit., 219.

La configurazione della norma fondamentale non è possibile, rispettando la coerenza, nemmeno secondo le premesse enunciate dal Kelsen. La prova emerge, in modo inequivoco, dai passaggi salienti della sua argomentazione, che riferisco.

– «Il fatto che una norma riferentesi al comportamento di un uomo ‘sia valida’ significa che essa è vincolante, che l’uomo si deve comportare nel modo previsto dalla norma»²⁰³.

– «Il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un’altra norma»²⁰⁴.

comandamenti fondamentali («amerai il Signore Dio tuo con tutto il tuo cuore, con tutta la tua anima e con tutta la tua mente» e «amerai il prossimo tuo come te stesso»: Mt. 22, 36-39; cfr. Mc. 12, 29-31 e Lc. 10, 26-27) sono estranei al diritto. Nel Sermone della montagna, dedicato in primo piano all’annuncio delle beatitudini, l’imperativo «amate i vostri nemici» (Lc. 6, 27) non esprime, nell’esperienza terrena, un ordine assimilabile al precetto giuridico, ma un’esortazione. Francesco d’Assisi e Teresa di Calcutta non sono stati guidati nelle loro azioni, per le quali sono particolarmente ammirati, dall’idea del diritto e del dovere, ma dal sentimento dell’amore.

²⁰³ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 217.

²⁰⁴ *Loc.*, cit.

l’artificialità. A causa di essa, infatti, lo studioso non ha tenuto conto, nell’elaborarla, della distinzione tra cose naturali e cose artificiali e ha considerato il diritto alla stregua delle prime¹⁵⁵.

Non ho la capacità – e neppure l’intento – di addentrarmi nelle determinazioni filosofiche circa la conoscenza disgiunta dalla valutazione¹⁵⁶; mi atterro, quindi, nei miei rilievi, ai dati dell’esperienza, percepibili da tutti. La conoscenza, disgiunta dalla valutazione, trova riscontro nella realtà per le cose e i fatti che esistono e avvengono, e in quanto esistono e avvengono, indipendentemente dall’attività umana, quali il petrolio, i diamanti, i forti movimenti di masse d’aria provocati dalla bora. E anche per queste cose e questi fatti subentra la valutazione quando l’uomo se ne propone l’utilizzazione (ad esempio, l’estrazione – anche da bacini situati in profondità al di sotto delle acque del mare – e i tanti e sempre più sofisticati impieghi del petrolio), op-

¹⁵⁵ Rimossa l’artificialità, resta soltanto la produzione naturale.

¹⁵⁶ Mi permetto soltanto di esternare la sensazione, ricavata da incursioni in trattazioni filosofiche sul tema, che, come esistono, nel campo giuridico, accreditate teorie avulse dalla realtà, così non ne mancano nel campo filosofico.

pure avverte l'esigenza di difendersi da essi (ad esempio, dalle scosse sismiche dei terremoti o da piene alluvionali di corsi d'acqua). Per le cose la cui esistenza dipende interamente dall'uomo, tra le quali rientra il diritto, la valutazione è invece sempre inerente alla conoscenza¹⁵⁷.

Anche il Kelsen riconosce la capacità e possibilità di valutazione del diritto da parte dell'uomo, escludendola per non comprometterne la purezza¹⁵⁸. Nel sistema giustiniano il divieto di valutazione delle *leges* poste dall'imperatore trovava giustificazione nella comune

¹⁵⁷ Cfr. ARISTOTELE, *Opere*, 7, *Etica Nicomachea* (trad. PLEBE), Roma-Bari, 1973, 144, dove le puntualizzazioni relative all'architettura sfociano nella seguente generalizzazione: «Ogni arte riguarda la produzione e il cercare con l'abilità e la teoria come possa prodursi qualcuna delle cose che possono sia esserci sia non esserci e di cui il principio è in chi crea e non in ciò che è creato; infatti l'arte non riguarda le cose che sono o che si producono necessariamente, né per natura, in quanto queste cose hanno il loro principio in se stesse». Anche lo Stagirita muoveva, ovviamente nel quadro della sua impostazione, dalla fondamentale distinzione, assunta da Celso a base della definizione del diritto, tra cose naturali e cose artificiali.

¹⁵⁸ *La dottrina*, cit., 128: La dottrina pura del diritto «r i f i u t a» (spaziato mio) «di fornire una valutazione del diritto positivo».

servanza spontanea della generalità, o almeno di larga maggioranza, dei consociati²⁰².

²⁰² In argomento il KELSEN, *La dottrina*, cit., 217 s., sembra incorso in travisamenti anche nei riguardi della religione. Egli scrive che il fondamento della validità «dei Dieci Comandamenti... che son stati dati da Jehova sul Monte Sinai», e di quello di «amare i propri nemici... ordinato da Gesù, figlio di Dio, nel Sermone della Montagna... non è il fatto che Dio o il figlio di Dio... abbiano statuito una certa norma, bensì è una norma: la norma secondo cui si deve obbedire agli ordini di Dio e la norma secondo cui si deve obbedire agli ordini di suo figlio». Formulo le mie obiezioni. In primo luogo chi crede in Dio, signore e creatore di tutte le cose, non può non credere altresì nella validità dei suoi comandamenti, in quanto da lui emanati. (Nel sistema giustiniano la validità delle *leges* riposava sul fatto che erano emanate dall'imperatore investito congiuntamente del potere normativo da Dio e dal popolo). Né vale opporre, nella prospettiva kelseniana, l'infondatezza – non importa se vera o non vera – della credenza. Anche per Kelsen la norma fondamentale non esiste nella realtà, ma è solo pensata (è un ritenuto presupposto logico). In secondo luogo, anche la Chiesa, come istituzione, ha un proprio diritto, che è stato anch'esso codificato ed è distinto dal messaggio evangelico. Pure questo diritto, come ogni altro, non punisce, ad esempio, l'omissione consistente nel non amare i propri nemici. Anzi l'amore e il non amore, rientranti nei sentimenti, non interessano, per se stessi, al diritto. In terzo luogo il messaggio evangelico non può essere costruito sugli schemi e valutato nella prospettiva del fenomeno giuridico. I suoi

zione) e la sua produzione e applicazione in conformità al *bonum et aequum*²⁰¹. Celso, individuando nei componenti del binomio i criteri dell'*ars iuris* non si ispirò, come si è ritenuto, a principi della morale o della religione, ma considerò realisticamente per se stesso il fenomeno giuridico. Egli mirò, con l'applicazione di tali criteri, a rendere il prodotto umano detto diritto il più possibile adeguato allo scopo, per cui è posto, di assicurare una pacifica convivenza umana, mediante l'acquisizione, come suggerito dall'esperienza, anche con l'ausilio della coazione, dell'adesione e os-

enunciato nel passaggio *bonos - cupientes*), nonostante i tanti scritti – alcuni pure miei – dedicati al testo, è ancora in massima parte da recuperare.

²⁰¹ Cfr., da ultimo, nella prospettiva tradizionale (intendo dire al di fuori del recupero dell'eredità perduta del diritto romano), l'ispirata sintesi di A. GUARINO, «Exit», cit., 604 ss. L'ammirazione per essa non esclude l'esistenza di talune divergenze, anche profonde. Ricordo qui quella relativa alla *reine Rechtslehre* del Kelsen, da lui ritenuta, come si è già rilevato, «un esercizio di 'teoria generale'», a cui si addice l'aggettivo 'stupendo', e che io reputo invece, alla luce dell'eredità recuperata del diritto romano, viziata dall'ideologia, non fondata logicamente e disattenta alle esigenze umane per le quali è posto il diritto.

credenza¹⁵⁹ che egli, investito del potere da Dio, fosse assistito dalla divina provvidenza nell'emanarle, sicché non poteva porsi in dubbio la loro rispondenza al *bonum et aequum*. È difficile sottrarsi all'impressione che il Kelsen, venuta meno l'indicata giustificazione del divieto giustiniano tramandato nella tradizione, l'abbia sostituita, nella sua teorizzazione, con quella della purezza della dottrina giuridica¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Alimentata dagli uffici imperiali.

¹⁶⁰ Il mito della purezza dottrinale non trova mai compiuta realizzazione. Già N. BOBBIO, *La teoria*, cit., 375 s. (= *Diritto*, cit., 37 s.), riconobbe che lo stesso Kelsen non si astenne sempre dal valutare, pur non traendone «la conclusione che la teoria pura del diritto, come teoria indifferente ai valori», sia «illegittima». È opportuno, in ogni modo, sottolineare che il Kelsen ha creduto sino in fondo, senza tentennamenti, nella propria dottrina. Come si è detto, egli aveva subito su se stesso l'applicazione di norme razziali naziste. Con tutto ciò egli continuò, quando era rifugiato all'estero e dopo la caduta del regime nazista, a elaborare e professare la purezza della dottrina del diritto, secondo la quale avevano validità anche le norme indicate e il regime che le aveva emanate. È superfluo rilevare che, invece, nel medesimo periodo e nei decenni successivi del secolo scorso, tanti altri studiosi cambiarono o adeguarono le teorie e concezioni professate, in occasione del declino e crollo del nazismo, del fascismo e del comunismo.

La rimozione dell'artificialità ha aperto il varco ad altre distorsioni della dottrina pura del diritto, solitamente non rilevate nella scienza giuridica, per la condivisione di tratti portanti derivati dalla *legum doctrina* giustiniana. Considero tra esse: la personificazione del diritto; la negazione dell'esistenza di lacune nel sistema giuridico e la teoria della norma fondamentale. Nella teorizzazione dello studioso le prime due questioni appaiono tra loro connesse.

In un passo sopra riportato il Kelsen scrive che, nel processo che «va dal generale... al particolare» (dalla norma fondamentale a quella individuale) «il diritto produce incessantemente se stesso *ex novo*»¹⁶¹. La personificazione così enunciata del diritto non collima con la precedente asserzione, che i tribunali stabiliscono norme individuali¹⁶². La contraddizione è sintomo delle incertezze incontrate dallo studioso nel raffigurare il diritto, non considerato, qual è nella realtà, come prodotto umano. La personificazione del diritto è uno dei poli tra cui oscilla, nella raffigurazione teorica, la relativa rappresentazione. L'altro polo è costituito dalla considerazione dello stesso

¹⁶¹ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 267.

¹⁶² Vd. pure p. 265.

Per l'efficienza del diritto è necessaria, ma non sufficiente, la coazione. A tal fine occorre che sussista (che si formi e permanga) un'elevata dose di osservanza spontanea, per il cui conseguimento si richiedono: l'effettività e tempestività della coazione, l'educazione al diritto²⁰⁰ (anch'essa rimossa nella nostra tradi-

l'intreccio tra gli elementi di natura politica, economica e culturale «produca» la norma riferita, rappresentata come «una norma non scritta generalmente accettata», come «la vera *norma fondamentale* di ogni ordinamento costituzionale di natura pluralista, quella la cui effettività genera la validità di tutto ciò che ne consegue». La connotazione, espressa dallo Zagrebelsky con l'enunciato «deve valere per tutti» non si produce dopo l'entrata in vigore della costituzione, ma è connaturata ad essa (come per ogni norma giuridica generale e astratta) fin dalla sua emanazione. Dopo quest'ultima si ha la sua osservanza o non osservanza in vario grado.

²⁰⁰ Ovviamente distinta dalla formazione dei giuristi. Cfr. Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.1: *Cuius* [del *ius*, definito come *ars boni et aequi*] *merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Pure l'insegnamento impartito da Ulpiano ai propri allievi circa il compito della scienza giuridica (come egli dice concretamente, dei giuristi) fa parte dell'eredità perduta del diritto romano. Esso (è qui in gioco, in particolare, quello

i soggetti ad essa estranei. Per millenni, prima che il Kelsen inventasse la norma fondamentale¹⁹⁸, si è ritenuto valido il diritto posto in conformità alle norme di organizzazione. La supposta norma fondamentale, secondo cui «bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione», non aggiunge nulla alla doverosità, non resa da essa più cogente, della costituzione. Anche chi non crede in tale norma (e non è prescritto da nessuno che si debba crederci) non dubita della connotazione della costituzione e, in generale, del diritto come dover essere¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Scrive il KELSEN, *La dottrina*, cit., 226 che «la norma fondamentale non è ... il prodotto di una libera invenzione» e che «non la si presuppone arbitrariamente ... allorché si interpreta il senso soggettivo di un atto costituente e degli atti posti in essere conformemente a questa costituzione come il loro senso oggettivo, cioè come norme oggettive giuridicamente valide». Opportunamente è stato detto che non si devono moltiplicare inutilmente i concetti. Se il diritto si considera come prodotto umano, qual è effettivamente nella realtà, non si rinviene in esso la norma fondamentale e non è necessario pensarla per fondarne la validità.

¹⁹⁹ I rilievi critici valgono anche nei confronti di altre formulazioni della norma fondamentale, quale quella di G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 153: «la Costituzione deve valere per tutti». Secondo lo studioso, «ciò che occorre, per la forza della Costituzione, è che»

quale prodotto naturale, indipendente dall'attività umana. Rispetto alla realtà, viene rinnegata la funzione del diritto indicata dallo stesso studioso nella disciplina della condotta umana: si ha il disconoscimento che il diritto sia uno strumento apprestato dall'uomo per appagare una imprescindibile esigenza delle convivenze umane. Esso appare percepito come un'entità per un verso autonoma e per l'altro superiore (quasi una divinità o un'esplicazione del fato), a cui gli uomini sono sottoposti¹⁶³. Non può quindi stupire che

¹⁶³ Gli stravolgimenti indicati e l'indifferenza per la funzione del diritto sono enunciati dal KELSEN, *La dottrina*, cit., p. 87: «...la scienza giuridica prende in esame il comportamento umano nella misura in cui esso costituisce il fondamento di norme giuridiche»; pp. 226 s.: «...non ha importanza neppure se» l'ordinamento giuridico statale «garantisce effettivamente una situazione relativamente pacifica all'interno della comunità da esso regolata». («Nel presupporre la norma fondamentale» – prosegue lo studioso – «non si approva nessun valore che trascenda il diritto»). La sola cosa di cui non si può fare a meno, nel pensiero del Kelsen, è la norma fondamentale, che peraltro egli stesso riconosce non esistente, ma solo pensata (vd. *infra*, in questo §). Si devono esplicitare le conseguenze. Se pure, in ipotesi, in un sistema giuridico, non fosse punito il furto e disciplinato l'acquisto della proprietà e, a causa di queste deficienze, dilagasse il farsi giustizia da sé e fosse venuto meno il mini-

l'autore sia pervenuto, sul piano concreto degli interessi umani, a conclusioni, a mio avviso, aberranti, quale la soluzione da lui data alle lacune del diritto.

Mi introduco nella trattazione di questo problema, muovendo da un rilievo terminologico. Lo studioso rappresenta la teoria tradizionale, da lui rifiutata, con l'enunciazione «le cosiddette lacune *del diritto*»¹⁶⁴. Viceversa ne avvia la critica, affacciando il proprio punto di vista, secondo cui le lacune si cercano (esistono o non esistono) «*nel diritto*»¹⁶⁵.

Certamente se, come fa il Kelsen, si identifica il diritto con la norma posta e se ne ammette la sola conoscenza, con esclusione di ogni valutazione, non si colgono in esso lacune o altre carenze. Il dato non è anzi peculiare

mo accettabile dell'ordine, secondo il Kelsen, la dottrina dovrebbe limitarsi alla sua conoscenza, con l'esclusione di ogni valutazione. Le cose vanno chiamate col loro nome. La purezza della dottrina del diritto nasconde la privazione, per gli studiosi che la professano, della libertà di studio e di pensiero, insita nell'inerenza della valutazione alla produzione umana, fornendo insieme giustificazione, con l'indifferenza per qualsivoglia contenuto del diritto, anche alle norme più disumane dettate da chi detiene il potere di porlo.

¹⁶⁴ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 276 (corsivo mio).

¹⁶⁵ *La dottrina*, cit., 277 (corsivo mio).

altro organo o soggetto, si ha il miracolo di una norma esistente senza essere prodotta. Ancora, secondo il Kelsen, «le norme di un ordinamento giuridico devono essere statuite mediante un particolare atto di creazione»¹⁹⁶, mentre la norma fondamentale nel senso da lui inteso, la quale «istituisce la fattispecie fondamentale per la produzione del diritto»¹⁹⁷, è una norma solo pensata, vale a dire, se le parole hanno un significato, esiste soltanto in forza del pensiero e/o nel pensiero.

Non reputo opportuno procedere oltre, come sarebbe agevole, nel rilevare incongruenze – ovviamente secondo la mia valutazione – nella teorizzazione kelseniana della norma fondamentale. La critica che ne mostra, in radice, l'infondatezza è un'altra: la norma fondamentale non trova riscontro nella realtà; essa non reca alcuna utilità, creando anzi confusione.

Nel fine, perseguito dal diritto, di regolare la convivenza umana, rientra la strutturazione della comunità, per la quale esso è posto, in un ente personificato con i propri organi, idoneo ad operare ed entrare in rapporto sia con i membri che la compongono, sia con

¹⁹⁶ *La dottrina*, cit., 223

¹⁹⁷ *Loc.*, cit.

della costituzione» abbia «luogo applicando la norma fondamentale»¹⁸⁹. Non riesco a conciliare quest'ultima asserzione con l'idea, secondo cui la norma in oggetto, «essendo soltanto una norma pensata, la scienza giuridica», accertandone «l'esistenza, non si arroga l'autorità di statuire norme»¹⁹⁰ e nessun altro organo o soggetto l'ha posta in essere. Non riesco a capire come, per un verso, la presupposizione¹⁹¹ della norma in oggetto da parte della scienza giuridica rimanga «conoscenza»¹⁹² e come, per l'altro, la stessa norma determini «effettivamente la produzione della costituzione»¹⁹³. Secondo il Kelsen, la norma fondamentale, nella formulazione abbreviata, «suona così:... Bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione»¹⁹⁴. Più avanti lo studioso rileva che la scienza giuridica «non prescrive che bisogna obbedire agli ordini dell'autorità costituente»¹⁹⁵. Poiché, come si è detto, la norma fondamentale non è posta da

¹⁸⁹ *La dottrina*, cit., 265.

¹⁹⁰ *La dottrina*, cit., 230.

¹⁹¹ *La dottrina*, cit., 226, 229.

¹⁹² *La dottrina*, cit., 230.

¹⁹³ *La dottrina*, cit., 265. Il pensiero per se stesso creativo non appartiene all'uomo.

¹⁹⁴ *La dottrina*, cit., 226.

¹⁹⁵ *La dottrina*, cit., 230.

al diritto, come sembra ritenere lo studioso, ma ha valenza generale. In ogni oggetto, assunto e conosciuto così qual è, al di fuori di ogni valutazione, non emergono carenze o altri difetti, per la cui percezione occorre la valutazione secondo un criterio ad esso esterno¹⁶⁶.

Effettivamente nella nostra tradizione le lacune del diritto sono sempre state individuate in rapporto alla funzione, ad esso attribuita, di assicurare l'ordine nei raggruppamenti umani mediante un'adeguata disciplina dei rapporti tra i suoi componenti¹⁶⁷. Inoltre, nella nostra tradizione, si è percepita, fin da antico, l'inevitabilità di lacune e carenze del diritto, per l'impossibilità, già rilevata, del legislatore di prevedere e regolare tutto, nonché di mantenere adeguate, con le opportune modifiche, tutte le norme in vigore ai mutamenti producentisi nella sottostante realtà economico sociale¹⁶⁸. E le carenze indicate sono state co-

¹⁶⁶ Non esiste in realtà valutazione, se si eleva a criterio, per compierla, lo stesso oggetto così com'è.

¹⁶⁷ Si ritiene, ad esempio, che non possano esistere vuoti in tale disciplina, a proposito della tutela dell'integrità fisica e patrimoniale della persona.

¹⁶⁸ Si pensi, nella situazione italiana, alle miriadi di norme poste al livello supernazionale, nazionale, regionale, e che nessuno, neppure tra i cultori del diritto

munemente percepite, sulla scia di Giustiniano¹⁶⁹, nella tradizione romanistica, come mostrano gli appositi mezzi per lo più apprestati nei vari ordinamenti al fine di porre ad esse rimedio¹⁷⁰.

o i burocrati specializzati, può dire di avere tutte presenti.

¹⁶⁹ Il quale le imputava ai limiti della condizione umana: cfr. *const. Tanta*, § 13(14) e 18.

¹⁷⁰ Giustiniano, in conformità alle idee ispiratrici della compilazione, prescrisse, nella costituzione *Tanta* (§ 18 e § 21, ultimo periodo), sia per i vuoti normativi che per i casi dubbi, la rimessione, per la soluzione, all'imperatore. A distanza di un decennio, di fronte agli inconvenienti derivati dal sistema stabilito (soprattutto l'allungamento dei già lunghi tempi processuali e l'aggravamento delle spese), prescrisse che i giudici decidessero in ogni caso, senza più ricorrere all'autorità imperiale, le cause ad essi sottoposte secondo ciò che ad essi pareva *iustum legitimumque* (Nov. 125 del 543 d.C.). Nei codici moderni il rimedio più frequentemente adottato è l'analogia. (Vd. tuttavia, nel codice svizzero, l'art. 1 comma 2, del titolo preliminare; nel codice austriaco, § 7, è previsto, come rimedio ultimo, dopo l'impiego dell'analogia, il ricorso ai principi del diritto naturale). L'analogia ha tuttavia un limite: i nuovi casi possono essere, anziché simili, diversi, rispetto a quelli già regolati [appare esemplare la decisione emessa dal tribunale di Roma nel dicembre 2006 sul caso Welby, sulla quale vd. F. GALLO, *L'eredità (introduzione)*, cit. (= *Studi Martini*, cit., 148 ss.)]; d'altro canto, il rimedio non può trovarsi

dioso considera il diritto come un'entità a se stante o come un prodotto umano.

Non ho difficoltà a riconoscere che non riesco a penetrare il mistero della norma fondamentale. Non riesco a capire l'affiorante equiparazione tra il pensato e l'esistente, o comunque il fatto che la norma fondamentale viene presentata, nei diversi contesti, talora come presupposta e talora come esistente¹⁸⁵. Non riesco a capire come una norma solo pensata (e oltretutto non voluta¹⁸⁶) possa far parte, per di più costituendone l'elemento fondamentale, di un sistema giuridico positivo¹⁸⁷. Non riesco a capire come, da un lato, la norma fondamentale debba essere presupposta con riferimento «ad una certa costituzione»¹⁸⁸, e come, dall'altro lato, «la produzione

duplice qualifica della norma fondamentale, rilevando che essa «può essere soltanto una norma pensata come presupposto allorché si interpreta come sistema di norme giuridiche valide un ordinamento coercitivo, efficace nelle sue grandi linee».

¹⁸⁵ Sembra cogliersi un'oscillazione tra equiparazione e confusione.

¹⁸⁶ *La dottrina*, cit., 229 s.

¹⁸⁷ *La dottrina*, cit., 222: la norma fondamentale (qui detta «presupposta») «appartiene all'ordinamento giuridico, le cui norme sono prodotte conformemente» ad essa.

¹⁸⁸ *La dottrina*, cit., 226.

quella della seconda. In aderenza alla realtà occorre tenere presente che la produzione del diritto diverge, ad esempio, da quella dell'aspirina o di un telefonino, mentre è affine a quella della musica, le cui esplicazioni sono rappresentate con gli appositi segni dell'arte oppure tramandate nella memoria delle successive generazioni. Anche nel diritto l'elemento prescrittivo e l'apparato concettuale, in esso coesistenti, sono enunciati per iscritto oppure affidati alla memoria dall'una all'altra generazione, come avveniva in generale nell'antichità e si verifica ancora al presente, nonostante l'invasività della scrittura, nella consuetudine. Similmente alla musica anche il diritto è un elemento inerte; come avviene nella prima, tutte le esplicazioni del secondo sono opera dell'uomo.

Il Kelsen, partito dall'idea che il diritto, inteso come sistema di norme, abbia in se stesso, nell'elemento costituito dalla norma fondamentale, il fondamento della propria validità, è pervenuto a ricondurre tale norma all'opera dell'uomo, dal quale, egli dice, è presupposta e pensata¹⁸⁴. A volta a volta lo stu-

¹⁸⁴ *La dottrina*, cit., 230. In questa pagina lo studioso offre (dal suo punto di vista, in quanto, ai miei occhi, la sua raffigurazione, riferita alla realtà, è una sorta di 'buco nero': vd. *infra* nel testo) la spiegazione della

Il Kelsen è consapevole che il diritto è posto per regolare la condotta umana¹⁷¹ e che è opera dell'uomo¹⁷². Tuttavia, nella sua teorizzazione, per la salvaguardia della purezza della dottrina del diritto ha rimosso i dati di fatto percepiti, riassumentisi nell'artificialità, escludendo la valutazione del diritto posto e considerando irrilevanti il mancato consegu-

nell'inesistente diritto naturale. Soccorrono, invece, in proposito, opportunamente recuperati, i criteri attinenti alla produzione, interpretazione e applicazione del diritto, individuati, come si è mostrato, da Celso nel *bonum et aequum*.

¹⁷¹ *La dottrina*, cit., 42 ss.

¹⁷² In *La dottrina*, cit., 280 s., l'autore adduce, quale esempio, una legge che, come egli si esprime, «prescrive ... qualcosa di assurdo», soggiungendo che «questo non è escluso, poiché la legge è opera dell'uomo». La citazione, al di là dell'occasione per cui è fatta, evidenzia contraddizioni, in cui è incorso lo studioso, sia escludendo la valutazione del diritto positivo da parte della scienza giuridica e giustificando assurda una legge, se pure assunta come esempio, sia asserendo che la legge è opera dell'uomo e bandendo l'artificialità dalla teoria elaborata. Soprattutto conferma che l'ideologia ha indotto il Kelsen, come altri studiosi, a disconoscere e traviare dati della realtà. Da parte del Kelsen il travisamento ha coinvolto il suo stesso operato. Nel dimostrare che la scienza pura non valuta il diritto, egli ha giudicato, come si è visto, assurda una legge. Si deve ritenere che egli non abbia percepito, nel suo giudizio, una valutazione?

mento dello scopo, per cui esso è prodotto, dell'attuazione di un ordine accettabile nella convivenza umana, l'esistenza, in essa, di spazi, privi di regolamentazione e – occorre aggiungere – la prescrizione di comportamenti insani o criminosi.

La semplificazione così indubbiamente ottenuta è stata enunciata dallo studioso, al livello dottrinale, disconoscendo dati dell'esperienza e conculcando esigenze umane¹⁷³. Le difficoltà rilevate non sono superate, ma accantonate, nella raffigurazione teorica. Nella realtà esse permangono inalterate, come mostra l'esempio, addotto dallo studioso, del furto di elettricità. Egli scrive che «il fatto che l'ordinamento giuridico non contenga alcuna norma contro» tale furto non dà luogo ad «alcuna lacuna, intesa nel senso di inapplicabilità logica del diritto vigente»¹⁷⁴.

La limitazione della considerazione al profilo penale sembra nascondere un artificio

¹⁷³ Se, ad esempio, nella raffigurazione di un teatro, si considerano solo i muri esterni, la raffigurazione è certo semplificata, ma non può dirsi rappresentato il teatro con riguardo alla sua funzione (a ciò per cui è stato costruito).

¹⁷⁴ H. Kelsen, *La dottrina*, cit., 277 s.

te norma fondamentale, il fondamento «non enunciato, ma presupposto»¹⁸¹, della validità del diritto, sia incorso in un intreccio di incongruenze, contraddizioni e distorsioni, delle quali potrò considerare soltanto quelle, a mio parere, più significative¹⁸².

Il Kelsen considera decisivo l'argomento, secondo cui «dal fatto che qualcosa è non si può dedurre che qualcosa *deve* (*soll*) essere, così come dal fatto che qualcosa *deve* (*soll*) essere non si può dedurre che qualcosa è», desumendone che «il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma»¹⁸³.

L'argomento non è pertinente, perché, come mostrano gli stessi rispettivi segni, la deduzione è un'attività o operazione diversa dalla produzione. L'inesistenza (come, ovviamente, l'esclusione) della prima non implica

¹⁸¹ H. Kelsen, *La dottrina*, cit., 217 s.

¹⁸² Gli spazi lasciati all'ideologia, con i connessi scostamenti dalla realtà, sono dilatati e aumentati nella dottrina pura del diritto, rispetto alla *legum doctrina* giustiniana. L'adesione, spesso entusiastica, alla prima, da parte di successive generazioni di studiosi, non si spiegherebbe in assenza del complesso di ragioni sopra indicate (§ 1), congiunte alla forza distorcente dell'ideologia, che nasconde cose che esistono e fa vedere cose che non esistono.

¹⁸³ *La dottrina*, cit., 217.

Anche l'elaborazione, da parte del Kelsen, della norma fondamentale, è dovuta alla rimozione, in sede speculativa, dell'artificialità del diritto.

Se si ritiene che non possa sussistere una teoria scientifica fondata sullo stravolgimento della realtà¹⁸⁰ (che, ad esempio, assuma il marmo come liquido, anziché solido), non si può non applicare il parametro alla dottrina pura del diritto, che assume il diritto, non come prodotto umano, qual è nella realtà, ma come un'entità a se stante. Questa tesi non è dimostrabile, non potendosi con le parole cambiare le cose: nella specie far sì che il diritto non sia un prodotto umano, ma, come sostiene il Kelsen, se pure non senza contraddizioni, un'entità oggetto da parte della scienza giuridica di esclusiva conoscenza senza valutazione. Non può quindi stupire che lo studioso, nell'elaborare la dottrina pura del diritto, e in specie nell'individuare, nella inesisten-

tiche occorrenti per lo svolgimento delle funzioni indicate. Certamente è necessario, a tal fine, che egli recuperi i criteri del *bonum et aequum* e acquisisca la specifica *ars* per applicarli.

¹⁸⁰ Cfr., tra gli altri, N. BOBBIO, *La teoria*, cit., 357 (= *Potere*, cit., 17), secondo il quale la scienza «ha il compito di conoscere la realtà» e «senza oggettività non vi è scienza».

dialettico, forse inconscio¹⁷⁵, perché, in tema di lacune, si riconosce fondatamente al diritto penale un trattamento eccezionale. Com'è noto, nel sistema italiano vigente, è vietata, per le norme penali, l'analogia, come pure – si deve ritenere – l'interpretazione estensiva¹⁷⁶. La considerazione della persona umana (sostituita a quella dello *status* di cittadino) impone, secondo la formulazione accolta nella nostra costituzione¹⁷⁷, che «nessuno» possa «essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso». È però certo che la sottrazione di energia elettrica assume rilievo sul piano economico e giuridico indipendentemente dalla repressione penale. Per essere calzante l'esempio addotto dal Kelsen deve essere corretto nel senso dell'assenza di regolamentazione dell'energia elettrica¹⁷⁸.

¹⁷⁵ L'alternativa è rappresentata dalla mancata considerazione delle implicazioni giuridiche del caso considerato, consistente, tolta la qualificazione come furto, nella derivazione e utilizzazione abusiva (cioè senza consenso o accordo) di energia elettrica prodotta da altri.

¹⁷⁶ Vd. F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «disposizioni sulla legge in generale»*, in *Riv. dir. civ.*, XLVII, 2001, I, 1 ss.

¹⁷⁷ Art. 25, comma 2.

¹⁷⁸ Com'è ovvio, questa energia non è stata considerata dal diritto prima di essere ritenuta un bene, sia pure

L'artificio rilevato sembra riflettere le remore incontrate dallo stesso studioso nel sostenere *apertis verbis* che, nell'indicato vuoto normativo, la sottrazione dell'energia in questione deve ritenersi consentita, come lo è, ad esempio, il prelievo dell'acqua da una fonte comune. È agevole ipotizzare le conseguenze: o i produttori di elettricità si adopererebbero per sopprimere alla carenza normativa, provvedendo con propri mezzi a contrastare la sottrazione, ma minando così l'ordine perseguito col diritto, oppure diventerebbe impossibile la sua produzione e distribuzione.

Si profila una duplice conferma: le lacune del diritto non si rilevano ritenendo, contro la realtà, esaustive le norme poste, bensì allargando la considerazione agli spazi non regolati dalla legge e dalla consuetudine, ma per i quali esiste l'esigenza della regolamentazione; le lacune sono fisiologiche nella

diverso dalle cose prima utilizzate, sul piano economico e sociale. Oggi essa è uno dei beni primari dell'umanità, di cui appare ben difficile, *rebus sic stantibus*, fare a meno. Come avviene di solito, l'intervento legislativo e la stessa elaborazione dottrinale non sono stati tempestivi. Hanno certo nociuto, al riguardo, le dottrine positivistiche, secondo cui l'energia in questione, in quanto non oggetto di previsione normativa, sarebbe stata al di fuori del diritto.

previsione normativa, ma possono e devono essere colmate nel diritto¹⁷⁹.

¹⁷⁹ La teorizzazione del Kelsen in tema di analogia ha trovato applicazione nella sentenza citata *supra* nt. 170 sul caso Welby. Il giudice ritenne che il divieto di accanimento terapeutico rientrasse in «un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del Giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principî generali dell'ordinamento». Secondo la tesi del Kelsen, avrebbe avuto lo stesso esito, al tempo dello studioso, una domanda di risarcimento per sottrazione di energia elettrica. In fatto il giudice emette una decisione in tutti i casi, a lui sottoposti, pertinenti alla sfera giuridica. E la motivazione dell'assenza di previsione normativa conduce a respingere tutte le domande in cui essa è riscontrata, senza l'accertamento della ragione o del torto. Si presentava indubbiamente più plausibile (consono alle esigenze umane) la soluzione di Giustiniano, secondo cui, in presenza di effettivi o supposti vuoti normativi, il caso doveva essere rimesso, per la decisione, alla carica imperiale, se pure egli, a distanza di tempo, dovette constatarne l'inadeguatezza e ristabilire il compito dei giudici di giudicare tutti i casi ad essi sottoposti (cfr. *supra* nt. 170; la vicenda si ripeté, com'è noto, nell'esperienza francese a fine settecento-inizio ottocento). Il legislatore e il giudice sono persone umane, le quali emanano leggi e pronunciano sentenze in virtù della funzione di cui sono rispettivamente investiti, non dei talenti di cui sono dotati. Il che ha ovviamente valore generale. Ogni soggetto ha, in astratto, la possibilità di apprendere le cognizioni teoriche e pra-

ne risultava esclusa ogni valutazione. Secondo la dottrina kelseniana, la norma fondamentale prescrive l'osservanza della costituzione e dell'intero complesso normativo (norme generali e norme individuali) da essa degradante. La validità delle norme poste (che hanno assunto rilievo nell'elaborazione della tradizione romanistica) è data dalla loro emanazione nelle forme previste, quale che sia il loro contenuto. Scrive il Kelsen: la «norma fondamentale appartiene all'ordinamento giuridico, le cui norme sono prodotte conformemente» ad essa. «Il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto. Non esiste alcun comportamento umano che, come tale, a causa del suo contenuto, non potrebbe formare il contenuto di una norma giuridica»²¹⁶. E più avanti lo studioso ribadisce e aggiunge: «Non ha importanza quale sia il contenuto» della «costituzione e dell'ordinamento giuridico statale su di essa fondato né se questo ordinamento sia giusto o no; non ha importanza neppure se questo ordinamento garantisce effettivamente una situazione relativamente pacifica all'interno della comunità da esso regolata. Nel presupporre

²¹⁶ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 222.

la norma fondamentale non si approva nessun valore che trascenda il diritto»²¹⁷.

Se devo esprimere fino in fondo, senza remore, il mio pensiero, dico che le conclusioni, a cui è pervenuto il Kelsen, appaiono senza senso. Come si può pensare di assicurare col diritto la pacifica convivenza umana teorizzando la facoltà di prescrivere qualsivoglia comportamento umano, anche assurdo, disumano, criminoso²¹⁸? Come si può teorizzare, da parte di un giurista, che non importa se il diritto assicura o non assicura una situazione sufficientemente pacifica nella convivenza umana²¹⁹?

Gli interrogativi riferiti mettono in luce implicazioni rilevanti della sottesa riduzione del compito della scienza giuridica alla sola

²¹⁷ *La dottrina*, cit., 226 s. Come si è già rilevato, i criteri del *bonum et aequum* sono proprii del diritto (inerenti alle attività in cui esso si esplica), non espressioni di valori che lo trascendono.

²¹⁸ È superfluo, quanto facile, ripetere o ampliare l'esemplificazione: rilevo soltanto che, tra i comportamenti umani che possono prescriversi, rientra anche quello di non pagare i debiti.

²¹⁹ La teorizzazione riferita presenta coincidenze con l'affermazione, ad esempio, di un notaio, che non importa se l'atto da lui rogato non serve allo scopo per cui è posto in essere, ovvero di un orologiaio che non importa se un orologio non segna esattamente le ore.

spirano il superamento delle inadeguatezze riscontrate da N. Bobbio nella dottrina kelseniana.

FILIPPO GALLO

Professore Emerito di Diritto Romano

Università degli Studi di Torino

conoscenza, con esclusione di ogni attività valutativa²²⁰. Il giurista, che considera il diritto positivo nel suo funzionamento, ne percepisce di norma, se ci sono²²¹, le incongruenze.

²²⁰ La purezza dottrinale, alla cui salvaguardia è preordinata tale riduzione, ha esercitato una forte attrazione tra gli studiosi del diritto. La tesi riferita del Kelsen è stata, in specie, difesa da N. BOBBIO, *Diritto*, cit., 17, e ha influenzato, tra gli altri, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 3 ss., se pure egli si è limitato, nella sostanza, a respingere «la pretesa che una funzione utilitaria sia necessaria ed essenziale per la legittimazione del diritto comparato». L'argomentazione di questo studioso offre l'opportunità di alcune puntualizzazioni. Per indicare in generale lo scopo della scienza, avendo speciale riguardo a quella giuridica, egli esemplifica con l'astronomia, il cui scopo «consiste nella conoscenza della natura e dei movimenti degli astri». Come si vede, è ignorata la distinzione, già percepita da Aristotele, tra le cose che esistono per se stesse in natura e quelle che sono invece prodotte dall'uomo. Il discorso del Sacco appare pertinente per le prime, ma non per le seconde, nelle quali non può certo mancare la conoscenza, ma si presenta preminente il profilo del 'fare', espresso da Celso col segno *ars*. E al 'fare' non restano estranei i giuristi, i quali, in particolare, concorrono alla produzione del diritto e ne elaborano l'apparato concettuale.

²²¹ La condizione sembra superflua, non esistendo, nell'esperienza umana, ordinamenti giuridici perfetti:

Egli tuttavia, secondo la dottrina kelseniana²²², deve limitarsi alla sua descrizione, rientrando

che non presentino carenze e inadeguatezze, di solito crescenti col trascorrere del tempo.

²²² Largamente accolta a livello declamatorio, ma abitualmente disattesa, sul punto, dalla scienza giuridica, essendo ineliminabile il dato, se pure da essa rimosso, che il diritto è un prodotto umano rivolto a uno scopo determinato e, in quanto tale, non suscettibile di studio senza valutazione. Per questa ragione lucidamente Giustiniano aveva riservato l'elaborazione scientifica alla carica imperiale. Nella stessa linea, secondo il Kelsen, la scienza giuridica dovrebbe astenersi dall'esaminare criticamente (operazione richiedente valutazioni) una sentenza, un progetto di legge, una legge. Il che è semplicemente assurdo. Nella nostra attuale esperienza la valutazione del diritto è pane quotidiano. È sufficiente leggere la pagina di un giornale o sentire una trasmissione televisiva di carattere politico, per apprendere che esistono, in ogni settore considerato del diritto (civile, penale, processuale, ecc.), carenze e storture. Con stupefacente disinvoltura ogni parte politica mostra di avere pronta la ricetta per eliminarle, se ciò non fosse impedito dalla maggioranza od ostacolato dalla opposizione. Nella disputa intervengono esperti dei vari settori, per lo più portatori di precostituite e inamovibili convinzioni. Manca l'apporto della scienza giuridica non legata a gruppi di potere e per questo ignorata dalla politica: del giurista definito da Ulpiano *sacerdos iuris*, ad esso consacrato ed esclusivamente dedito. Il fatto non può stupire, perdurando ancora adesso gli effetti della *legum permutatio* giustiniana, secondo cui la produzione del diritto

dei connessi criteri, assunti come genere prossimo e differenza specifica nella definizione celsina. A causa della loro rimozione il Kelsen ha considerato il diritto alla stregua degli elementi naturali e modellato la scienza giuridica su quelle (ad es., l'astronomia) aventi ad oggetto tali elementi, coartando la libertà della dottrina giuridica, negando, contro la realtà, l'esistenza di lacune nel diritto e inventando l'assurdo, costituito dalla norma fondamentale, di cui non è riuscito a dimostrare l'esistenza e ha perciò richiesto la fideistica accettazione: una norma non posta dal legislatore, bensì solo pensata dalla dottrina, priva di potere normativo, ma che regge, ciononostante, la costituzione e l'intero ordinamento e che, nella costruzione kelseniana, apre la strada alla prescrizione di qualsivoglia comportamento umano, anche insensato o criminoso, e rende irrilevante lo stesso fatto che il diritto posto non risulti adeguato allo scopo, con esso perseguito, di assicurare una situazione sufficientemente pacifica tra i consociati. Secondo le stesse premesse accolte dallo studioso, la sua teoria, che non è basata sulla realtà, mette sullo stesso piano l'esistente e il pensato e trascura le esigenze umane, ha carattere ideologico e non può essere ritenuta vera scienza giuridica. Gli elementi recuperati del diritto romano i-

renza specifica (indicata con il binomio *bonum et aequum*) enuncia i criteri che guidano l'attività umana nel porlo e applicarlo, individuando nel contempo i fini perseguiti con la sua produzione e applicazione e i connotati che deve presentare il diritto prodotto e applicato. Grazie all'aderenza alla realtà e alle esigenze umane, essa evita l'illusione del giusnaturalismo (in quanto artificiale, il diritto non può essere naturale), come l'arbitrio del giuspositivismo. Senza l'individuazione dei criteri per la produzione e applicazione del diritto, rimangono gli attuali limiti di fondo del diritto e della scienza giuridica. A differenza della definizione celsina, la dottrina pura del diritto travisa la realtà e disconosce le esigenze umane. Essa ha come oggetto il diritto posto, considerato come un'entità a sé stante (sistema di norme) distaccata dalla realtà, e ne persegue esclusivamente la conoscenza, col rifiuto di ogni valutazione. È trascurato, al di là della rappresentazione ideologica dell'autore, il fondamentale profilo dinamico della produzione e applicazione da parte dell'uomo. Nell'insieme appare riprodotta, con peggioramenti, l'impostazione assolutistica della *legum doctrina* giustiniana. Gli equivoci e contraddizioni della dottrina kelseniana sono dovuti alla rimozione dell'artificialità del diritto e

nella conoscenza, astenendosi dal segnalare e illustrare le incongruenze rilevate, in quanto il loro stesso presupposto rilievo implica una valutazione²²³. Come sappiamo, siffatta co-

to e la sua *interpretatio* con risvolti creativi erano affare esclusivo della carica imperiale. Ancora oggi nelle nostre università mancano lo studio e l'insegnamento circa la produzione del diritto e sono gravemente inadeguati quelli relativi alla interpretazione. Cfr. F. GALLO, *Per lo studio e l'insegnamento della scienza e della tecnica della produzione interpretazione e applicazione del diritto nelle Facoltà giuridiche italiane*, in *Panorami*, IV, 1992, 1 ss. (= *Opuscula*, cit., 869 ss.). Secondo la *legum doctrina* giustiniana i professori di diritto dovevano limitarsi ad apprendere e trasmettere il contenuto delle *leges*; nella stessa linea, secondo la dottrina del Kelsen, la scienza giuridica deve limitarsi alla conoscenza delle norme generali e individuali (*in primis* le sentenze) del sistema giuridico. È difficile reprimere le domande: come si fanno (è in gioco, ovviamente, l'aspetto sostanziale) le leggi e le sentenze? E chi insegna a farle? Il grande successo della dottrina pura del diritto, inficiata da insanabili difetti, ha una spiegazione: essa offre una teorizzazione aggiornata di elementi profondi tramandati nella nostra tradizione dalla *legum permutatio* giustiniana.

²²³ Per mostrare il carattere antiideologico della sua dottrina, il KELSEN, *La dottrina*, cit., 128, afferma che «essa rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo» e che, «in quanto scienza, essa non si considera soggetta ad altri obblighi che a quello di afferrare il diritto positivo secondo la sua essenza e di compren-

strizione della libertà scientifica, rinverdata dal Kelsen, era enunciata nella *legum doctrina* giustiniana, anch'essa espressa nelle *leges*, secondo la quale era *in toto* riservata all'imperatore, insieme alla produzione e interpretazione del diritto, la sua elaborazione scientifica. Tutto ciò risponde all'ispirazione assolutistica del sistema giustiniano, ma non è compatibile con i sistemi democratici²²⁴, qual è il nostro, nel quale – occorre inoltre sottolineare – è specificamente sancita, al livello costituzionale, la libertà della scienza²²⁵.

Il difetto fondamentale, che inficia la dottrina pura del diritto, è la rimozione dei dati della realtà, connessa, nella nostra tradizione, con quella della definizione celsina del diritto. Effettivamente, se si assume che il diritto sia, com'è nella realtà, un prodotto umano posto in essere per un determinato scopo, oltre tutto di primaria importanza per la con-

derne la struttura mediante un'analisi». Il rifiuto di fornire una valutazione presuppone la possibilità di fornirla. Cfr. la frase successiva («in particolare, essa rifiuta di servire a qualsiasi interesse politico ...») e, su di essa, *infra*, § seguente.

²²⁴ In questi la tesi kelseniana appare, per un verso, un residuo del passato e, per l'altro, una stortura.

²²⁵ Art. 37, primo comma, Cost.: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

un lato, il mancato superamento delle inadeguatezze a cui si è fatto cenno, sia ad opera della comparazione che della teoria del diritto vivente e del costituzionalismo, e, dall'altro lato, il contrasto delle derive nichilistiche con l'indirizzo fattivo che ha sempre dominato nell'esperienza umana (dall'invenzione della ruota all'ideazione e costruzione di robot e veicoli spaziali). Secondo l'autore, la corretta ispirazione al superamento dei limiti e carenze dell'attuale diritto e scienza giuridica è offerta dal recupero dell'eredità perduta del diritto romano, il quale deve cominciare dalla definizione celsina del diritto come *ars boni et aequi*. La radicata concezione (un'incrollabile fede in una sorta di dogma) che l'essenza del diritto sia, o sia ritenuta, la norma (un complesso o sistema di norme) in ogni ambiente e luogo in cui è esistito ed esiste, ne ha impedito la comprensione. Essa è stata rifiutata, talora in modo sprezzante (se il diritto è norma, non può essere *ars*) oppure stravolta per adeguarla alle concezioni accolte. Eppure la norma, in quanto elemento del diritto, non può costituirne un genere appropriato, mentre si presenta tale l'*ars*, essendo il diritto un elemento artificiale, in tutto e per tutto dovuto all'opera umana. Nella definizione celsina il genere prossimo (*ars*) esprime l'artificialità del diritto e la diffe-

ABSTRACT

In apertura dello scritto si mostra l'esistenza, nell'area dei principi generali del diritto, dell'eredità perduta del diritto romano, costituita da istituti e concezioni eliminati nella lunga transizione dall'assetto repubblicano al dominato attraverso la fase del principato. L'eliminazione venne stabilizzata dalla *legum permutatio*, con la quale Giustiniano sostituì la *legum doctrina* all'*ars iuris*. Quest'ultima non è più stata recuperata, se pure nell'ultimo secolo – venuto meno l'*usus modernus pandectarum* – il diritto romano è stato essenzialmente studiato come diritto storico. L'ostacolo maggiore è da ravvisare nell'elaborazione della dogmatica, di cui è stata espressione la teoria bettiana dell'uso delle nostre attuali concezioni (assunte come dogmi) nello studio storico del diritto. Nei manuali e trattati di diritto romano non sono riferite, nell'area indicata, le concezioni teorizzate dai giuristi romani, bensì quelle attuali, con esse confliggenti, derivate dalla *legum doctrina* giustiniana. Viene quindi richiamata la diffusa insoddisfazione nei confronti dell'attuale diritto e scienza giuridica, ritenuti impari a fronteggiare le profonde trasformazioni in atto da vari decenni sul piano economico, sociale e culturale. E si rileva, da

venza umana, non si può non modulare e valutare la sua produzione e applicazione alla luce dello scopo stesso ed elaborare i criteri e ogni altro elemento occorrente ed utile per realizzarlo al meglio.

Non è sufficiente, a mio avviso, dire che la dottrina pura del diritto è fondata sulla sabbia. La sabbia, per quanto labile e inaffidante, esiste, mentre la dottrina pura del diritto è fondata, rispetto alla realtà, sul nulla: su parole e rappresentazioni da essa disancorate.

5. – Concludo la mia critica della dottrina pura del diritto²²⁶ con alcuni rilievi sulla

²²⁶ Con essa non ho inteso perseguire la completezza, bensì dimostrare, con l'ausilio dell'insegnamento celsino, l'inconsistenza e inattendibilità, sul piano scientifico, della teorizzazione kelseniana, non fondata sulla realtà, sfociante in conclusioni irrazionali (considerando, ad esempio, valida qualsiasi prescrizione, purché assunta nelle forme debite) e coartante, secondo l'ispirazione obiettivamente assolutistica di Giustiniano, la libertà della scienza giuridica, riducendone il compito alla conoscenza, con l'esclusione, in fatto impossibile, dell'attività valutativa. La dottrina critica è anche obiettivamente perniciosa, perché, in aggiunta alle ragioni indicate, riafferma il bando giustiniano della dottrina, in contrasto con quanto avviene nella realtà, dal circuito della produzione del diritto, compreso il suo necessario adeguamento ai mutamenti, piccoli e grandi, che si verificano immancabilmente

rivendicazione, da parte dell'autore, del suo carattere antiideologico.

L'illustrazione del significato, secondo cui il Kelsen sostiene che la «teoria pura del diritto ha un carattere antiideologico fortemente pronunciato»²²⁷ è da lui stesso riassunta – dopo la riaffermazione che «proprio grazie» alla «sua tendenza antiideologica la dottrina pura del diritto si rivela vera scienza giuridica» – in questi termini: «La scienza, infatti, in quanto conoscenza, ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto. L'ideologia, invece, nasconde la realtà, intorbidandola al fine di conservarla o di difenderla, o alterandola al fine di attaccarla, distruggerla e sostituirla con un'altra»²²⁸. In sintesi, mentre la

nella sottostante realtà economico sociale. (Penso agli effetti, tuttora persistenti, della stabilizzazione operata da Giustiniano dello sganciamento della formazione consuetudinaria dalla volontà popolare e della separazione della formazione stessa dall'elaborazione dottrinale). La dottrina pura del diritto è esemplare, a mio avviso, sotto diversi aspetti, in negativo. Il difetto forse principale è la sua costruzione su raffigurazioni verbali, di cui non appaiono ponderate le implicazioni che hanno nella realtà (addirittura giungenti, come si è visto, alla collocazione del torto sul piano del diritto).

²²⁷ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 128.

²²⁸ *La dottrina*, cit., 129.

strumentali rispetto all'attuazione del *bonum et aequum* nei rapporti umani. Anche sul secondo punto le aspettative del Bobbio appaiono appagate: la giurisdizione è sottoposta al diritto e le controversie vengono decise secondo il *bonum et aequum*²⁶⁴.

²⁶⁴ Il radicale cambiamento della visione del diritto a cui conduce il recupero dell'eredità perduta del diritto romano richiede un corrispondente mutamento nella formazione degli operatori e studiosi del diritto. Giustiniano aveva accompagnato la *legum permutatio* con un profondo rinnovamento degli studi giuridici, riducendoli, in specie, alla conoscenza delle *leges* imperiali, recanti anche la necessaria elaborazione concettuale. Lo studioso può soltanto suggerire il mutamento metodologico nel quadro normativo vigente. Mi sono già occupato in precedenti scritti del problema, che richiede peraltro una completa revisione. In questa nota posso solo indicare la direzione. L'attuale prospettiva dominante, ancora in linea con quella giustinianea, dell'insegnamento-apprendimento delle leggi, delle sentenze e dell'elaborazione dottrinale, deve essere sostituita con quella formativa dell'*ars*: del fare, con le necessarie cognizioni, l'interpretazione, le sentenze e, in alcuni insegnamenti specializzati, anche le leggi, in conformità ai supremi criteri del diritto costituiti dal *bonum et aequum* (secondo l'attuale rappresentazione dalla ragionevolezza ed eguaglianza).

to avveniva in relazione al caso concreto, il segno *ius* indicava sia il complesso delle decisioni dei casi, sia il mezzo processuale con cui si agiva, come la pretesa fatta valere in giudizio, e l'editto pretorio non era una codificazione delle norme, bensì dei mezzi processuali. Soprattutto era percepito, nel diritto, a lato del necessario profilo formale, il non meno necessario profilo sostanziale, costituito dalla rispondenza al *bonum et aequum*, senza la quale non era ritenuto esistente, per difetto del connotato essenziale, il *ius* inteso come soluzione dei casi²⁶³. Il pretore, che indicava in ogni controversia il *ius* (espresso con mezzi processuali) da applicare tra le parti, era sottoposto, come si è mostrato, al diritto così configurato, in forza del quale rientrava nel suo *officium* l'eventuale correzione, integrazione o disapplicazione, nel caso concreto, delle prescrizioni generali e astratte, pure esse

²⁶³ In questo significato, il *ius* era tenuto distinto dalle prescrizioni generali e astratte, la cui applicazione poteva corrispondere al *bonum et aequum* in un caso e non nell'altro. Tali prescrizioni erano lasciate in vigore dalle singole disapplicazioni, in casi concreti, da parte del pretore. L'abrogazione sopravveniva con loro prolungata e stabilizzata disapplicazione, la quale trovava solitamente espressione nell'espulsione dall'editto in alcuna delle revisioni annuali a cui provvedevano, assumendo la carica, i successivi pretori.

scienza scopre e conosce la realtà, l'ideologia la nasconde.

In appoggio alla propria tesi lo studioso adduce: la dottrina pura del diritto «propugna» la «tendenza» indicata «nel descrivere il diritto positivo indipendentemente da ogni confusione con un diritto 'ideale' o 'giusto'²²⁹... Essa rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo. In quanto scienza, non si considera soggetta ad altri obblighi che a quello di affermare il diritto positivo secondo la sua essenza e di comprenderne la struttura mediante un'analisi. In particolare, essa rifiuta di servire a qualsiasi interesse politico, fornendogli le 'ideologie' grazie alle quali l'ordine sociale viene legittimato o screditato»²³⁰.

Mi soffermo su tre punti, movendo dalla constatazione della persistenza del Kelsen nell'assumere come realtà la rappresentazione che egli ne offre.

Primo punto. Il Kelsen individua l'essenza del diritto nelle norme²³¹, configu-

²²⁹ Nel brano omissso si ribadisce ancora che la teoria propugnata è «una teoria del diritto radicalmente realistica, cioè una teoria del positivismo giuridico».

²³⁰ *La dottrina*, cit., 128 s.

²³¹ In *La dottrina*, cit., 114, lo studioso enuncia la nozione di 'normatività' confrontandola con quella di 'causalità'. Sulla scia (sempre senza esserne consape-

randolo come un sistema normativo gerarchico a se stante. A tal fine inventa la norma fondamentale e sussume le sentenze, i provvedimenti amministrativi e i negozi giuridici nella nozione di norma, qualificandoli norme individuali. Inoltre, in coerenza con la configurazione prospettata, elimina, come si è visto²³², il problema delle lacune, affermando la completezza del diritto così come si presenta, anche se non regola ambiti rilevanti della convivenza umana²³³. Palesemente lo studioso

vole) di Giustiniano, il quale presumeva che la *legum doctrina* (equiparata all'oro), da lui sostituita all'antico sapere giuridico (equiparato al bronzo), valesse, oltre che per il suo tempo, per ogni evo futuro, il Kelsen (p. 127) sembra attribuire alla concezione normativa un valore assoluto, osservando che, «come fino a che esiste una religione, deve esistere la sua teologia dogmatica ..., così, fino a quando esiste un diritto, deve esistere una dottrina normativa». È superfluo rilevare che l'asserzione è smentita dalla storia. Inoltre dallo stesso punto di vista delle esigenze umane (e quindi nell'esperienza terrena) ciò che sta al di sopra di tutto, nel diritto, non è ravvisabile nella norma, bensì nella soluzione di casi.

²³² *Supra*, § precedente.

²³³ Il diritto, quale produzione umana rivolta ad uno scopo determinato, non può non essere valutato in relazione ad esso. Come si è mostrato, nell'esperienza terrena le lacune sono inerenti alla produzione normativa, non essendo possibile ad alcuno prevedere e

plata l'eguaglianza (astrazione, rispetto all'*aequum*) e dalla quale è stata tratta in via interpretativa la ragionevolezza (astrazione, con mutamento di prospettiva, rispetto al *bonum*). Non è del pari dubbio che tali criteri si sono rivelati e appaiono idonei (nell'esperienza umana non si è trovato niente di meglio) all'appagamento dell'esigenza a cui è preordinato il diritto. Su questo punto le aspettative del Bobbio appaiono appagate.

Secondo punto attinente al rapporto tra teoria pura del diritto e sociologia. Nell'antico diritto romano non si aveva né la rigida sottoposizione delle decisioni dei casi alle norme generali e astratte, che caratterizza, al presente, sulla scia di Giustiniano, la visione positivista, né la libertà del potere giudiziario di discostarsi, nelle decisioni stesse, dal dettato normativo, come sostenuto da ultimo con la finzione teorica del diritto vivente. Movendo dalla constatazione che il diritto è stabilito *hominum causa* (per le singole persone costituenti la comunità da esso regolata), i giuristi romani ne individuarono il fine ultimo nella corretta soluzione dei casi, assicurata dall'aderenza al *bonum et aequum*. L'intero sistema giuridico (considerato sotto il profilo dinamico dell'artificialità) venne modellato su tale fine. Come si è visto, la produzione in via ordinaria del diritto

Nella loro elaborazione i giuristi romani hanno separato il diritto dalla religione e dalla morale. Essi non hanno sovrapposto la legge al diritto, ma l'hanno valutata, qual era, come una fonte di esso. Non hanno perseguito la giustizia, inafferrabile sul piano giuridico, bensì hanno cercato di rendere il diritto (posto da uomini per gli uomini) il più possibile rispondente all'esigenza per il cui appagamento esso è stabilito. Guardando alla realtà, i giuristi romani hanno teorizzato il dato fondamentale dell'artificialità del diritto e hanno individuato i supremi criteri che guidano l'attività umana nel porlo, interpretarlo e applicarlo. Non è dubbio che, come richiede il Bobbio, questi criteri non sono dedotti «da piani metafisici» o percepiti mediante «facoltà extra-empiriche, come l'intuizione», ma appartengono al diritto, come mostra, ad esempio, la nostra costituzione, nella quale è contem-

dottrina, hanno chiarito, al di là di ogni dubbio, che, per essa, le leggi emanate nelle forme prescritte hanno piena validità. Esse entrano quindi nella sfera del dover essere. La loro disobbedienza, sempre possibile, si concreta, nel sistema positivo, nella loro violazione, per la quale si applica la prevista coazione (ciò vale anche per la legge razzista applicata al Kelsen). Non è escludibile, anche nel Bobbio, il profilo della contraddizione.

non si è preoccupato di risolvere il problema, esistente nella realtà, degli spazi dei rapporti umani non regolati in relazione allo scopo del diritto: a lui è bastato rimuoverlo sul piano rappresentativo.

In generale il Kelsen non ha mirato a rendere migliore il diritto²³⁴, eliminandone o riducendone i difetti, ma a costruire una teoria per se stessa coerente²³⁵, senza tener conto, a tal fine, dei dati della realtà, rimossi o stravolti, e delle esigenze umane, gravemente disattese. Come si è mostrato, la norma fondamentale – da lui inventata per rimediare alla rimozione del dato della produzione umana del diritto²³⁶ – dà luogo ad un sistema inesistente

regolare tutto (si intende in relazione allo scopo perseguito col diritto). Per questo, da quando esiste il diritto, non sono mai mancate e continueranno ad esserci lacune (più in generale, carenze) nella previsione normativa.

²³⁴ Cioè il più possibile adeguato alle esigenze umane.

²³⁵ Non realizzando, peraltro, neppure questo intento. Vd., in specie, *supra*, § precedente.

²³⁶ Questo dato appare colto dallo studioso in enunciazioni incidentali. Vd., ad esempio, *La dottrina*, cit., 128: «Se... » il diritto positivo «si confronta con un ordinamento 'superiore', che pretende di essere diritto 'ideale', 'giusto'..., allora il diritto positivo, cioè il diritto statuito da atti umani, il diritto vigente, applicato e seguito nelle sue grandi linee, si presenta come il

nella realtà e costituente una stortura al livello concettuale: le norme effettivamente poste dall'uomo ed aventi, come tali, un'esistenza reale sono basate su una norma (appunto quella fondamentale) soltanto pensata e per di più, dalla dottrina, reputata priva del potere normativo.

Nel disegno kelseniano la sussunzione delle decisioni nei casi (sentenze e provvedimenti amministrativi) e dei negozi giuridici nella nozione di norma appare esemplare nel senso sopraddetto di non essere rivolta alla soluzione dei problemi del diritto o comunque a renderlo migliore (cosa che sta a cuore della generalità dei consociati, ma a cui si mostra indifferente, nella sua teorizzazione, il nostro studioso²³⁷), bensì a dare coerenza alla propria dottrina, che configura il diritto come un sistema gerarchico di norme²³⁸. Al solito la

diritto 'reale'... ». Anche in tali enunciazioni la percezione della produzione umana del diritto si presenta mutila, essendo esclusa la commisurazione allo scopo a cui la produzione stessa è rivolta. In ogni caso il dato della realtà è rimosso nella costruzione della dottrina pura del diritto.

²³⁷ *La dottrina*, cit., in part. 226 s.

²³⁸ Secondo il KELSEN, *La dottrina*, cit., 9, 13 e 265, «la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo» e la «conoscenza del diritto» ha ad oggetto le «norme che hanno il carattere di norme giuridiche» e,

ste in ciò: che la sua resistenza contro la legislazione sovrana non deve mai essere considerata altrimenti che come contraria alla legge, anzi come distruggente l'intera costituzione legale». Tuttavia il filosofo tedesco aveva in precedenza (p. 34) attribuito al *giureconsulto*, escluso dai tre poteri dello stato, il compito di ricercare, nelle leggi, «ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (*iustum et iniustum*)» alla luce della «ragione pura quale unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile», concludendo, sul punto, che «una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella, ma che, ahimé! non ha cervello». Anche il giureconsulto, escluso, come si è detto, dai tre poteri dello stato, fa parte del popolo che ha il dovere di sottostare a ogni prescrizione (anche all'abuso «persino quando questo ... è insopportabile») del legislatore e della legge. Non è escludibile, a mio avviso, la contraddizione. N. BOBBIO, nello scritto *Le fonti del diritto in Kelsen* (in *Diritto*, cit., 101 s.), dopo aver affermato che «per un positivista il problema del fondamento del diritto si risolve nel problema della *validità* delle norme giuridiche» e che «il positivista non si preoccupa della giustificazione assiologica delle norme ...», dipana l'argomento, muovendo dal brocardo *ius quia iussum non quia iustum* e concludendo con l'altro, non meno espressivo, *auctoritas non veritas facit legem*. Tuttavia, in un altro luogo (p. 21), l'illustre studioso aveva sostenuto che, dalla dottrina kelseniana non è deducibile «la regola 'che tutte le leggi, in quanto tali, debbano essere ubbidite'». Non si può non rilevare l'equivoco tra l'ubbidienza e il dover essere. Il Kelsen e lo stesso Bobbio, nell'interpretarne e difenderne la

Il suo recupero indirizza, a mio avviso, a dare le risposte che si attendeva il Bobbio. Seguendo la sua partizione, le prospetto distintamente nei riguardi dei due punti da lui enunciati.

Primo punto, attinente al rapporto tra teoria pura del diritto e diritto naturale. Premetto che la questione della validità della legge, in quanto tale o in quanto giusta, ha dilacerato eminenti pensatori, i quali, non riuscendo a coordinare le due contrapposte esigenze, sono stati indotti dall'impellenza di ciascuna di esse a cercare scappatoie o attenuazioni e contraddirsi. Ne forniscono esempi Immanuel Kant e lo stesso Norberto Bobbio²⁶².

²⁶² I. KANT, *La metafisica dei costumi* (trad. G. VIDARI, rev. N. MERKER), Bari, 1989, 148 ss., teorizzò, sulle orme di Giustiniano, il potere assoluto del legislatore e della legge (vd. pure, a p. 142, la raffigurazione del «potere giudiziario, che assegna a ciascuno il suo secondo la legge»). Scelgo, nella sua trattazione, due passaggi che ne esprimono il senso: a) «Contro il supremo legislatore dello stato non vi può essere... nessuna resistenza legittima da parte del popolo, perché soltanto grazie alla sottomissione di tutti alla sua volontà universalmente legislatrice è possibile uno stato giuridico»; b) «Il fondamento del dovere che ha il popolo di sopportare l'abuso del potere supremo persino quando questo è dato come insopportabile, consi-

configurazione ideata non può dirsi realizzata. Alla sommità del sistema è posta la norma fondamentale, che – oltre ad essere solo pensata – non è fondata, come postulato dal Kelsen, su una norma superiore²³⁹. D'altro lato, l'applicazione della norma individuale, non dà luogo, come egli stesso rileva²⁴⁰, ad una norma inferiore²⁴¹, ma ne costituisce l'esecuzione.

Di per se stessi i mutamenti delle denominazioni di cose ed elementi li lasciano immutati. I segni Costantinopoli ed Istanbul indicano la stessa città; parimenti gli aggettivi cieco e non vedente indicano la stessa menomazione fisica in specie degli esseri umani. Nel caso si ha peraltro la sussunzione in un'unica nozione di elementi fra loro disparati (la norma, nel significato corrente del linguaggio giuridico, di prescrizione generale e astrat-

strutturate gerarchicamente, formano il sistema giuridico.

²³⁹ *La dottrina*, cit., 217. A p. 265 lo studioso rileva, con riferimento al sistema giuridico statale, che la norma fondamentale non è «l'applicazione di una norma superiore».

²⁴⁰ *La dottrina*, cit., 265.

²⁴¹ Come avviene, invece, nel sistema giuridico statale da lui raffigurato, per la costituzione e per le norme generali poste con la legge e la consuetudine. Vd. in *loc.*, cit., la rappresentazione della struttura gerarchica di tale sistema.

ta, la sentenza, il provvedimento amministrativo e il negozio giuridico), col conseguente effetto distorsivo di dati della realtà. Tale sussunzione non è giustificata dal rilievo secondo cui «dicendo ‘norma’, si vuol dire che qualcosa deve essere o deve accadere, in particolare che un uomo *deve (soll)* comportarsi in un certo modo»²⁴². L’idea di «qualcosa» che «deve essere o deve accadere» appare sconfinata: essa abbraccia, senza delimitazioni, tanto la sfera del ‘dover essere’ che quella dell’‘essere’²⁴³. Come tale, essa non serve, nell’ambito giuridico, né a configurare un *genus*, selezionando gli elementi che presentano la medesima essenza o connotato essenziale, né a costruire una categoria utile, in quanto espressione di una unitaria disciplina giuridica, come avviene, ad esempio, per la categoria contrattuale. Sicuramente i quattro elementi indicati, sussunti dal Kelsen nella nozione di norma, non costituiscono, nel senso indicato, un genere o una categoria giuridica.

Quanto al rapporto tra la norma generale e astratta e la decisione del caso, raffigura-

²⁴² H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 13.

²⁴³ Nell’enunciazione del Kelsen il dovere dell’uomo di comportarsi in un certo modo, per quanto posto in rilievo, è un elemento della visione generale di qualcosa che deve essere o deve accadere.

ha formato oggetto, in Occidente, della riflessione sul diritto ed è dibattuto ancora nel presente²⁶⁰. Lo enuncio, ricalcando una fra le formulazioni più frequenti: la legge, in cui si esprime il diritto, è valida per se stessa (in quanto è legge), oppure, per avere validità, deve corrispondere alla giustizia?

Emerge, nella formulazione, l’equivocità insita nel segno giustizia, il quale, se inteso nel senso di conformità al giusto, indica un elemento pertinente alla religione e alla morale, ma estraneo al diritto, e, se assunto in quello di conformità al diritto (*al ius*), si presenta tautologico²⁶¹.

A mia conoscenza, il vero problema del diritto, travisato nella formulazione riferita e nelle altre che si tramandano in proposito, è stato percepito, impostato e risolto in modo corretto soltanto ad opera dei giuristi romani, la cui elaborazione in materia è stata successivamente rimossa dalla *legum permutatio* giustiniana ed è ancora al presente da recuperare.

le leggi e la patria, e dirai che ciò facendo operi il giusto, tu, il vero e schietto zelatore della virtù?».

²⁶⁰ Vd. G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit.

²⁶¹ Al di là della tautologia, il secondo significato non incontra critiche. Così concepita la giustizia non reca però criteri al diritto, ma è basata su quelli di esso.

kelseniana» è visto dal Bobbio nella «teoria della soggettività o irrazionalità dei valori». Lo studioso aggiunge che «è inutile dire che questo è uno dei problemi più dibattuti nell'attuale fase di svolgimento della filosofia non speculativa (cioè della filosofia la quale ritiene di non poter risolvere il problema dei valori ricorrendo a piani metafisici e a facoltà extra-empiriche, come l'intuizione)».

Il secondo punto attiene «al rapporto tra teoria pura del diritto e sociologia», rispetto al quale «il problema da chiarire ulteriormente e da sviluppare è», per il Bobbio, «quello della distinzione tra ricerca della struttura normativa del diritto e ricerca del contenuto delle singole norme, cioè tra teoria generale del diritto e giurisprudenza».

I due punti, indicati separatamente dallo studioso, esprimono le facce di uno stesso problema, che, almeno a partire da Socrate²⁵⁹,

²⁵⁹ Il riferimento è ovviamente al *Critone*, in specie §§ 12-13. Vd. trad. it. M. VALGIMIGLI, in PLATONE, *Opere complete*, I, Bari, 1974, 89 s., da cui traggio due interrogativi attribuiti da Socrate alle leggi: «...pensi tu forse che ci sia un diritto da pari a pari fra te e noi, e che, se alcuna cosa noi tentiamo di fare contro di te, abbia il diritto anche tu di fare altrettanto contro di noi?»; «...cosicché se noi tentiamo di mandare a morte te, reputando che ciò sia giusto, tenderai anche tu con ogni potere di mandare a morte noi, che siamo

to dal Kelsen come applicazione della prima mediante l'adozione della seconda, nel quadro di una struttura gerarchica dell'ordinamento²⁴⁴, occorre aggiungere che appare rispecchiata, nella soggezione gerarchica, la visione giustiniana del giudice come bocca della legge. A parte questo, la raffigurazione dello studioso disconosce e travisa, al solito, la realtà, nella quale, come si è già mostrato²⁴⁵ ed è oggi generalmente riconosciuto, la decisione del caso viene presa, all'occorrenza, in assenza e anche in difformità della previsione normativa²⁴⁶.

Secondo punto. In nome della purezza, la dottrina kelseniana «rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo». L'assunto è già stato esaminato²⁴⁷. Sono, in specie, da evidenziare gli elementi sottoindicati.

– La purezza dottrinale postula la limitazione del compito della scienza giuridica alla

²⁴⁴ *La dottrina*, cit., 265.

²⁴⁵ *Supra*, § precedente.

²⁴⁶ Avrebbe giovato, come giova a tutti, anche al teorico e filosofo del diritto Hans Kelsen, il confronto della dottrina elaborata con i dati della storia e dell'esperienza, di cui si trova ad esempio riscontro, nella nostra tradizione, nel codice civile austriaco (§ 7), francese (art. 4 tit. prel.) e svizzero (art. 1, comma 2, tit. prel.).

²⁴⁷ *Supra*, § precedente.

sola conoscenza del diritto positivo, con l'esclusione di ogni valutazione.

– Anche a questo riguardo il Kelsen offre una teorizzazione collimante col disegno di Giustiniano, il quale, ritenendosi titolare di un potere assoluto in forza della doppia investitura di Dio e del popolo, precluse ai giuristi del tempo (i professori di diritto) la valutazione della sua opera legislativa, riservando nel contempo all'imperatore l'elaborazione dottrinale ad essi sottratta.

– Il recupero del dato della produzione umana del diritto, rivolta ad uno scopo determinato, senza il quale il diritto stesso non ha ragione di essere²⁴⁸, rende manifesta l'esigenza, per conoscerlo, di considerarlo, sia dinamicamente che staticamente, in rapporto al suo scopo.

– Lo studioso che si occupa dell'applicazione del diritto positivo non può non coglierne le incongruenze e deficienze. La purezza dottrinale gli impone tuttavia di limitarsi a conoscerlo e descriverlo così come esso si presenta, astenendosi da qualsiasi valutazione,

²⁴⁸ E – si deve aggiungere – non sarebbe stato prodotto. La plurimillennaria esperienza storica mostra che, per assicurare l'ordine auspicato nelle convivenze umane, non sono apparsi sufficienti i precetti della morale e della religione.

enunciato dal Kelsen²⁵⁶, che la sua dottrina «non si rivela» nei fatti, contrariamente a quanto da lui asserito a parole, «vera scienza giuridica»²⁵⁷.

6. – Come si è già accennato, Norberto Bobbio²⁵⁸ ha indicato «le direzioni, in cui» a suo parere, «una critica del Kelsen sarebbe fruttuosa e costruttiva», suggerendo «due punti» da riesaminare.

Il primo punto attiene «al rapporto tra teoria pura del diritto e diritto naturale», rispetto al quale «il *punctum dolens* della dottrina

²⁵⁶ Rispondente peraltro alla comune concezione della scienza.

²⁵⁷ Il compiuto confronto tra la dottrina celsina e la dottrina pura del diritto richiede altre analisi ed approfondimenti. In particolare deve essere inserita nel confronto la definizione celsina di *actio*, anch'essa ricevuta nella compilazione giustiniana (D. 45.7.51; I. 4.6 pr.), ed esso deve essere esteso all'elaborazione, in tema di interpretazione, dell'antico giurista (D. 1.3.4; 11; 12; 17) e del moderno filosofo del diritto (capitolo finale della sua opera: pp. 381 ss.). Tuttavia la prolungata concentrazione che ha preceduto e accompagnato la stesura del presente lavoro, ha determinato in me un senso di saturazione per l'argomento, col desiderio di passare ad altri, almeno in apparenza, meno impegnativi. A Dio piacendo, lo riprenderò, con la residua capacità, in futuro.

²⁵⁸ N. BOBBIO, *Diritto*, cit., 39.

del diritto non consegue l'obiettivo perseguito. Essa, in aggiunta agli scostamenti rilevati dalla realtà, rifiuta la considerazione del diritto in rapporto allo scopo, per cui è prodotto, rispondente a un'imprescindibile esigenza umana²⁵⁵, e nega che la mancata disciplina di spazi dei rapporti umani rientranti nello scopo stesso dia luogo a lacune o comunque manchevolezze nel diritto, alle quali occorre porre rimedio. Obiettivamente essa disattende le esigenze umane, per cui è posto il diritto. Si deve quindi dire, secondo lo stesso parametro

²⁵⁵ La pacifica convivenza umana, a cui mira, nell'esperienza terrena, il diritto, non appare, ad esempio, meno rilevante, alla generalità delle persone, della prevenzione e cura delle malattie. Nessuno dubita, ad esempio, che, nella medicina, sia, non solo non scientifico, ma inconcepibile, il rifiuto di considerare se un determinato farmaco serva o non serva a prevenire o curare la malattia per cui è prescritto o se abbia o non abbia più o meno gravi effetti collaterali. Parimenti si ritiene assurda la negazione che il difetto di farmaci (si sottintende efficaci) per la prevenzione e la cura di una determinata malattia costituisca una manchevolezza, a cui occorre porre rimedio (ancora nella prima metà del secolo scorso non si conoscevano farmaci e metodi curativi adeguati per molte malattie del sangue; nei decenni successivi si è cercato, con notevole successo, di rimediare alla deficienza e si continua tuttora alacremente nella ricerca e sperimentazione di mezzi di cura sempre più validi).

anche se appare inidoneo allo scopo a cui è preordinato, anche se non contempla la sottrazione dell'energia elettrica o istituti di primaria importanza e anche se tutela il torto o prescrive comportamenti insani o criminosi²⁴⁹.

– La dottrina pura del diritto rimuove e travisa i dati della realtà, disconosce le esigenze umane e nega la libertà della scienza giuridica e dei suoi cultori. Come si è visto, Giustiniano aveva riservato all'imperatore l'elaborazione dottrinale tolta ai giuristi. Nella teorizzazione kelseniana essa, al livello declamatorio, appare eliminata²⁵⁰.

Terzo punto. La dottrina pura del diritto, grazie all'astensione da ogni valutazione

²⁴⁹ In ogni altro campo (non solo, ad esempio, nella medicina e nell'architettura, ma anche nel gioco del calcio e del tennis) tutto ciò sarebbe ritenuto un'assurdità e tale è pure oggettivamente – nonostante le remore, a mio avviso difficilmente comprensibili, a riconoscerlo – nel diritto.

²⁵⁰ Effettivamente nella dottrina pura del diritto, al livello indicato, non ne sembra avvertito il bisogno, come emerge dalla limitazione della considerazione al diritto positivo e dalla considerazione di quest'ultimo come un'entità a se stante sottratta ad ogni valutazione. Essa aumenta il divario dalla realtà, rispetto alla *legum doctrina* giustiniana e, come mostra il raffronto con la definizione celsina del diritto, è incompatibile con l'*ars iuris*.

del diritto positivo, non intende, «in particolare,... servire a qualsiasi interesse politico, fornendogli le ‘ideologie’» mediante le quali «l’ordine sociale esistente viene legittimato o screditato». Non è dubbio che, dal punto di vista teorico, la valutazione del diritto positivo può essere positiva o negativa, pro e contro, volta a combattere o difendere e sostenere la situazione in atto. Tuttavia, nell’esperienza storica, il divieto di valutazione e di commento delle leggi esistenti è stato disposto dal legislatore o ideato da uno studioso in appoggio unitamente al sistema giuridico in vigore ed al potere costituito. Con le sue prescrizioni in materia Giustiniano intese sottrarre a ogni critica e dubbio l’affermato carattere sacrale delle leggi emanate e, con esso, l’assolutezza ed esclusività del potere imperiale ad emanarle. Nella sua opera giuridica sui difetti della giurisprudenza il Muratori, ispirandosi a Giustiniano, propugnò l’adozione di riforme (tendenti alla codificazione) atte a estirpare le usurpazioni del potere legislativo da parte dei ‘dottori’ e ad impedirne la riproduzione in futuro²⁵¹. Con la dottrina pura del diritto il Kelsen fornì oggettivamente un supporto teorico

²⁵¹ L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (cur. SOLMI) Roma, 1933. Cfr., sul disegno muratoriano, F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 252 ss.

ai sistemi dittatoriali che si imposero in Europa nel secolo scorso²⁵².

In sintesi, come si è detto, secondo il Kelsen²⁵³ la scienza conosce la realtà, mentre l’ideologia la nasconde. Alla stregua dell’assunto, anche a mio avviso da condividere, la dottrina pura del diritto, la quale ne rimuove il connotato essenziale, costituito dall’artificialità, e lo configura, in contrasto con la realtà, come un sistema gerarchico a se stante di norme, in particolare asserendolo fondato sull’inesistente norma fondamentale e sussumendo nella nozione di norma, insieme alle prescrizioni generali e astratte, le sentenze, i provvedimenti amministrativi e i negozi giuridici, non può dirsi, come afferma a parole lo studioso, «radicalmente realistica», bensì si presenta, nei fatti, radicata nell’ideologia.

Come si è già notato, il Kelsen puntualizza che la scienza giuridica «ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto» e per questa ragione «si rivela vera scienza giuridica»²⁵⁴. Al di là degli intenti, la dottrina pura

²⁵² La prima trattazione della dottrina pura del diritto è comparsa, nella traduzione di R. TREVES, nell’*Archivio giuridico* del 1933, sotto il titolo *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*.

²⁵³ *La dottrina*, cit., 129.

²⁵⁴ *Loc.*, cit.