

tempo i giudici decidono i casi ad essi sottoposti⁴⁶.

A mia conoscenza la soluzione migliore, nel suo nucleo sostanziale, per la colmatatura delle lacune normative, è, nell'ambito dei paesi di tradizione romanistica, quella del codice civile svizzero. Tuttavia essa non pare esente da qualche contraddizione e soprattutto, come le altre, va integrata tenendo conto dell'artificialità del diritto.

Sono da considerare i commi 2 e 3 dell'art. 1 del titolo preliminare:

«Nei casi non previsti dalla legge, il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo le regole che egli adotterebbe come legislatore»

«Egli si attiene alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli»⁴⁷.

⁴⁶ Così come ha fatto anche il Giudice romano nella più volte citata decisione. Del resto il rifiuto di giudicare (vietato esplicitamente nel codice civile francese e in modo implicito negli altri ordinamenti a me noti) si traduce sempre, con immancabili ingiustizie, in una decisione favorevole all'imputato nel campo penale e alla parte convenuta in ambito civile e amministrativo.

⁴⁷ Nel codice civile austriaco il rimedio estremo per la colmatatura delle lacune normative è indicato nella decisione, da parte del giudice, «secondo i principi del diritto naturale...». Vd., su di esso, nonché per un confronto con il codice civile svizzero, F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, ed. completata, Torino, 1993, p. 327 ss. [Ribadisco ancora qui il mio convincimento circa l'inesistenza, nell'esperienza terrena, del diritto naturale,

VALORE PERDURANTE DEI CRITERI DEL '*BONUM ET AEQUUM*'

1. La perdita più grave, determinata nella tradizione romanistica dalla *legum permutatio* giustiniana, è – credo oggettivamente – quella dell'artificialità del diritto, alla quale attengono i criteri del *bonum et aequum* oggetto del presente intervento. Mi introduco alla trattazione del tema, indicando per sommi capi le più gravi conseguenze derivate nella scienza giuridica e nel diritto dalla rimozione da esso dell'artificialità.

Un aiuto è offerto dalla lucida trattazione (se pure – a me sembra – distorsiva della realtà) di Rodolfo Sacco sugli «scopi delle scienze»¹. Egli così riassume il proprio pensiero: «la scienza soddisfa il bisogno di conoscere, bisogno che caratterizza l'uomo; è questo il suo scopo». Prima lo studioso aveva esemplificato con l'astronomia, indicandone lo scopo «nella conoscenza della natura e dei movimenti degli astri». Più avanti egli ha osservato che la «verità» enunciata «è nota, in modo generale, anche al giurista», ponendo in via esemplificativa la domanda retorica: «quale trattato di diritto processuale civile contiene un capito-

¹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato diretto da R. Sacco*⁵, Torino, 1992, p. 3 ss.

lo volto a giustificare il carattere scientifico della giurisprudenza processualistica mediante un elenco dei suoi scopi pratici e delle sue utilizzazioni?».

Sono possibili diversi rilievi.

Il maestro di diritto civile e comparato non sembra aver tenuto conto della distinzione tra cose naturali e cose artificiali, percepita nella cultura occidentale almeno a partire da Aristotele e basata sulla diversità dell'agire umano nei confronti delle une e delle altre. Rientra, ad esempio, nella comune esperienza il fatto che l'uomo può ripararsi dai raggi del sole e sfruttarne l'energia, ma non gli è possibile modificarlo o sostituirlo, mentre è in suo potere modificare e sostituire il diritto, come, in generale, tutte le cose da lui ideate e poste in essere².

Anche il Sacco appare ancora influenzato³ dall'ideologia insita nella *legum doctrina*, sostituita da Giustiniano, nel quadro della *legum permutatio*, all'*ars iuris*. Nel sistema instaurato dal grande legislatore le *leges*, emanate esclusivamente dall'autorità imperiale ed alle quali tutti erano assoggettati, contenevano, unitamente al diritto, l'elaborazione dottrinale comprensiva della storia giuridica. I

² L'intervento umano sempre più invasivo sulle cose naturali non ha eliminato, dal punto di vista in considerazione, la distinzione tra esse e le cose artificiali, come mostra il confronto tra il sole e il diritto.

³ Penserei tramite l'intermediazione, nella fase più recente, della teorizzazione kelseniana, che ha avuto nell'ambiente torinese autorevoli sostenitori. Vd. su di essa *infra* in questo §.

serlo le cose umane): a) che continueranno in avvenire a presentarsi nuovi casi richiedenti, nella prospettiva del legislatore italiano, una disciplina eccezionale e nuovi comportamenti richiedenti una sanzione penale; b) che le situazioni e i casi nuovi che si presenteranno in futuro, proprio perché tali, potranno essere sia simili a quelli previsti che da essi diversi; o addirittura appartenenti⁴⁴ «a 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 principi generali dell'ordinamento».

Le previsioni, per quanto ponderate, non appaiono necessarie alla dimostrazione perseguita, la quale emerge dai dati della realtà. Dopo l'emanazione del vigente codice civile italiano, non solo non è cessata o diminuita la produzione legislativa, ma è cresciuta. Negli oltre settant'anni trascorsi da tale emanazione la quantità di provvedimenti legislativi prodotti supera la mia capacità di conoscenza⁴⁵. Ed è notorio che il legislatore non suole anticipare le nuove esigenze che si pongono nella realtà, bensì di regola le rincorre, per di più facendolo spesso con ritardo. Nel frat-

⁴⁴ Come si legge nella motivazione della decisione del Tribunale di Roma citata *supra*, nt. 42.

⁴⁵ La loro raccolta occupa almeno uno degli scaffali del mio studio.

presente le ragioni della previsione giustiniana appaiono cresciute in maniera esponenziale a causa delle prodigiose scoperte e innovazioni⁴¹ che si compiono, si può dire, in ogni campo⁴². Occorre aggiungere che, per le norme penali e quelle eccezionali, il legislatore italiano ha escluso l'applicazione «oltre i casi e i tempi in esse considerati»⁴³. Inoltre è sicuro (per quanto possono es-

stretti da vincoli giuridici. Se dunque avverrà qualcosa del genere, si implori il rimedio dell'imperatore, giacché Dio ha preposto alle realtà umane l'elevata condizione imperiale perché possa migliorare, ordinare e disciplinare con misure adeguate tutto ciò che di nuovo accade...».

⁴¹ Se pure queste ultime non sempre *in melius*.

⁴² Sono comunemente percepiti i grandi progressi nella medicina, incidenti sulla stessa procreazione dei figli. Non si poneva, ad esempio, in passato, il problema dell'accanimento terapeutico, al cui proposito vd. la decisione emessa dal Tribunale di Roma nel procedimento cautelare N.R.G. 78596/2006, relativa al caso Welby, oggetto al tempo di vivaci dispute, e, su di essa, F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *D@S*, VI, 2007 (www.dirittoestoria.it), p. 5 s.

⁴³ Art. 14 *Disposizioni sulla legge in generale*, recante la rubrica *Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*. L'espressione usata nell'articolo esclude, insieme all'analogia, l'interpretazione estensiva: non è possibile andare oltre l'ambito di applicazione stabilito da una norma senza estenderlo. Le diverse rappresentazioni di una stessa cosa non la cambiano. Vd., per un esame della disciplina in materia nel codice civile italiano alla luce della (superiore) carta costituzionale, F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «Disposizioni sulla legge in generale»*, in *Riv. dir. civ.*, XLVII, 2001, p. 1 ss.

giuristi, allora individuati nei professori di diritto, dovevano limitarsi ad acquisirne la conoscenza e trasmetterla agli allievi, astenendosi da ogni apporto personale⁴. Al presente la preclusione della valutazione del diritto, non più disposta autoritativamente, viene ristabilita con la loro teorizzazione dai giuristi⁵, in contrasto con le esigenze per cui esso è posto, con i dati della realtà e il loro stesso operato⁶.

Nella realtà esistono, insieme alle scienze, le arti. Forse non è possibile una precisa delimitazione tra le une e le altre. Tuttavia le arti, con il necessario bagaglio conoscitivo, sono rivolte al fare: sono servite e servono, con i loro prodotti, all'appagamento delle molteplici esigenze che si pongono nell'esperienza umana. Una critica decisiva dell'opinione in esame del Sacco è fatta dallo stesso Sacco, teorizzando più avanti, nel libro in considerazione⁷, «la dottrina» come «fonte del diritto».

Le conseguenze più devastanti della rimozione dell'artificialità del diritto si rinvergono, a mia conoscenza, nella dottrina pura del diritto elaborata da Hans Kelsen. Sotto l'usbergo della purez-

⁴ Ritenuto una perversione: cfr. *Tanta*, § 21.

⁵ Esattamente da un'autorevole corrente di essi.

⁶ Continuo a ritenere che si tratti – come avevo rilevato in *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, rist. Torino, 2011, p. 93, nt. 141 – di un'autocastrazione scientifica.

⁷ R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 70 ss.

za del diritto lo studioso praghese ha enunciato soluzioni a mio avviso aberranti. Rinvio, per la dimostrazione, al mio scritto già citato, imperniato sul confronto tra tale dottrina e la definizione celsina del diritto come *ars boni et aequi*⁸. Pensando tuttavia a un possibile lettore frettoloso, sintetizzo i tratti fondamentali della dottrina kelseniana.

a) La validità delle norme poste è data dalla loro emanazione dall'organo competente nella forma prescritta. Il diritto (insieme o sistema di norme) può quindi avere qualsiasi contenuto, può cioè prescrivere ogni comportamento possibile, anche assurdo, disumano, criminoso. Non ha neppure importanza il fatto che esso non risulti idoneo ad assicurare una situazione relativamente pacifica all'interno della comunità regolata.

b) Il compito del giurista puro – il solo, si intende, meritevole di questo nome – è circoscritto alla conoscenza del diritto studiato, con l'esclusione (l'autore parla di rifiuto) di ogni valutazione⁹.

⁸ F. GALLO, *Celso*, cit., in part. p. 67 ss., 92 ss.

⁹ Il Kelsen così argomenta: «La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo ... 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 «essa rifiuta di fornire una valutazione del diritto positivo». Osservo che il ripetuto uso, nel contesto, del condizionale 'vorrebbe' trova giustificazione

Occorre ancora mettere in luce la mancata rispondenza alla realtà della ritenuta idoneità dell'ordinamento in vigore (dei principi generali in esso presenti) alla colmatatura di tutte le lacune normative che si sarebbero presentate in futuro. Sul punto il legislatore italiano ha superato lo stesso Giustiniano, il quale, pur avendo orgogliosamente affermato la validità delle *leges* poste per il presente ed ogni evo futuro³⁹, prevede che in avvenire si sarebbero presentati nuovi fatti e situazioni bisognosi di disciplina legislativa⁴⁰. Al

«Relazione al disegno» della legge indicata, aveva precisato: «...l'autorità della Carta del Lavoro, Statuto fondamentale della rivoluzione fascista e corporativa, deve ispirare e sostenere tutta la compagine del diritto positivo italiano così nel presente come nell'avvenire. Essa deve costituire *ib* [corsivo mio] «criterio interpretativo della legge, così da attribuire un carattere organico e unitario a tutto l'Ordinamento giuridico». Com'è noto, i nuovi principi generali ed il criterio così introdotti (di cui è superfluo rilevare la forte impronta ideologica: per quanto sia importante, il lavoro non esaurisce la sfera dei rapporti umani regolati dal diritto) furono implicitamente abrogati dal d.lgs.lt. 16 dicembre 1944, n. 95. Non si può peraltro dire che sia stata eliminata l'idea sottostante. Vd. *infra*, nt. 54.

³⁹ *Const. Tanta*, § 93.

⁴⁰ *Const. Tanta*, § 18 (di cui riferisco la traduzione tratta da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, a cura di S. Schipani, Milano, 2005, p. 49): «Ma poiché, mentre le realtà divine sono perfettissime, il diritto umano ha la caratteristica di essere in infinito movimento e di non avere nulla che possa star saldo in perpetuo (giacché la natura è propensa a produrre sempre nuove forme), non dubitiamo che in futuro possano emergere degli affari che non sono ancora

zioni sogliono essere sussunte nell'analogia, distinta in *analogia legis* e *analogia iuris*. L'analogia (in sintesi: l'applicazione di una norma disposta per un caso ad un altro caso reputato simile) si ha peraltro solo nella prima; nella seconda ('decidere secondo') si fa un'altra cosa: si trae dal principio la norma da applicare.

La prescrizione del ricorso ai principi generali come rimedio estremo, per la decisione dei casi, ha un'altra implicazione. Alcuni dati appaiono sicuri: i principi generali preesistono alla decisione dei casi; essi sono presenti nell'ordinamento posto dal legislatore, il quale, come li ha validamente posti, così può validamente rimuoverli o modificarli. Da questi dati si ricava che, nella visione positivista, il legislatore non risulta vincolato da alcun principio o criterio; viceversa egli lo è, come si è detto, in quella dell'artificialità, secondo cui, come supremo artefice, deve seguire (e lo deve prima di tutti)³⁷ i canoni dell'arte³⁸.

³⁷ Dei giudici, pubblici funzionari, giuristi.

³⁸ È sicuro che il legislatore italiano del tempo in considerazione si muoveva nella prospettiva positivista. L'art. 1, l. 30 gennaio 1941, n. 14, «sul valore giuridico della Carta del lavoro» (la quale, a tenore del r. d. 16 marzo 1942, n. 262, con cui venne approvato il testo del codice civile, era premessa al testo stesso unitamente a quello della «Carta del lavoro» ed alle «Disposizioni sulla legge in generale») disponeva: «Le Dichiarazioni della Carta del Lavoro costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge». Il Ministro Guardasigilli, nella

Mi soffermo su elementi ed aspetti che avevo trascurato, o comunque non adeguatamente considerato, nella mia precedente trattazione in argomento.

È certo che il Kelsen non ha tenuto conto, nella sua teorizzazione, dell'artificialità del diritto. I criteri ad essa inerenti escludono infatti l'irri-

nella realtà, nella quale la dottrina pura del diritto non ha eliminato la valutazione, ritenuta impura, del diritto studiato nemmeno da parte dei suoi fautori. Rilevo tuttavia che l'idea del giurista puro era già stata affacciata da Santi Romano nell'illuminante saggio su *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, apparso nell'*Archivio giuridico* del 1901, ora in *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, I, Milano 1950 (vd., sul punto considerato, p. 114 s.). Il Romano aveva precisamente raffigurato il «puro – per così dire – giurista», il quale si occupa esclusivamente del diritto positivo, astenendosi, a differenza del filosofo, del sociologo e del politico, da ogni sua valutazione, a cominciare da quelle circa la giustizia o ingiustizia degli atti che mirano alla caduta di un ordinamento esistente. Sembra verosimile che il Kelsen – il quale, com'è noto, ebbe, tra l'altro, significativi rapporti con studiosi italiani – abbia tratto spunto per l'elaborazione della dottrina pura del diritto dalla raffigurazione del giurista puro da parte di Santi Romano. La mia esperienza, per quanto limitata, non consente di ritenere per se stessa probante, in senso contrario, la mancata citazione. [Non mi soffermo sull'analisi delle posizioni dei due studiosi e sulle differenze tra esse, osservando solo che nella raffigurazione del Romano appare incerta la collocazione del filosofo del diritto tra i filosofi oppure tra i giuristi e che la dipendenza dalla visione giustiniana è più estesa e puntuale nel Kelsen che nel Romano].

levanza del contenuto del diritto¹⁰. Sono stato tuttavia affrettato nel trarre in via generale la deduzione secondo cui il diritto, a causa della rimozione della sua natura artificiale, viene considerato alla stregua degli elementi naturali. La deduzione non è vera in assoluto.

Sembra più esatto ritenere che il Kelsen¹¹ abbia considerato il diritto un *quid unicum*, così come aveva già fatto Giustiniano. Ne è prova l'esclusione, per esso, di ogni valutazione, invece abituale pure per le cose naturali da parte dell'uomo, al fine di utilizzarle, come per difendersi da esse, nei limiti delle proprie possibilità¹².

¹⁰ Per quanto posso capire, tale declamata irrilevanza è una assurdità (dovuta all'ideologia), che rimane tale nonostante il suo paludamento scientifico. Il diritto, posto dall'uomo per l'appagamento di esigenze umane, non può non essere valutato, sempre dall'uomo, con riguardo al contenuto e ai fini perseguiti: una cosa è la prescrizione di prestare la propria attività lavorativa come prigioniero in un campo di concentramento e ben altra la normativa prevedente la sua libera prestazione. Ho addotto un confronto limite; peraltro il rilievo fatto vale in generale per il diritto, incidente sulla vita degli esseri umani per i quali è posto.

¹¹ La valutazione va fatta per ogni singolo studioso.

¹² L'esclusione della valutazione per le cose artificiali, quale il diritto, è un'assurdità. Come si deve modificare o rifare un anello che non entra nel dito della signora per la quale è stato costruito, così si deve correggere o mutare la disciplina di un rapporto rivelatasi ad esso inadeguata. In entrambi i casi risulta indispensabile e determinante la valutazione.

'precisa disposizione' per indicare la norma disciplinante un caso determinato. Il sintagma lascia presagire che anche in assenza di siffatta disposizione non difetta nella legge l'indicazione per la soluzione dei casi che si presentano: essa si rinviene, com'è quindi esplicitato, nelle norme che regolano casi simili o materie analoghe, o comunque, se esse mancano o appaiono inadeguate, nei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Nell'articolo non è menzionata – a differenza, ad esempio, del codice civile svizzero – la consuetudine. Il dato, se pure trascurato, riveste grande rilevanza per le sue implicazioni. L'obliterazione della consuetudine nella disciplina della decisione dei casi è più significativa della sua degradazione, sul piano terminologico, agli 'usi'. Essa mostra concretamente che, al livello ufficiale, la consuetudine non è una fonte autonoma del diritto, avente per se stessa validità, bensì che la sua esistenza e validità dipendono dalla legge. Si raggiunge, mi pare, la sublimazione del sistema legislativo.

Nell'articolo in oggetto è usata una terminologia diversa per il ricorso alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe e per quello ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato: la prima è «si ha riguardo a», la seconda «si decide secondo»³⁶. Entrambe le opera-

³⁶ Una terminologia ancora diversa ('decidere con') è usata per i casi contemplati in una «precisa disposizione».

presenta in comune, rispetto a quanto sostengo nel mio intervento, l'incompatibilità, dovuta alla mancata considerazione del dato della realtà costituito dalla artificialità del diritto e alla conseguente mancata percezione dei connessi criteri che guidano ogni attività in cui esso si esplica³⁴.

Nel mio intervento – che non può andare oltre un'introduzione al tema – concentro l'attenzione sulle fonti citate.

4. – Comincio dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, formulando alcune notazioni esegetiche, se pure l'esegesi appare al presente in disuso³⁵.

L'articolo reca la rubrica *Interpretazione della legge*, comprendente la decisione (l'elaborazione ad essa sottesa) dei casi non contemplati nelle norme poste. Nella stessa prospettiva è usato il sintagma

cenda rappresentata dal maestro tedesco, secondo cui «soltanto l'epoca postclassica ha creato una dottrina che ha parificato il diritto consuetudinario al legale» va capovolta. Anch'egli ha del tutto ignorato l'antico *ius moribus receptum* che aveva rango eguale alla legge ed era ancora operante negli ultimi secoli della repubblica. Inoltre non è vero che la *consuetudo*, configurata fin dal suo riconoscimento come fonte subordinata alla legge, sia stata successivamente ad essa parificata nell'esperienza romana].

³⁴ Si tratta di visioni contrapposte: la scelta dell'una implica il rifiuto dell'altra.

³⁵ Essa non suole più formare oggetto di insegnamento: è ritenuta uno strumento obsoleto.

Nel sistema giustiniano l'esclusione della valutazione del diritto aveva fondamento nella duplice investitura, umana e divina, dell'imperatore, accompagnata dal convincimento (alimentato dalla fede cristiana)¹³ che egli fosse assistito dalla divina provvidenza nell'emanare e interpretare il diritto espresso nelle *leges*.

Nella prima metà dell'ottocento lo Hegel, dando veste filosofica alla visione giustiniana¹⁴, divinizzò in qualche modo lo stato, vedendo in esso l'ingresso di Dio nel mondo. Nella prospettiva hegeliana della divinizzazione dello stato appare coinvolto il diritto.

Nel secolo successivo il Kelsen perseguì un obiettivo meritorio: la teorizzazione del diritto per se stesso, separato in particolare dalla religione e dalla morale¹⁵. La sua argomentazione è stata

¹³ Non pare dubitabile in Giustiniano la fede cristiana. Tuttavia la declamazione in testi legislativi dell'assistenza della divina provvidenza all'imperatore ha in se stessa un elemento propagandistico, diffondendo il convincimento che le leggi emanate dall'imperatore, assistito da Dio, sono oggettivamente le migliori possibili. Le implicazioni sono ovvie: non risulta pensabile la loro contestazione e la loro stessa valutazione si presenta, oltre che inutile, pericolosa, non ritenendosi estesa ai giuristi l'assistenza della divina provvidenza.

¹⁴ Vd., in argomento, F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014, p. 8 ss.

¹⁵ Tale obiettivo era già stato conseguito, nell'antica esperienza romana, da Celso figlio: cfr. F. GALLO, *Celso*, cit., p. 67 ss. Peraltro, al tempo di Kelsen, la dottrina celsina, ri-

tuttavia inficiata dalla mancata considerazione della natura artificiale del diritto: del fatto che esso è una produzione umana. La dottrina pura del diritto, elaborata dallo studioso in contrasto con l'effettiva natura di esso, non solo non trova rispondenza nella realtà, ma non sembra neppure rispettare il basilare principio logico di non contraddizione¹⁶.

Secondo il Kelsen, il fondamento della validità di una norma (come di un sistema di norme) è la validità di un'altra norma di rango superiore. Lo stesso studioso ha peraltro riconosciuto l'impossibilità di dimostrare l'assunto. Se infatti il diritto è un sistema a sé stante di norme, ognuna delle quali trae la propria validità dalla validità di una norma superiore, diventa impossibile risalire alla 'norma fondamentale' del sistema. La sua ricerca, come egli rileva, non può proseguire all'infinito. La constatata inesistenza della norma fondamentale non ha tuttavia indotto il Kelsen a rivedere la propria teoria. Alla constatata inesistenza in fatto di tale norma, egli ha ritenuto di poter sopperire con la forza del pensiero: pensando cioè che essa esista¹⁷ e ponendola al riparo da

mossa a seguito della *legum permutatio* giustiniana, non era ancora stata recuperata dalla stessa scienza romanistica.

¹⁶ Vd. più ampia argomentazione in F. GALLO, *Celso*, cit., p. 92 ss.

¹⁷ In realtà fingendone l'esistenza, perché col solo pensiero, disgiunto dall'azione, l'uomo, nell'esperienza terrena, non realizza nulla.

del diritto, in *Contributo a un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 257 ss.; F. MODUGNO, *Principi*, cit.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti², Milano, 2006 (merita ancora considerazione, di questo autore, la prima edizione, Milano, 1993). Nella prima metà del secolo scorso Fritz Schulz, uno fra i più eminenti romanisti del tempo, pubblicò il libro, divenuto famoso, *Prinzipien des römischen Recht* (raccolta di lezioni), München, 1934 [tradotto in inglese (Oxford, 1936) «from a text revised and enlarged by the Author by M. Wolf» e in italiano (Firenze, 1946) da V. Arangio-Ruiz, altro grande maestro del diritto romano]. L'autore del libro – che trasse ispirazione da R. Jhering e svolse la propria ricerca nei riguardi dell'arco temporale dei «due ultimi secoli della Repubblica...», dei «tre primi secoli dell'Impero...» e di quest'ultimo «dalla fine del III secolo sino all'età di Giustiniano» – perseguì la ricostruzione delle «idee fondamentali, in tema di diritto e di giustizia, di quei romani che si occupavano della produzione del diritto: ... idee ...» che «sono i veri *principia*, le vere 'scaturigini' del diritto romano». Tuttavia lo studioso tedesco non ha compreso la teorizzazione celsina del diritto, espressa nella definizione di esso – come *ars boni et aequi*, giudicandola in un'altra sua ammirata opera (*Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 160) un'enunciazione superficiale senza significato. Eppure tale definizione è la sola definizione del diritto a noi pervenuta nelle fonti giuridiche, non risulta, da un lato, che essa abbia formato oggetto di contestazioni e si armonizza, dall'altro, con gli elementi qualificanti dell'antico diritto. Non è dubbio che i risultati conseguiti dall'autore dei *Prinzipien* vanno riconsiderati alla luce dell'effettiva concezione del diritto che avevano gli antichi romani. [Fin d'ora posso dire che vanno rifiutate la sua opinione e ricostruzione in merito alla consuetudine. Vd. già rilievi critici in F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1971, p. 34 ss. Aggiungo che la vi-

dei criteri dell'*ars iuris*. La loro individuazione non appare, per contro, compatibile con la visione della ritenuta onnipotenza del legislatore nell'esperienza terrena. La percezione dei criteri è in effetti carente nell'attuale esperienza giuridica italiana³⁰. Sono in specie da considerare, per essa, l'art. 12, comma 2, delle *Disposizioni sulla legge in generale* premesse al codice civile³¹ e i *Principi fondamentali* enunciati in apertura della costituzione³².

La letteratura sui due testi e in generale sui principi del diritto è molto vasta³³. Essa peraltro

³⁰ Come in generale, per quanto è a mia conoscenza, nell'intera area occidentale.

³¹ «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione» [di legge], «si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Com'è noto, l'articolo reca la rubrica *Interpretazione della legge*. Tuttavia il comma in oggetto, pur avendo anch'esso valore generale, è rivolto al giudice, al quale spetta la decisione delle controversie.

³² Artt. 1-11. Mi è difficile ravvisare anche nell'articolo successivo (disponente che «la bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni») un principio fondamentale della Repubblica. Condivido l'opinione che si tratti di una disposizione – ovviamente di rango costituzionale – specifica. Cfr. F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, p. 22.

³³ Si vedano, per tutti, *I principi generali del diritto*, in *Atti dei convegni lincei*, VI, Roma 1992, (segnalo, nella visuale comparatistica, il contributo di R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, p. 163 ss.); N. BOBBIO, *Principi generali*

contestazioni con l'asserto che il fondamento della sua validità non può più essere discusso¹⁸. Sul punto la teorizzazione del filosofo del diritto può essere così riassunta: la norma fondamentale non esiste, ma è solo pensata e lo è da parte del giurista, privo di potere normativo; con tutto ciò, in modo miracoloso, essa regge l'intero sistema giuridico¹⁹.

L'artificialità è un dato della realtà; in quanto tale, non può essere surrogata dagli studiosi con altri elementi, come mostra il fallimento dell'invenzione della norma fondamentale. Il diritto (ogni sistema giuridico positivo ed ogni suo elemento) presenta i connotati voluti dai suoi artefici, similmente a quanto avviene, ad esempio, per le scarpe²⁰.

Come si è visto, secondo il Kelsen il diritto può prescrivere qualsivoglia comportamento, anche assurdo, disumano, criminoso. Non so se il teorico del diritto abbia avuto consapevolezza di un'implicazione gravissima della sua dottrina.

¹⁸ Appare così rinnegata la stessa natura della ricerca scientifica.

¹⁹ Insieme all'artificialità del diritto il Kelsen sembra avere trascurato l'esperienza storica: per millenni è stata riconosciuta la validità dei sistemi giuridici positivi senza l'invenzione dell'inesistente norma fondamentale.

²⁰ Traggo da un vocabolario queste rappresentazioni, esprimenti diversità in relazione agli usi a cui esse sono destinate: da cerimonia, da sera, da ballo, da passeggio, da pioggia, da strapazzo, da caccia, da montagna, da soldato, da ginnastica, da *trekking*, da *jogging*.

L'irrilevanza del contenuto del diritto, teorizzata da riconosciuti maestri della scienza giuridica, tende oggettivamente a giustificare sia l'emanazione di norme disumane, sia la loro applicazione ed attuazione da parte di giudici, pubblici funzionari e forze dell'ordine, come a catturare l'adesione ad esse da parte dei cittadini. Per opporsi all'ingiustizia occorre averne la consapevolezza e certamente la dottrina kelseniana è diretta ad eliminarla nel senso detto, inducendo a ritenere che non esistano, quanto al contenuto, limiti o preclusioni nell'emanazione delle norme da parte del legislatore e che esse debbano sempre trovare applicazione ed osservanza, se pure prescriventi crimini²¹.

²¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. M.G. Losano, Torino, 1966, p. 82, afferma che, «se si definisce il diritto come norma, questo vuol dire che è bene quello che è conforme al diritto». [Sembra difficile escludere l'impressione (se pure occorrono in proposito specifici approfondimenti) di una certa adesione, o almeno non sentita avversione, in regimi totalitari del secolo scorso, anche ai disegni più efferati. Ho in memoria, al riguardo, per la Germania nazista, la drammatica rappresentazione in un film ritrasmeso in televisione di cui mi sfugge – forse non vidi – il titolo. La protagonista, accusata di partecipazione all'eccidio di deportati, non riusciva a convincersi del proprio torto, avendo agito nell'osservanza delle leggi in vigore e degli ordini impartiti dai superiori].

to dipende sempre dalla volontà del legislatore competente. È rimasta la visione del legislatore ritenuto onnipotente, libero cioè da qualsivoglia vincolo, salvo il rispetto per l'apposita procedura prescritta per l'emanazione delle norme costituzionali. D'altro canto, come si è detto, è stato teorizzato il giurista puro (nella visuale in considerazione il solo meritevole di questo nome), il quale, in quanto tale, si astiene da ogni valutazione circa l'operato del legislatore, e, nella stessa linea, è stata quindi elaborata la dottrina pura del diritto²⁹.

Come si è visto, la considerazione dell'artificialità del diritto ha condotto all'individuazione

²⁹ Sembra innegabile l'influenza giustiniana, se pure non avvertita dai teorizzatori del giurista puro e della dottrina pura del diritto. Come si è detto, Giustiniano aveva riservato alla carica imperiale, insieme alla produzione normativa, l'elaborazione dottrinale e la stessa ricostruzione storica nel campo giuridico. Egli era consapevole del concorso della prima alla produzione del diritto e della rilevanza che aveva la seconda per il nuovo sistema instaurato. Convinto dell'onnipotenza dell'imperatore assistito da Dio, nell'esperienza terrena, non ebbe remore a falsificare i dati attestati nelle antiche opere giuridiche, al fine di raffigurare il trapasso storico, nella forma dovuta, del potere dal popolo alla carica imperiale. I fautori della dottrina criticata tendono a conservare il nucleo del disegno giustiniano, teorizzando, sotto il velo della purezza, il rifiuto, da parte dello studioso del diritto, della sua valutazione. Come si è già detto, il rifiuto così declamato (a mio avviso oggettivamente senza giustificazione) non è stato da essi stessi osservato.

Cerco di darne la dimostrazione limitandomi nel presente intervento agli aspetti più rilevanti, nei riguardi dell'attuale esperienza giuridica italiana.

Nella prospettiva dell'artificialità si ritiene che il legislatore sia, primo tra tutti, vincolato ai criteri dell'*ars iuris* e che le norme poste debbano essere ad essi conformi. Si attribuisce inoltre preminenza alla decisione dei casi, in cui gli uomini per i quali è posto il diritto sono coinvolti, rispetto alle norme generali e astratte. Al contrario, secondo la visuale positivista derivata dalla *legum doctrina* giustiniana, il legislatore è considerato onnipotente. Per la validità delle norme poste si richiede soltanto che esse siano da lui emanate nei modi prescritti. La ritenuta irrilevanza della loro inadeguatezza ai bisogni umani per cui è stato posto il diritto si estende alle loro applicazioni concrete. Nell'ordinamento italiano, dopo la caduta del regime fascista verso la metà del secolo scorso, l'arbitrio del legislatore è stato obiettivamente delimitato con l'emanazione²⁷ della 'costituzione' (corpo normativo di rango superiore). Peraltro anche la costituzione è una legge²⁸, il cui contenu-

²⁷ Sulle orme di noti precedenti occidentali.

²⁸ Le argomentazioni, non mancate, in senso contrario si infrangono – a prescindere, si può dire, da ogni altro dato della realtà – contro il disposto finale della Carta: «La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato».

2. – La dottrina kelseniana non ammette il diritto naturale e rivendica l'autonomia del diritto: come si suol dire, la sua separazione da ogni altro elemento, in specie dalla morale e dalla religione²². Su entrambi i punti esiste consonanza con la visione celsina.

Il contrasto tra le due teorizzazioni verte sul genere in cui è sussunto il diritto e ne rappresenta, come si è detto, l'essenza (forse è più esatto dire il connotato essenziale). Secondo Celso il diritto è *ars* (una delle tante arti apprestate dall'uomo per l'appagamento delle molteplici e mutevoli esigenze della stirpe umana nell'esperienza terrena), mentre, secondo Kelsen, è norma (un sistema di norme). Rinvio per un confronto tra le contrapposte teorizzazioni alla mia precedente trattazione in argomento, ricordando soltanto che, mentre la teorizzazione celsina ha valore universale (per lo meno essa si attaglia a tutte le esperienze giuridiche finora conosciute), quella kelseniana appare modellata sulla tradizione romanistica (sicuramente essa non è riferibile alle antiche esperienze umane, in cui le controversie insorgenti tra i consociati venivano decise in as-

²² L'indicata separazione non esclude tuttavia, stante la natura artificiale del diritto, che le convinzioni umane (religiose, morali, scientifiche) influenzino la sua produzione ed applicazione. Esempio, per le convinzioni scientifiche, con la disciplina dell'impiego dell'amianto nelle costruzioni, e, per le convinzioni religiose, con quella del matrimonio tra seguaci di fedi diverse.

senza di un preesistente apparato normativo e non si presenta neppure appropriata ai sistemi di *common law*).

Celso teorizzò l'artificialità del diritto, che è stata invece trascurata dal Kelsen, come lo è stata, in generale, da secoli, nella tradizione occidentale. Il giurista romano individuò la differenza specifica dell'*ars iuris* nel *bonum et aequum*. Il binomio indica congiuntamente il fine perseguito con il diritto²³, i criteri a cui occorre attenersi nel porlo e applicarlo e i connotati che deve presentare il diritto posto e applicato.

Nel mio intervento concentro l'attenzione sui criteri.

3. – Celso, definendo il diritto come *ars*, lo considerò alla stregua delle altre *artes*. Al pari, ad esempio, della cucina, della medicina e dell'architettura, il diritto è stato apprestato per l'appagamento di un fondamentale bisogno umano, che, come quelli appagati dalle *artes* menzionate, è sotto gli occhi di tutti²⁴. Come nelle altre arti, anche in quella del diritto sono in gioco le conoscenze teoriche e pratiche occorrenti per eserci-

²³ Nella rappresentazione celsina con l'arte denominata *iur.*

²⁴ Similmente alla salute, l'ordinato svolgimento dei rapporti umani, che il diritto mira ad assicurare, si apprezza soprattutto quando – come accade attualmente in diversi ambiti della situazione italiana – si presenta carente.

tarla, le attività nelle quali essa si esplica e gli elementi che vengono prodotti.

Il giurista romano, attento alla realtà, teorizzò l'artificialità del diritto, individuando, in coerenza (come si è detto, nel *bonum et aequum*, a cui corrispondono, nell'attuale raffigurazione astratta, la ragionevolezza e l'eguaglianza)²⁵, i criteri che guidano le sue esplicazioni.

Sappiamo che la teorizzazione celsina venne rimossa, nella tradizione occidentale, a seguito della *legum permutatio* giustiniana. Ancora al presente tale teorizzazione (e con essa la reale natura del diritto)²⁶ appare generalmente ignorata nella scienza giuridica. In particolare – si ribadisce – non è ancora stata recuperata l'artificialità del diritto e, con essa, non lo sono stati i criteri che guidano ogni attività in cui lo stesso si esplica e a cui vanno conformati gli elementi prodotti.

²⁵ Si intende, e talora si esplicita, 'proporzionale'. Non manca la prospettiva invertita della 'proporzionalità'.

²⁶ Nel fenomeno detto diritto (a prescindere dalle competenze occorrenti per produrlo e renderlo operante) si rinvencono, come si è detto, sia le attività umane che lo pongono in essere e lo applicano (senza le quali esso non esisterebbe), sia gli elementi prodotti. La visione del diritto come norma (complesso o sistema di norme), che si tramanda nella nostra esperienza, lascia in ombra il versante della produzione e, in quello degli elementi prodotti, enfatizza il ruolo della norma rispetto agli altri: sentenze, provvedimenti amministrativi, elaborazione dottrinale ed atti dei membri della comunità, ai quali (mi riferisco agli atti) è dovuta in particolare la formazione consuetudinaria.

Il primo dei due commi citati prescrive che il giudice, nei casi nei quali non esiste⁴⁸ una disposizione legislativa o, in subordine, consuetudinaria ad essi applicabile, svolga congiuntamente la funzione di legislatore e quella che gli è propria di giudice. Come legislatore egli individua la regola generale ed astratta idonea al caso da decidere⁴⁹ e, come giudice, la applica ad esso.

Come sappiamo, nella prospettiva positivista, in cui si colloca il codice civile svizzero, il legislatore non incontra limiti, al di fuori del rispetto della forma prevista per legiferare. Viceversa il secondo comma sopra citato prescrive al giudice di attenersi «alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli».

Al di là della differenza circa gli elementi cui fare riferimento, il giudice svizzero appare sottoposto a un vincolo simile a quello prescritto al giudice italiano di decidere «secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». A ben vedere il legislatore svizzero toglie al giudice con la mano sinistra (secondo comma citato) quello che gli ha dato con la mano destra (primo comma citato).

essendo sempre in essa il diritto, anche quello detto naturale, un prodotto della cultura umana].

⁴⁸ O comunque, in fatto, egli non trova.

⁴⁹ Non esiste ovviamente il dovere di enunciare la regola individuata e se anche l'enunciazione avvenisse, non si avrebbe l'equiparazione alla norma legislativa o consuetudinaria: il suo valore resterebbe circoscritto al caso deciso.

Soprattutto anche il legislatore svizzero ha ignorato l'artificialità del diritto e, con essa, i criteri che guidano l'attività del legislatore e del giudice, come del pubblico funzionario e del giurista. Di fronte a nuovi problemi serve senza dubbio l'esperienza del passato, ma sono indispensabili per la loro ottimale soluzione i criteri dell'arte.

5. – I principi fondamentali della costituzione italiana, enunciati in apertura di essa, sono nel contempo i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano⁵⁰.

Premetto che non condivido la sacralizzazione della costituzione⁵¹ e non credo nella sovranità della stessa⁵². Come ogni altro elemento giuridico,

⁵⁰ Vd., per l'interpretazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato nell'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* alla luce della costituzione, emanata a pochi anni di distanza, ma nel ritrovato clima della libertà, F. GALLO, *Interpretazione*, cit. (ed. completata), p. 336 ss., e *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della Carta costituzionale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 433 ss.

⁵¹ Essa ha la sua lontana ispirazione nella visione giustiniana: il Digesto costituisce il *templum iustitiae* e le *leges* si devono *et adorare et observare*; a sua volta questa visione giustificava, nel disegno di Giustiniano, la sottrazione delle *leges* poste dall'imperatore a ogni critica e contestazione.

⁵² Cfr. F. GALLO, *Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *AIC (Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, I, 2011, p. 33 ss., anche in *BIDR*, CV, 2011, p. 372 ss. Tanto meno

la costituzione – ciascuna costituzione – è un prodotto della cultura umana. In quanto tale, essa è condizionata⁵³ sia dalla situazione in atto nel luogo e nel tempo in cui viene elaborata, sia dalla formazione, dalle concezioni e dalle ideologie dei suoi autori⁵⁴.

ritengo, come ho sentito declamare in televisione, che la costituzione italiana sia la più bella del mondo. Sono affezionato alla mia casa di campagna con l'annesso orto e non desidero cambiarla con un'altra, pure nella consapevolezza della sua modestia. Posso dire qualcosa di simile per tante altre cose: ad esempio, per le poltroncine che uso alla scrivania sia a Villastellone che a Torino; se pure di legno diverso, entrambe (l'una acquistata in Spagna, l'altra, di provenienza inglese, in Italia) presentano il meccanismo e la configurazione entrati in uso nei primi anni del '900: io le preferisco tanto a quelle più antiche (aventi maggior pregio) che a quelle più moderne (offrenti – si reputa – maggior comodità), senza ritenerle per questo le più belle o migliori del mondo. [È superfluo rilevare che la bellezza non appare il profilo migliore per comparare fra loro le costituzioni].

⁵³ Il condizionamento si coglie, *mutatis mutandis*, in ogni prodotto della cultura umana: cito, al di fuori del diritto, come esempi presenti a tutti, il linguaggio, la pittura e la moda (nell'abbigliamento, nell'acconciatura, ecc.).

⁵⁴ Vd. rilievi per la costituzione italiana in F. GALLO, *Che cos'è la costituzione?*, cit., p. 14 ss., anche in *BIDR*, CV, 2011, p. 344 ss., e *La consuetudine grande sconosciuta*, in *RDR*, XIII, 2013 (www.ledonline.it/rivistadirittoromano/), p. 13 s. (estr.), anche in *Sem. Compl.*, XXVI, 2013, p. 37 s. La costituzione italiana dispone, in apertura (art. 1, comma 1), che «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro». Non sembra possibile escludere, tra le ascendenze della fondazione della Repubblica italiana sul lavoro, a lato della

Secondo quanto anticipato, cerco di mostrare le carenze della rappresentazione dei principi fondamentali nella costituzione, la conseguente inadeguatezza alla soluzione dei problemi che si

dottrina marxista, la visione ispiratrice, depurata dalle incrostazioni fasciste, della Carta del lavoro e della l. 30 gennaio 1941, n. 14 sul suo «valore giuridico». Come si è visto, l'art. 1 di quest'ultima indicava nel lavoro «il criterio direttivo per l'interpretazione e l'applicazione della legge». L'ondata ideologica ha sovrastato i dati della realtà. Cerco di riassumere in tre punti le mie considerazioni. a) Non conosco altra costituzione dei Paesi dell'Unione europea che fondi lo stato sul lavoro. Cito, ad esempio, l'art. 1 della costituzione portoghese: «Il Portogallo è una Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale». b) Il lavoro, per quanto importante nell'esperienza umana, si affianca ad altri elementi non meno rilevanti, sotto diversi profili, nella vita delle persone e in quella delle comunità organizzate: mi sovengono, quali esempi, la famiglia e l'istruzione e formazione dei giovani. c) Nella stessa costituzione italiana il lavoro, al di là della declamazione iniziale, costituisce una delle materie in essa disciplinate. La sua disciplina è dettata in parte nei *Principi generali* e in parte nel Titolo III della *Parte prima*, avente ad oggetto i *Rapporti economici*, mentre i Titoli I, II, e IV della stessa carta sono dedicati ai *Rapporti civili*, ai *Rapporti etico-sociali* e ai *Rapporti politici*. Il lavoro non fornisce il criterio per l'interpretazione e l'applicazione della costituzione e in generale delle leggi vigenti in Italia; al contrario anche la sua disciplina, come quella di ogni altra materia, deve essere modulata sui supremi criteri della proporzionalità (od eguaglianza proporzionale) e della ragionevolezza. L'ideologia, forse vivificante nella politica, deve essere bandita dal diritto.

pose, the criteria needed to set and apply it and also the features that are required for positive and applied law. In this study, dedicated to criteria, are firstly shown the most devastating consequences that came to western tradition because of the removal of law artificiality determined by the Justinian *legum permutatio*. On the other hand we underline, looking at the Italian experience, the non-recovery of the *ars iuris* criterion and the consequent persistence of unsurpassed uncertainties, but also the difficulty of interpretation and application of art. 12, 2nd paragraph, of *General provisions on the law* and the *fundamental principles* set in the opening of the constitutional charter. On another hand, we consider the role of *ars iuris* in each criterion (abstractly listed as reasonableness and proportionality or proportional equality) and the relations and interferences between them.

FILIPPO GALLO

Professore emerito di Diritto romano

Non sembra troppo arduo pensare che Celso sia stato orientato dai dati rilevati ad individuare i criteri dell'*ars iuris* nel *bonum et aequum*.

ABSTRACT

Nella definizione celsina del diritto il binomio *bonum et aequum* esprime congiuntamente il fine con esso perseguito, i criteri per porlo e applicarlo ed i connotati che deve presentare il diritto posto e applicato. Nel presente studio, dedicato ai criteri, si mostrano in primo luogo le conseguenze più devastanti derivate, nella tradizione occidentale, dalla rimozione dell'artificialità del diritto determinata dalla *legum permutatio* giustiniana. In secondo luogo si rileva, con riguardo all'esperienza italiana, il mancato recupero dei criteri dell'*ars iuris* e il conseguente perdurare di insuperate incertezze e difficoltà nell'interpretazione e applicazione dell'art. 12, comma 2, delle *Disposizioni sulla legge in generale* e dei *Principi fondamentali* enunciati in apertura della carta costituzionale. In terzo luogo si considerano il ruolo rivestito nell'*ars iuris* da ciascuno dei relativi criteri (astrattamente raffigurati come ragionevolezza e proporzionalità od eguaglianza proporzionale) ed i rapporti ed interferenze tra essi esistenti.

In Celsus' definition of law the binom *bonum et aequum* expresses at the same time its own pur-

pongono nella loro applicazione ed il mancato superamento di tali difficoltà da parte della dottrina in argomento.

1) Negli articoli 1-12, relativi ai *Principi fondamentali*, non è menzionata la 'ragionevolezza', pur avente, come si mostrerà⁵⁵, un ruolo non sostituibile nel campo giuridico.

2) L'eguaglianza è posta sullo stesso piano degli altri principi fondamentali enunciati. I primi due, che assumo per il confronto, sono rappresentati dal Modugno⁵⁶ come 'forma repubblicana' e 'principio democratico'. Non è dubbio, come in generale per i principi, il loro valore di criteri. Essi peraltro hanno ad oggetto una determinata materia, alla quale sono circoscritti. Così la 'forma repubblicana' attiene alla configurazione e strutturazione dello Stato, ma è estranea, ad esempio, ai rapporti familiari. Al contrario l'eguaglianza – similmente alla ragionevolezza – non riguarda una determinata materia e non ha un proprio contenuto, bensì costituisce un criterio 'assoluto', valido per la struttura dello stato, come per i rapporti familiari e ogni altro ambito giuridico.

3) Nella costituzione non è stabilita una gerarchia tra i principi fondamentali enunciati e man-

⁵⁵ *Infra*, § seguente. Com'è noto, il principio di ragionevolezza è stato esplicitato nell'esperienza italiana dalla Corte costituzionale.

⁵⁶ *Principi generali*, cit., p. 19 ss. Com'è ovvio, i principi fondamentali della costituzione non esauriscono i principi generali in essa espressi.

cano indicazioni per il loro bilanciamento, che pure si rende necessario e viene compiuto nell'applicazione pratica.

4) Le deficienze rilevate non sono colmate dalla dottrina, nella quale appaiono sostenute opinioni contrastanti. Secondo G. Zagrebelsky «la pluralità dei principi e l'assenza di una gerarchia formalmente determinata comporta che non vi possa essere una scienza della loro composizione, ma una prudenza nel loro bilanciamento»⁵⁷. Al contrario, secondo G. Alpa, «anche i principi si possono ordinare gerarchicamente; tale gerarchia è operazione dottrinale o giurisprudenziale. In più, il conflitto tra principi tra loro opposti si ri-

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 170. Nella pagina successiva l'autore spiega che «i principi e i valori devono essere tenuti sotto controllo per evitare che, assolutizzandosi, diventino tiranni». Palesemente anche lo Zagrebelsky non ha tenuto presente l'artificialità del diritto, avente, come ogni altra arte, propri criteri non derogabili: si può, ad esempio, bilanciare il diritto di sciopero con l'esigenza di assicurare il servizio pubblico della distribuzione dell'acqua o del gas, ma non è possibile, in questo o altri bilanciamenti, comprimere i criteri della ragionevolezza e dell'uguaglianza. La loro mancata considerazione, in conseguenza dell'avvenuta rimozione dell'artificialità del diritto, appare generale e deleteria. L'esempio più macroscopico può vedersi nella teoria, osteggiata anche dallo Zagrebelsky ma tuttora largamente seguita, secondo cui l'osservanza delle forme prescritte consente al legislatore l'emanazione di qualsivoglia norma, anche assurda e disumana.

voli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi».

Non pare contestabile che segni riscontrati nell'antica esperienza romana della percezione del criterio peculiare del diritto rappresentato dalla proporzionalità o eguaglianza proporzionale siano scomparsi o abbiano perso valore nell'esperienza attuale.

A differenza del criterio dell'*aequum*, peculiare dell'*ars iuris*, quello del *bonum* attiene in generale all'*ars*, come appare in specie evidente per le arti volte ad appagare rilevanti esigenze umane: la cucina, l'agricoltura, la medicina, il diritto, l'architettura, ecc.

Certamente il *bonum* (la soluzione ottimale) si presenta nel contempo ragionevole. Per questo il criterio in oggetto è stato astrattizzato nella ragionevolezza: nel diritto si cerca precisamente la soluzione buona (ottimale) nel rispetto dell'eguaglianza proporzionale. Tuttavia anche quest'ultima (l'individuazione della sostanza del diritto nella *proportio*) dipende dalla ragione, è cioè un prodotto della ragione umana⁸³. D'altro canto pure nel diritto si possono trovare più soluzioni rispondenti all'uguaglianza proporzionale, tra le quali occorre scegliere la migliore (quella ritenuta ottimale).

⁸³ È patente il significato dell'artificialità: tutto, nelle arti, a cominciare dalla percezione dell'esigenza di apprestarle, dipende dalla capacità ed attività intellettuale e fisica dell'uomo sorretto dalla ragione.

Nella lingua italiana si sono tramandate, a proposito dell'uguaglianza, le tre sequenze citate della lingua latina. Inoltre in essa il termine 'equo' conserva, tra le accezioni ancora in uso, quella attinente alla proporzione⁸². Tuttavia i segni 'eguale' ed 'eguaglianza' sono usati nel linguaggio comune, come in quello specializzato, per indicare sia l'eguaglianza fisica o matematica che quella giuridica. Il principio fondamentale di eguaglianza, rappresentato nell'art. 3 della costituzione italiana con i termini 'pari', 'eguale' ed 'eguaglianza' corrisponde all'*aequum*: all'eguaglianza proporzionale o proporzionalità. Il principio trova in essa generale applicazione: la trova, ad esempio, anche nel terzo comma dell'art. 34, secondo cui non tutti coloro che sono in possesso degli altri requisiti richiesti, ma soltanto, tra essi, «i capaci e merite-

Ad Senatum C. 1. 14. 3 pr., a. 426 (*Leges ut generales aequaliter in posterum observentur, quae vel missa ad venerabilem coetum oratione conduntur vel inserto edicti vocabulo nuncupantur, sive eas nobis spontaneus motus ingesserit sive praecatio vel relatio vel lis mota legis occasionem postulaverit...*) ed *aequalitas* in Nov. Val. 16 (...*Aequalitas ... pretii et commodum venditoris et omnium rerum venalium statuta custodiet*). Entrambi i termini appaiono usati nel senso della sequenza *aequalis, aequaliter, aequalitas*. In rapporto al latino usato dai giuristi classici (e in specie da Gaio nel suo manuale da noi conosciuto pressoché integralmente), sembrerebbe che la scelta dei due segni sia l'espressione di una raffinatezza letteraria dell'estensore o dei successivi estensori delle costituzioni citate.

⁸² Pure il segno 'equilibrio' conserva ancora, in usi figurati, il significato di 'proporzione'. Cfr. *Vocabolario della lingua italiana Treccani*, voci *Equo* ed *Equilibrio*.

solve interpretativamente»⁵⁸. F. Modugno, al quale è dovuto, a mio avviso, il maggior sforzo penetrativo in argomento, è pervenuto all'individuazione, nella costituzione, di principi supremi e immodificabili⁵⁹, tra i quali è collocata l'uguaglianza⁶⁰, che, come si è mostrato, è un criterio a cui deve essere uniformato l'intero ordinamento, compresa la «forma democratica fondata sul lavoro», anch'essa da lui annoverata tra i predetti principi. Lo studioso distingue esattamente la derogabilità dalla immodificabilità. Tuttavia per il criterio dell'uguaglianza, come per quello della ragionevolezza, è esclusa ogni deroga: anche la norma eccezionale deve rispettarli. Il Modugno ha alzato l'asticella, ma non ha risolto il problema, riconoscendo che pure i principi supremi e immodificabili da lui individuati «sono soggetti a bilanciamento»⁶¹, per il quale difettano indicazioni⁶².

⁵⁸ G. ALPA, *I principi*², cit., p. 300.

⁵⁹ F. MODUGNO, *Principi*, cit., p. 10 ss.

⁶⁰ F. MODUGNO, *Principi*, cit., p. 11.

⁶¹ F. MODUGNO, *Principi*, cit., p. 13.

⁶² Come la restante dottrina anche il Modugno ha ignorato l'interpretazione da me prospettata (*I principi*, cit.) in merito ai 'principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato', comprendenti i 'principi fondamentali' della costituzione posteriormente emanata. (La radicale diversità rispetto all'opinione dominante ha favorito la presa di distanza). In tale elaborazione ero pervenuto a porre al di sopra di tutto, nel sistema giuridico italiano, i criteri di eguaglianza e di ragionevolezza individuati nella costituzione (vd. sintesi in

Stante la natura artificiale del diritto, il ricorso ai criteri dell'arte – la ragionevolezza e l'uguaglianza – è sempre necessario per il legislatore e il giurista e, di fronte a nuove esigenze e situazioni, si rende tale anche per gli altri operatori giuridici: giudici e pubblici funzionari⁶³. Sabino Cassese, nella *Prolusione* all'anno accademico in corso dell'Accademia delle scienze di Torino⁶⁴, ha messo in luce che, nelle corti costituzionali, «si accentua il compito di comparare, ponderare, valutare la proporzionalità» [= eguaglianza proporzionale] «e la ragionevolezza delle diverse opzioni interpretative», aggiungendo che «solo in questo modo ... si possono tenere sotto controllo i controllori ed evitare loro scelte arbitrarie». Nel colloquio avuto al termine della cerimonia inaugurale col giudice costituzionale che aveva espletato il proprio ufficio novennale, trassi la conferma che il ricorso alla proporzionalità e all'uguaglianza viene compiuto anche dalle corti sovranazionali.

Veramente la teorizzazione celsina del diritto, rimossa dalla *legum permutatio* giustiniana, ha valo-

F. GALLO, *I principi*, cit., p. 441.). Senza escludere la possibilità di abbagli ed errori, continuo, allo stato, a ritenere plausibile l'interpretazione allora sostenuta.

⁶³ Per i giudici nei sistemi di *common law* e in specie in quello americano, vd. F. GALLO, *Carattere*, cit., pp. 41 e 43.

⁶⁴ Nell'invito alla cerimonia inaugurale essa recava il titolo *La giustizia costituzionale: bilancio di un'esperienza*; viceversa, nella copia del testo cortesemente rilasciatomi dall'autore, essa è intitolata *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*.

derne, esistevano appositi segni per indicare le varie accezioni dell'eguaglianza.

L'uomo ha apprestato il linguaggio per comunicare con i propri simili, al qual fine ha dato un nome alle cose e relative qualità, di cui parla con essi: all'acqua, al fuoco, al caldo, al freddo, alla pecora, al serpente, all'affidabilità o pericolosità di una determinata persona, ecc. Come si è detto i romani apprestarono appositi termini per indicare le varie accezioni dell'uguaglianza. Ricordo le sequenze: *aequalis*, *aequaliter*, *aequalitas*; *aequum*, *aeque*, *aequitas*; *aequabilis*, *aequabiliter*, *aequabilitas*. Le prime due sequenze erano in uso sia nel linguaggio comune che in quello giuridico. Mi pare chiarificare per i rispettivi significati nel campo giuridico l'esempio, già addotto in passato, della successione di due figli al padre deceduto senza lasciare testamento: nella lingua latina le quote ereditarie si dicevano *aequales*, mentre i due complessi di beni assegnati nella divisione (il prato, l'anello, ecc. e, rispettivamente, la vigna, il braccialetto, ecc.) si dicevano, l'uno rispetto all'altro, *aequi*.

Per quanto sappiamo, la terza sequenza non fu usata dai giuristi. Lo fu invece nel linguaggio letterario. Come si è visto Cicerone, *de off.* 2.12.42, qualificò il diritto con l'aggettivo *aequabilis*, che parrebbe evocare anche l'adattabilità del *ius* all'immane flusso della realtà⁸¹.

⁸¹ L'uso di *aequabiliter* e di *aequabilitas* è attestato in epoca più tarda da parte della cancelleria di Valentiniano III. *Aequaliter* ricorre in Imp. Theodosius et Valentinianus AA.

personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem et corrupta corrumpit. Senza dubbio anche Dante ha subito l'influenza della *permutatio* giustiniana, in aderenza alla quale ha considerato il diritto posto, anziché la sua produzione (*l'ars* con cui si produce). Tuttavia egli ha colto nel diritto l'attuazione del criterio, ad esso peculiare, dell'eguaglianza proporzionale o proporzionalità⁷⁸, senza la quale non si ha la sostanza del diritto, ma solo l'apparenza. Inoltre la conservazione e la corruzione della *proportio*, delle quali parla quindi il poeta, possono aversi soltanto nei rapporti tra i consociati⁷⁹: il fine del diritto è visto da lui nell'attuazione in tali rapporti della *proportio*, in cui esso si sostanzia⁸⁰.

b) Nella lingua latina, a differenza di quella italiana con cui la confronto e di altre lingue mo-

⁷⁸ La traduzione, che è stata fatta, di '*proportio*' in 'rapporto' svuota il segno latino (e con esso la definizione del diritto in cui ricorre) del suo pregnante significato.

⁷⁹ Cfr. *Mon.* 1.10: *Et ubicumque potest esse litigium, ibi debet esse iudicium; aliter esset imperfectum sine proprio perfectivo...*

⁸⁰ Auspicio in futuro approfondimenti, da parte dei giuristi, della definizione dantesca del diritto, sia nei confronti dell'antica esperienza romana e della tradizione romanistica, sia rispetto alla visione generale – recante nel suo nucleo un alito profetico – delineata dal poeta-pensatore fiorentino. (Osservo per quest'ultima che Dante, convinto che la *realis et personalis hominis ad hominem proportio* posta a mezzo del diritto debba esserlo tra tutti gli uomini, ideò un sistema giuridico universale).

re universale: il suo recupero consente di rendere i diritti positivi vigenti e le posizioni giuridiche dominanti in Occidente più aderenti alla realtà e, quel che più conta, alle effettive esigenze umane.

6. – Restano da considerare, in merito al problema in oggetto, il ruolo rivestito nell'*ars iuris* da ciascuno dei relativi criteri della proporzionalità od eguaglianza proporzionale e della ragionevolezza⁶⁵, nonché i rapporti ed interferenze tra essi esistenti. Si tratta, a mia conoscenza, di elementi finora trascurati dalla scienza giuridica, dei quali non mi propongo nel presente intervento una trattazione esauriente, ma soltanto la sua impostazione ed avvio. Sono cospicui i risultati che si attendono dallo studio dell'applicazione in concreto dei criteri in considerazione.

La proporzionalità o eguaglianza proporzionale è il criterio peculiare del diritto, come era già percepito nell'esperienza romana, nella quale si è formata, in Occidente, la scienza giuridica. Tale percezione, senza dubbio risalente, è un indice della riconosciuta propensione dei romani per l'elaborazione del diritto. Essi per primi la ritennero necessaria⁶⁶ al fine di un'ottimale organizzazione dei raggruppamenti umani e Ulpiano – in

⁶⁵ Secondo la rappresentazione invertita e resa astratta rispetto al binomio, espresso da Celso, del *bonum et aequum*.

⁶⁶ Similmente, ad esempio, alla medicina per la prevenzione e la cura delle malattie.

sintonia, a me pare, con questa veduta – rivendicò ai giuristi la cultura della vera filosofia, non di quella simulata⁶⁷.

Non mancano testimonianze dell'indicata percezione⁶⁸. Ne cito due di Cicerone: *Top.* 2.9, dove il *ius civile* è definito *aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas optinendas, e de off.*

⁶⁷ La rivendicazione è tramandata, com'è noto, nel § 1 del frammento con cui si apre il Digesto (e, in questo, il titolo primo *De iustitia et iure*). Ai tanti e dibattutissimi problemi suscitati dal paragrafo, aggiungo una questione viceversa trascurata dalla dottrina. In esso Ulpiano asserisce che i giuristi possono meritatamente dirsi sacerdoti del diritto, adducendo come giustificazione i compiti da essi svolti (fra i quali la separazione dell'equo dall'iniquo). È risaputo, da un lato, che tali compiti sono stati sottratti ai giuristi da Giustiniano, secondo il quale essi (i professori di diritto) devono unicamente trasmettere agli allievi il contenuto normativo e dottrinale delle nuove compilazioni, astenendosi da ogni apporto personale. È certo, dall'altro lato, che la conservazione di tali compiti ai giuristi nel Digesto (addirittura nell'*incipit* di esso) costituiva una grave violazione delle prescrizioni impartite dall'imperatore per la sua confezione. Non ritengo inoltre credibile che nessuno dei compilatori del Digesto abbia avuto contezza della violazione compiuta. La chiarificazione di tutto ciò potrà aver luogo con lo svolgimento delle ricerche rese necessarie dal recupero dell'evento storico, in precedenza rimosso, della *legum permutatio* compiuta da Giustiniano.

⁶⁸ Vd., per l'età repubblicana, un'ampia raccolta (se pure non sempre, a mio parere, la valutazione è condivisibile) in P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera republica*, Milano, 1973, *passim*. (Penso che il libro – o comunque il tema in esso affrontato – non abbia ricevuto dagli studiosi l'attenzione meritata).

due «sistemi normativi» del *ius civile* e del *ius honorarium* «una vera e propria incomunicabilità». Come si vede, la ritenuta preminenza della legge (estesa alla prescrizione normativa) sulla soluzione dei casi è elevata a dogma, non ammettente contraddizioni o eccezioni. Al fine di vederne l'attuazione anche nell'antico diritto romano si ignorano o trascurano le univoche attestazioni in senso contrario delle fonti. Circoscrivendo l'attenzione a quelle sopra considerate, richiamo la definizione papiniana del *ius praetorium*, secondo cui esso rafforza, integra e corregge il *ius civile*, nonché la trattazione gaiana attestante l'inserzione – e con essa la graduata valutazione – in una stessa formula, per la decisione del caso considerato, sia di mezzi processuali previsti dal *ius civile* che di mezzi processuali apprestati – all'occorrenza per lo specifico caso – dal pretore⁷⁶.

Appare certo che – contrariamente a quanto si suole ritenere⁷⁷ – la concezione e la configurazione del diritto nell'antica esperienza romana erano radicalmente diverse da quelle attuali. Sembra che tali concezione e configurazione siano state meglio percepite da Dante che dalla generalità dei romanisti. Com'è noto, il sommo poeta italiano (*Mon.* 5.2), rifacendosi alla definizione celsina riferita nel frammento ulpiano con cui si apre il Digesto, definisce il diritto come *realis et*

⁷⁶ Vd., per una critica più dettagliata, F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., *passim*.

⁷⁷ Ed insegnare nei manuali romanistici a me noti.

disapplicava al bisogno, nel caso specifico, ogni norma vigente, sia dei complessi normativi che costituivano il *ius civile*⁷², sia da quello che costituiva il *ius honorarium* (*edicta eorum, qui ius edicendi habent*)⁷³. Giustiniano capovolse l'antico sistema. Secondo la nuova visione, le *leges* da lui poste e recepite nelle sue compilazioni erano le migliori possibili e prevedevano tutte le situazioni che si sarebbero presentate⁷⁴; per le nuove situazioni che si sarebbero presentate in futuro avrebbe provveduto l'imperatore con nuovi interventi legislativi.

Il *ius dicere*, rimosso dalla *legum permutatio* operata da Giustiniano, non venne più ripristinato nella tradizione occidentale. Inoltre la visione legalpositivistica derivata da tale *permutatio* ne precluse la comprensione a generazioni di studiosi. Ancora Antonio Guarino, uno dei riconosciuti maestri della generazione anteriore alla mia, sostenne che «il *ius honorarium* sorse e si affermò come diritto alternativo nei confronti del *ius civile*» e Mario Talamanca, studioso tra i più perspicaci e illuminanti della mia generazione⁷⁵, ravvisò fra i

⁷² Come emerge da Gai 4.116.

⁷³ Come attestato in Gai 4.126-129.

⁷⁴ È pure da ricordare la prescrizione (*Tanta*, § 23), secondo cui le *leges* poste nelle Istituzioni imperiali e nel Digesto avrebbero avuto validità *in omne aevum*, conservando vigore in una con le costituzioni imperiali e spiegando la propria forza nei giudizi in tutte le liti. Vd., per la traduzione, *Iustitiani Augusti Digesta*, cit., p. 52.

⁷⁵ Purtroppo prematuramente deceduto.

2.12.42, dove si afferma che il *ius ... semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset ius*.

Sono da considerare due ordini di dati.

a) Nell'esperienza romana non solo venne percepito nell'*aequum* il criterio peculiare del diritto, ma venne data ad esso concreta attuazione per quanto risulta possibile nella condizione umana. È noto a tutti che fu decisivo a tal fine l'*officium* del pretore nella duplice esplicazione del *ius dicere* in ogni controversia giudiziaria che insorgeva e nell'emanazione dell'*edictum* per l'anno di carica⁶⁹.

⁶⁹ Vd. da ultimo, per una sintesi, A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Disciplina*³, Padova, 2014, p. 240 ss., 247 s. Cfr., nella prospettiva allora aperta, F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del «ius honorarium»*, in *SDHI*, LXII, 1996, p. 1 ss., ora in F. GALLO, *Opuscula selecta*, a cura di F. Bona e M. Miglietta, Padova, 1999, p. 933 ss. Mi sembra indubbio che, nella rappresentazione papiniana pervenuta in Pap. 2 *def. D. 1.1.7.1 (ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam)* il *ius praetorium* e il *ius civile* non siano considerati due ordinamenti distinti, bensì due complessi normativi dell'unico ordinamento dei *cives Romani*. È univoca in questo senso l'asserzione che il diritto pretorio rafforza il diritto civile, supplisce alle sue deficienze e lo corregge. (Mi riesce impossibile credere, fino a prova contraria – finora non data –, che il Betti o altri pur eminenti studiosi del diritto romano, lo percepiscano meglio di Papiniano). Neppure i *iura populi Romani* elencati in Gai 1.2 (*leges, plebiscita, senatusconsulta, constitutiones principum, edicta eorum qui ius edicendi habent* e *responsa prudentium*) costituiscono ordinamenti distinti, ma complessi normativi dell'ordinamento del popolo romano. Non esisteva nell'esperienza del tempo una determinazione affi-

I pretori che si susseguivano operavano in sintonia con la generale visione del diritto espressa dai giuristi⁷⁰, secondo la quale esso si sostanzia nell'*aequum*. Tra le moltissime testimonianze adducibili, cito la trattazione – a torto poco considerata in argomento – dedicata da Gaio, nelle sue Istituzioni⁷¹, all'*exceptio*, alla *replicatio*, *duplicatio*, ecc. In esse emergono l'identificazione dell'*aequum* col *iustum* (nel significato primigenio di conforme al diritto), l'impegno per evitare l'*iniquum* nella soluzione dei casi (nella quale era percepito il fine pratico del diritto) e la sinergia tra organi giurisdizionali e giuristi. Tutto ciò formava oggetto dell'insegnamento impartito da Gaio a coloro che si dedicavano all'apprendimento dell'*ars iuris*. Ri-

ciale di tali complessi, che venivano individuati dai giuristi in modi diversi a seconda delle diverse esigenze. Di essi si hanno esempi anche nell'attuale ordinamento italiano (per un verso, leggi costituzionali e leggi ordinarie, per l'altro, codice civile, codice penale, ecc.).

⁷⁰ Cfr., di Alfeno Varo, giurista dell'ultima età repubblicana, Alf. 2 dig. D. 44.1.14: *Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. Et pater eius pecuniam ab emptore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: Quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est*. La forma verbale '*placuit*' esprime bene la rispondenza della concessione, da parte del pretore, dell'*exceptio in factum* per l'attuazione dell'*aequum* nel caso considerato, alla visione generale elaborata dai *iurisperiti*.

⁷¹ Delle meno di duecento pagine in cui è trascritto il manuale gaiano tre sono dedicate al tema in oggetto.

ferisco alcuni passaggi di tale insegnamento più incisivi di ogni commento:

4.116: *Comparatae sunt ... exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari...*

4.126: *Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie iusta videatur, inique noceat actori. Quod cum accidat, alia adiectione opus est adiuvandi actoris gratia: quae adiectio replicatio vocatur...*

4.127: *Interdum autem evenit, ut rursus replicatio, quae prima facie iusta sit, inique reo noceat. Quod cum accidat [alia ?] adiectione opus est adiuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur.*

4.128: *Et si rursus ea [la duplicatio] prima facie iusta videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adiectione opus est, qua actor adiuvetur, quae dicitur triplicatio.*

4.129: *Quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus varietas negotiorum introduxit.*

Appare chiaro, nell'esposizione gaiana, l'elemento qualificante del *ius dicere*, rimosso da Giustiniano in quanto non compatibile con l'antitetica visione assolutistico-legalistica da lui instaurata.

Il potere-dovere di *ius dicere*, da parte del pretore, si esplicava nell'indicazione del diritto idoneo ad assicurare la rispondenza all'*aequum* (all'eguaglianza proporzionale o proporzionalità) in ogni caso da decidere. A tal fine egli adeguava o