

DAL DIRITTO ROMANO AI DIRITTI MODERNI

1. « IUS EST FACTUM ».

In una recente occasione (cfr. *Labeo* 7 [1961] 266 ss.), ho discusso brevemente le pagine dedicate dal Quadri alle norme di collisione dell'ordinamento giuridico romano (Q. R., *Lezioni di diritto internazionale privato*³ [1961] 34 ss.), lieto di dare con ciò atto all'eminente internazionalista delle serietà e profondità della sua informazione romanistica (che è cosa, bisogna dirlo, assai rara tra gli studiosi del diritto moderno). Sempre del Quadri segnalerò oggi un recente volume, piccolo di mole, ma denso di pensiero e ricco di ben temprata esperienza, dedicato ai problemi di teoria generale del diritto (Q. R., *Problemi di teoria generale del diritto* [Napoli 1959] p. 161). Un libro che, malgrado la sua apparente lontananza dai problemi della storiografia romanistica, merita proprio dai romanisti il più vivo apprezzamento ed il più accurato impegno di meditazione.

In una introduzione e in tre successivi capitoli (tralascierò qui, per brevità, di ragguagliare intorno agli altri saggi raccolti nel volume), il Q. affronta il problema (vecchio, ma sempre nuovo) circa il fondamento della obbligatorietà delle norme giuridiche, con particolare riguardo alle norme del diritto internazionale, e procede ad una critica lucida e persuasiva delle teorie finora avanzate, che raggruppa nei due primi capitoli: l'uno dal titolo « Il giusnaturalismo » (p. 11 ss.) e l'altro dal titolo « Il positivismo » (p. 37 ss.). Giusnaturalistiche vengono definite dal Q. le teorie che vedono il fondamento del diritto in un presupposto extra-umano, in un dato originario trascendente o immanente, pretendendo con ciò di risolvere il problema col sistema del *deus ex machina*; o in quanto riconnettono il diritto a imperativi divini, o in quanto lo ricollegano a imperativi morali (« *pacta sunt servanda* »), o in quanto lo identificano con l'istituzione sociale e quindi lo subordinano ad una necessità sociale indisponibile. Positivistiche sono invece le teorie che, in maniera altrettanto insoddisfacente, fanno dipendere

* In *Labeo* 2 (1962) 98 ss.

l'ordinamento giuridico da atti coscienti, individuali o collettivi, dell'uomo: e tra quelle l'a. sagacemente inquadra la stessa teoria del Kelsen, che tutto il diritto riconduce a una norma-base ipotetica, senza la quale non si spiegherebbe il carattere obbligatorio delle altre norme subordinate.

Segue alla parte critica, nel terzo capitolo (p. 56 ss.), la parte piú propriamente costruttiva, che si risolve nel « disegno di una teoria realista ». Il diritto, afferma il Q., non va ridotto al fatto normativo, ma è una ben piú complessa « realtà sociale », che si concreta nella effettiva possibilità di comandare, cioè di ottenere l'esecuzione dei comandi che si pongono: « non si può isolare la norma dalla struttura, senza che l'obbligatorietà della norma diventi incomprendibile » (p. 61). E cosí, in particolare, il diritto internazionale non deve essere concepito come un ordinamento giuridico puramente apparente, o come un diritto in formazione e quindi imperfetto, ma va ritenuto un ordinamento giuridico proprio e perfetto. Perché la realtà è che nessuno Stato al mondo è e si sente *legibus solutus*; perché sta di fatto che la vita internazionale (pur se manca una organizzazione superstatale) è permeata di autorità, cui gli Stati si sentono e sono sottoposti; perché sta di fatto che esiste un fenomeno psicologico collettivo che giustifica l'obbligatorietà delle norme internazionali.

Onde la sostituzione della massima, di ispirazione normativistica, « *ex facto oritur ius* » (per cui il diritto, la norma giuridica, è cosa diversa dal fatto che lo produce) con la massima « *ius est factum* », per cui il diritto, l'ordinamento giuridico, consiste nel fatto di essere tale.

Al dunque. Una teoria « realista » del diritto si sottrae per definizione ad una critica sul piano dei principi astratti: sul piano, intendo dire, di quei « principi generali », assolutamente arbitrari, cioè di quei piú o meno fantasiosi preconcetti, di cui si compiacciono oggidí certe « dogmatiche » e certe « teorie generali », che pur vanno per la maggiore. A queste costruzioni pseudo-scientifiche il Q., proprio perché è un vero giurista, non crede: « slogans », e cioè costruzioni puramente verbali egli le qualifica in un recentissimo articolo (Q. R., *Positivism et réalisme dans la science du droit international*, in *Festschr. Schätzel* [1961] 401). Onde, se anche egli intitola il suo libro ai « problemi di teoria generale del diritto », e non di rado, qui e in altri scritti, si qualifica « dogmatico », è chiaro che queste terminologie sono da lui utilizzate in un senso limitato e sano: nel senso cioè che, al di sopra dell'esegesi delle leggi, esiste una attività di interpretazione e valutazione complessiva e lungimirante del fenomeno giuridico, cosí come realmente è e si atteg-gia. La sua dogmatica, in altri termini, non è intesa a forzare la realtà

del diritto entro schemi precostituiti, ma è intesa a cogliere della realtà giuridica, con immediata sensibilità, la vera essenza. Il che autorizza, se non erro, ad includere il Q. nel novero di coloro che, veri e soli scienziati del diritto osservano e interpretano il diritto, sia del passato che del presente, esclusivamente come fatto storico.

L'affermazione « *ius est factum* » (di cui va ascritta a merito del Q. l'originalità) non è, pertanto, né ardita, né assurda, come potrebbero essere indotti a qualificarla coloro che vivono nel pregiudizio « dogmatico », secondo cui non è pensabile che il diritto abbia forza obbligatoria senza che sia individuata la fonte estrinseca o intrinseca di questa obbligatorietà. L'affermazione « *ius est factum* » è, viceversa, una limpida e rigorosa espressione di una visione storicistica (che è a dire realista) dell'ordinamento giuridico. Il quale altrimenti non può essere definito dallo storiografo, se non come quell'ordinamento che, in un dato ambiente storico, viene appunto inteso, anzi « sentito » dalla generalità come giuridico e giuridicamente vincolante.

Per ciò che mi concerne, tralasciando un controllo e una discussione della teoria del Q. in relazione all'esperienza giuridica contemporanea (compito al quale io sarei, ovviamente, impari), voglio qui segnalare che la storia giuridica romana offre più di una conferma della tesi che il diritto possa essere concepito e sentito come tale, dai soggetti (individui o stati), indipendentemente dal riferimento ad un preciso e definito punto di appoggio (divinità, stato, comunità internazionale, ecc.). Significativo è il fatto che l'antico *ius Quiritium* non sia stato identificato con tutto l'ordinamento della *civitas* romana arcaica (il quale per gran parte e per gran tempo fu ritenuto dai Romani un ordinamento extra-giuridico) e sia stato fatto coincidere con i soli *mores maiorum*, la cui autorità non riposava sulla organizzazione statale, ma essenzialmente su se stessi, cioè sul proprio ascendente psicologico. Significativo è che gli istituti del *ius honorarium* e il processo formulare, molto prima di essere resi esplicitamente o implicitamente obbligatori da leggi o da consuetudini, siano stati per lungo tempo sentiti come vincolativi dai romani, i quali ricorrevano ad essi, anziché ai vecchi istituti civilistici, pur quando ciò fosse concretamente contro il loro interesse. Significativa è l'autorità autogena rivestita in Roma dai *iuris prudentes* repubblicani, anche dopo la fine della giurisprudenza pontificale e prima della introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*. Significativa è l'affermazione dell'*auctoritas principis extra ordinem* nella fase augustea del periodo classico, quando ancora non era avvenuto l'esautoramento delle istituzioni del *ius vetus*. A posteriori noi oggi diciamo, in ordine

