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 piú vivo apprezzamento ed il piú accurato impegno di meditazione.

In una introduzione e in tre successivi capitoli (tralascerò 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 incomprensibile » (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., *Positivisme 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 atteggia. 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 piú 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 extragiuridico) 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

a taluni dei fenomeni dianzi accennati, che essi non furono *ius*, né furono considerati *ius* se non quando risultarono chiaramente confermati da consuetudini o da provvedimenti di governo. In parte è vero: la qualificazione « tecnica » del *ius Quiritium*, del *ius honorarium*, del *ius novum* come tali, cioè come « *ius* », e cosí la inserzione tra i *iura populi Romani* delle *sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*, vennero operate dai giuristi romani solo a congrua distanza di tempo dalla loro prima formazione. Ma se anche l'acuta riflessione giuridica opportunamente tardò, sta di fatto che la coscienza popolare immediatamente avvertí quale fosse il diritto cui si dovesse obbedienza, e ne fanno prova, proprio perché si tratta di fonti atecniche, i poeti, i retori, Cicerone.

Tuttavia, non saprei non esprimere un dubbio che, francamente, rimane. Un ordinamento « implicito », non ancora concretatosi in norme e principi definiti, né ancora qualificato « diritto » dai tecnici, ma già sentito e rispettato come tale dai soggetti, può essere di già considerato diritto? In ordine al moderno ordinamento internazionale, il Q. si manifesta decisamente per l'affermativa, in piena conseguenza al suo orientamento realistico. Ed è di grande interesse rilevare che, per il diritto romano, analoga risposta affermativa è implicata dal Lauria (*Ius. Visioni romane e moderne*[2] [Napoli 1962] p. 336), sia là dove proclama la legittimità del ricorso alle fonti letterarie, in piena equivalenza con quelle tecnico-giuridiche, per la ricostruzione del diritto di Roma (v. per es. p. 35 ss.) e sia là dove fa applicazione rigorosa di questo credo metodologico (il che maggiormente risalta nel capitolo dedicato all'età repubblicana). Questa impostazione è certamente assai suggestiva ed è, nel caso del Quadri, cioè di un giurista che interpreta e qualifica il diritto dei propri tempi, pienamente legittima: l'ordinamento implicito non è piú tale, se un qualificato giurista coevo lo qualifica coscientemente come « diritto ». Ma voglio subito aggiungere, dissentendo in ciò dal Lauria, che, quando un fenomeno giuridico non lo si esamini dal presente, durante la sua vita, ma, come è compito di noi romanisti, dal passato, cioè dopo il suo esaurimento, è doveroso quanto meno accertare distintamente se e fino a qual punto il *factum* dell'osservanza giuridica si sia poi tradotto nel *factum* della categorizzazione formale e cosciente di quella osservanza come « diritto ». Perciò, ribadendo una critica già formulata a proposito della prima edizione (1956-58) del libro del Lauria (cfr. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[3] [1959] 34, cui il L. risponde implicitamente con le citate p. 35 ss. della seconda edizione di *Ius*) io credo di poter con-

cludere cosí. Se è insufficiente basare la ricostruzione del diritto romano sulle sole fonti di cognizione cd. tecniche, è peraltro antimetodico e fuorviante fare un unico fascio delle fonti tecniche e di quelle atecniche, rifiutandosi di sottoporre queste ultime ad un particolare esame critico, onde stabilire quanto vi è in esse di giuridicamente « vero » (cioè di genuina intuizione e rappresentazione della realtà del diritto coevo) e quanto vi è in esse di erroneo, di derivato da altri ordinamenti, di influenzato da concezioni filosofiche astratte o, se si vuole, di anticipato e di profetico. Si corre il rischio, in tal caso, di non fare dell'autentica storiografia, ma di fare soltanto della brillante e suggestiva erudizione.

2. Scienza e storiografia del diritto.

Il grido di allarme, forse in se stesso alquanto eccessivo, che fu levato nel 1939 da Paolo Koschaker (*Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*) circa la crisi delle discipline romanistiche nel mondo ebbe, fuor d'ogni dubbio, il merito, nella sua passionale veemenza, di scuotere romanisti e non romanisti alla sensibilità di un problema, che sembrava oramai dimenticato: il problema dei rapporti tra storia e dogmatica del diritto. Da allora mentre lo stesso Koschaker ricostruiva, in un'opera singolarmente ricca di esperienze e di spunti (*Europa und das römische Recht* [1947]), la posizione storica del diritto romano nel quadro della civiltà europea, è fiorita sul tema tutta una vasta letteratura che non occorre qui riassumere e citare.

Scopo di queste brevi note è di additare all'attenzione degli studiosi le formulazioni recentissime, ambedue di alto interesse, di un illustre romanista, da un lato, e, dall'altro, di un valente filosofo del diritto. Formulazioni tanto piú interessanti, in quanto raggiunte attraverso strade del tutto indipendenti. Formulazioni, aggiungo, che, nelle loro divergenze piú apparenti che reali, concorrono in maniera molto efficace alla individuazione di una visuale metodologica, che mi pare soddisfacente e sicura (De Francisci P., *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in *Annali Sem. giur. Catania* n.s. [1950] 1 ss. e in *RISG.* n.s. [1949] 69 ss.; Bobbio N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 4 [1950] 342 ss.; Id., *Teoria della scienza giuridica*, Corso univ. litogr. [Torino 1950] p. 239).

* In *Iura* 2 (1951) 320 ss.