

LA CONSUETUDINE E LA LEGGE ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA ROMANA

1. — È tendenza largamente diffusa tra i moderni studiosi di materie giuridiche quella di ritenere che la dottrina del diritto, la *iurisprudentia*, sia una scienza esatta, una sorta di matematica delle azioni e delle reazioni sociali, che culmina in una scienza addirittura esattissima, in una specie di « calcolo sublime », cui si dà il nome di teoria generale del diritto o di scienza del diritto. In virtù di questa loro disposizione psicologica, più ancora che culturale, molti moderni studiosi di materie giuridiche guardano con visibile rispetto ai filosofi del diritto, sopra tutto quando non li capiscono, mentre fanno pochissimo conto degli storici del diritto, anche quando sarebbe assai facile capirli.

Ma credere che la dottrina giuridica sia una scienza esatta è errore tanto grave, quanto facilmente dimostrabile. Non vi è alcun concetto giuridico che obbedisca alla regola matematica per cui 1 più 1 è uguale a 2. Dei concetti matematici, in generale dei concetti veri e propri, i concetti giuridici hanno solo l'apparenza, hanno solo la veste esteriore. Essi sono, in realtà, solo pseudo-concetti, che si determinano empiricamente o sperimentalmente, alla stessa guisa delle leggi della fisica, e che, come le leggi della fisica, sono in ogni momento condizionati alla realtà ed alla varietà del fenomeno sociale. Se mi è concesso di fare un esempio scherzoso per ribadire questa serissima verità, ricorderò che un principio universalmente accettato in materia di matrimonio sembrerebbe essere quello della fedeltà coniugale. Eppure nel lontano 1299 un viaggiatore italiano, di nome Marco Polo, scrisse, nel suo libro intitolato dai posterì *Il milione*, di essere capitato, in Asia, in una contrada denominata Camul, ove vigeva la consuetudine che, se uno straniero vi transitasse, i mariti dovessero fare a gara per offrirgli, dirò così, in precario le proprie mogli. In quella contrada, dunque, 1 più 1 faceva 3.

La migliore definizione della scienza del diritto resta, insomma,

* Testo italiano di una conferenza pronunciata nell'Università di Vienna il 27 giugno 1956, pubblicato in *Diritto e Giurisprudenza* 71 (1956) 413 ss.

ancor oggi, quella che il giurista Ulpiano dava della *iurisprudencia*: « *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti ac iniusti scientia* »; esperienza di ogni cosa divina e umana, consapevolezza di tutto ciò che è giusto e di tutto ciò che è ingiusto. E il piú valido ausilio dell'indagine giurisprudenziale, anzi la sostanza stessa di quella indagine, è costituito dalla ricerca storica, la quale accresce ed affina l'esperienza del giurista, permettendogli di meglio valutare il diritto del suo tempo, di non ritenerlo per nulla una sacra e immutabile entità, e di piú sicuramente indirizzarlo verso ulteriori sviluppi.

Non sono il primo ad affermare queste verità, né è la prima volta che le affermo. Ma siccome, purtroppo, la tendenza dei moderni studiosi del diritto è, come dicevo dianzi, quella di fare orecchio da mercante agli storiografi, non è affatto inopportuno tornare sul già detto e cercare di darne qualche prova ulteriore.

Il mio intento è di analizzare brevemente i rapporti che intercorrono tra la consuetudine e la legge negli ordinamenti giuridici continentali contemporanei e di vedere se la esperienza millenaria del diritto romano sia in grado di illuminarne i futuri, possibili sviluppi.

2. — Nei paesi dell'Europa continentale contemporanea i rapporti tra consuetudine e legge sono regolati in modo assai vario, ma due orientamenti, tra loro strettamente connessi, sono, comunque, facilmente identificabili. Un primo orientamento, affermato dalla Pandettistica tedesca, consiste nel ritenere che il diritto consuetudinario possa non avere alcuna forza, se esso venga dalla legge dichiarato non vincolante. Un secondo orientamento, che si manifesta nei codici piú recenti e particolarmente nella codificazione civile vigente in Italia, sta nel subordinare la consuetudine alla legge, sino al punto da non ammettere una consuetudine *contra legem* e, talvolta, neanche una consuetudine *praeter legem*.

Bisogna ricordare che, agli albori del secolo XIX, la veste piú naturale, e nel contempo piú nobile, del diritto era ancora quella del diritto consuetudinario. Gli stati di Europa si reggevano tutti, e in ogni provincia del diritto, sul fondamento di un rigoglioso diritto consuetudinario, che affondava le sue radici nella antichissima tradizione romana. Le formulazioni normative esplicite, anche quando prevalessero statisticamente rispetto alle norme consuetudinarie, avevano pur sempre un carattere di eccezionalità, di specialità e, vorrei aggiungere, di temporaneità, che le qualificava come fonti giuridiche inferiori rispetto all'ordinamento giuridico direttamente scaturito dalla coscienza popolare. Ed è appena

il caso di ricordare che sulla base di questa preminenza storica e concettuale della consuetudine sulla legge il Savigny e la Scuola storica manifestarono la loro avversione ad ogni progetto di codificazione in Europa.

Ma la Scuola storica tedesca andava contro le esigenze dei tempi. Ragioni molteplici, se pur di carattere pratico, suggerivano, anzi imponevano, negli stati d'Europa, la legiferazione a carattere organico, sopra tutto nelle materie di diritto privato. E non va sottovalutata, a questo proposito, la spinta politica determinata dal nascente spirito democratico, che reclamava a gran voce i codici, perché vedeva romanticamente in essi la rinnovazione di quel riscatto della plebe nei confronti del patriziato che si era verificato in Roma con le XII tavole, definite da Livio « *fons omnis publici privatique iuris* ».

Vennero, quindi, i codici. Da prima in Francia, poi in altri paesi dell'Europa continentale, da ultimo (nel passaggio dal XIX al XX secolo) finalmente in Germania. E mentre il fenomeno della codificazione si affermava, non poteva non affermarsi, parallelamente, nella dottrina giuridica e in particolare in quella Pandettistica tedesca, che ne era la espressione più alta e più nobile, il principio della prevalenza della legge sulla consuetudine: prevalenza, almeno nel senso che la legge potesse impedire alla consuetudine di avere efficacia vincolante in questo o in quel campo della sfera di interessi del diritto. Sicché Bernardo Windscheid, dopo avere nelle prime edizioni del suo classico *Lehrbuch des Pandektenrechts* asserito perfettamente l'opposto, giunse a insegnare: « Il diritto consuetudinario non ha alcuna forza, in quanto venga per legge dichiarato non obbligatorio ».

In fondo, con questo suo insegnamento, il Windscheid altro non fece che dare, finalmente, una giustificazione teorica ad un indirizzo di politica legislativa, che si era già saldamente affermato in Europa. Tralascio di soffermarmi sul codice prussiano del 1794, che aveva escluso l'applicabilità della consuetudine nelle materie da esso regolate. In Francia sin dal 1804 la legge del 30 ventoso anno XII aveva dichiarato nulle tutte le consuetudini relative a materie regolate dal nuovo Code civil, salvo quelle cui il codice stesso esplicitamente si riferisse: essa non parlava delle consuetudini che si sarebbero venute eventualmente a formare posteriormente all'entrata in vigore del Code civil, ma sembra chiaro, sebbene lo si sia contestato da alcuni, che anche alla validità di tali consuetudini future fosse posto dalla legge un ostacolo insormontabile. Poco tempo dopo, il § 10 dell'ABGB austriaco (entrato in vigore nel 1812) dispose che le consuetudini trovassero applicazione solo nel caso che una legge vi facesse riferimento esplicito (« Auf Gewohnheiten

