

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 *iurisprudencia*, 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 *iurisprudentia*: « *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

kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden»). Così pure fu stabilito nelle disposizioni generali sulla legislazione, pubblicate nel 1829 in Olanda. E in Italia la legge 30 novembre 1865 abrogò le consuetudini preesistenti al codice civile, entrate in vigore lo stesso anno, e dispose in via generale che una norma giuridica consuetudinaria fosse applicabile solo quando la legge esplicitamente vi si riferisse. Salvo che, sempre in Italia, il codice di commercio del 1883 designò come fonti del diritto commerciale: in primo luogo lo stesso codice di commercio e in secondo luogo gli usi mercantili in genere, con prevalenza anche sul codice civile.

È sullo sfondo di questo panorama legislativo e dottrinale che va inquadrato e valutato l'articolo 2 della legge introduttiva al codice civile germanico (BGB), entrato in vigore col 1900. Esso dice che per « legge » ai sensi del BGB e della relativa prelegge deve intendersi ogni norma giuridica, e una disposizione analoga si trova nella legge introduttiva al codice processuale civile germanico. Il primo progetto del BGB stabiliva inoltre che le norme giuridiche consuetudinarie avessero valore solo se richiamate dalla legge ma, dopo vive discussioni, la norma non passò nel secondo progetto e nella legge definitiva. Ciò posto, la dottrina giuridica tedesca suole affermare che la storia giuridica imponga di ritenere che, oltre la legge, possa considerarsi fonte giuridica solo la consuetudine; e suole aggiungere che la consuetudine deve avere efficacia pari a quella della legge e può, pertanto, anche abrogare o modificare leggi anteriori. Ma queste affermazioni, che ho trascritto dal celebre trattato dell'Enneccerus, rimangono in pratica lettera morta per la difficoltà concreta che si formi un diritto consuetudinario valevole per tutto il Reich, un « Reichsgewohnheitsrecht », che possa quindi derogare al diritto legislativo, o abrogarlo.

Ad ogni modo, nel secolo in cui viviamo il declino di dignità della consuetudine come fonte di diritto si è reso ancora più evidente e accentuato. Degna del più alto interesse è, al proposito, la nuova codificazione italiana del 1942, in cui è sfociata, si può dire, tutta l'esperienza giurisprudenziale e dottrinale formatasi in Italia dai tempi dell'unificazione del paese, dapprima sulle tracce della dottrina giuridica francese e poi, con la fine del secolo XIX, nell'ambito della *koiné* giuridica centro-continentale europea, che si era costituita intorno al nucleo glorioso della scienza giuridica tedesca.

Occorre ricordare che la vigente codificazione italiana si apre con un gruppo di norme, a sé stante, intitolato « disposizioni sulla legge in generale ». Sebbene questo gruppo di articoli sia stato pubblicato preli-

minarmente al codice civile del 1942, è evidente che esso non costituisce un « Einführungsgesetz », una « legge introduttiva », rispetto a quel codice, o anche rispetto a tutti e cinque i codici italiani (civile, di procedura civile, penale, di procedura penale e codice della navigazione). Le disposizioni sulla legge in generale valgono, invece, con tutta evidenza, nei riguardi di tutto quanto l'ordinamento giuridico italiano, sia pubblico che privato, e sono quindi, per noi, altamente indicative al fine di costruire nella sua unità la dottrina delle fonti del diritto in Italia. Ebbene, l'articolo 1 di tali disposizioni sulla legge in generale stabilisce che son fonti del diritto italiano: in primo luogo, le leggi; in secondo luogo, i regolamenti emessi dal governo o da altre pubbliche autorità; in terzo luogo, le norme corporative, cioè le norme in materia di lavoro emanate nei modi specificamente ammessi per questo settore del diritto; in quarto ed ultimo luogo, gli « usi » (termine che non va, forse, tradotto in tedesco con la parola « Gewohnheiten », ma piuttosto col sostantivo « Sitten »). Mentre il legislatore del 1865 parlava indifferentemente di « usi » e di « consuetudini », di « Gewohnheiten » e di « Sitten », il legislatore del 1942 si è accuratamente studiato di parlare solo ed unicamente di « usi », facendo intendere, se non vado errato, che non è per lui requisito essenziale degli usi l'*opinio iuris ac necessitatis* dei soggetti giuridici: requisito sufficiente (sebbene la nostra Corte di cassazione, non so con quanto fondamento ermeneutico, lo contesti), è quello esteriore della ripetizione conforme e prolungata (nonché, ovviamente, libera) di certi atti da parte della generalità dei soggetti.

E che il legislatore italiano, pur così prodigo di norme anche in relazione a vere e proprie minuzie, non curi di esigere la *opinio iuris ac necessitatis* a fondamento della consuetudine, si spiega agevolmente quando si passi a considerare il ruolo nettamente in sottordine che egli assegna, nel quadro delle fonti del diritto, alla consuetudine stessa. Risulta, infatti, dall'art. 8 delle citate disposizioni sulla legge in generale, che, se una materia è regolata da leggi, regolamenti o norme corporative, gli usi hanno efficacia obbligatoria solo in quanto siano richiamati dalle leggi o dai regolamenti e non siano, inoltre, contrari alle norme corporative. Il che significa che gli usi *praeter legem* hanno valore soltanto nell'ipotesi, praticamente irrealizzabile, che una certa materia, un certo settore della vita sociale sia stato completamente trascurato dalla normazione scritta.

Dell'indirizzo anti-consuetudinario degli ordinamenti giuridici del continente europeo l'espressione più radicale si ha nell'Unione sovietica, ove, come è ben noto, è negata ogni efficacia obbligatoria alle consuetu-

dini e si afferma che le eventuali lacune, o anche (si badi bene) le eventuali imperfezioni e incongruenze del diritto scritto vanno eliminate, di volta in volta, in ordine ai casi singoli, dai giudici.

3. — D'altra parte, se dalle ipotesi astratte, poste dalle legislazioni, passiamo alla realtà concreta della vita giuridica nei paesi dell'Europa continentale, ci accorgiamo facilmente che, anche là dove alla consuetudine si assegna la piú elevata dignità, anche là dove la consuetudine è ritenuta e proclamata fonte di diritto parallela alla legge, la consuetudine praticamente non opera, o opera in maniera del tutto trascurabile.

Prendiamo il caso della Germania. Ivi un « Reichsgewohnheitsrecht » potrebbe, come ho detto poco fa, abrogare le leggi dello stato o modificarle. Ma in pratica un Reichsgewohnheitsrecht è del tutto irrealizzabile, perché non è pensabile, sul piano concreto, la formazione di una consuetudine conforme per tutto il vasto e vario Reich germanico. Piú precisamente, se anche una consuetudine generale alla lunga potesse formarsi, occorrerebbe tanto tempo al suo riconoscimento, sorgerebbero tante discussioni in ordine alla sua precisa configurazione, che indubbiamente una legge del Reich interverrebbe a tagliar corto, formulando in termini espliciti la regola consuetudinaria discussa. E quel che si dice per la Germania va detto, piú o meno, per ogni altro paese d'Europa.

Perché un organismo biologico o un istituto giuridico possano vivere e prosperare, non è sufficiente la completezza e la perfezione delle loro strutture. Occorre l'ambiente propizio. E, per ciò che riguarda la consuetudine, l'ambiente propizio ad una sua pienezza di vita, nel mondo moderno, manca del tutto.

Non solo la vastità degli stati moderni ostacola la formazione di principî giuridici consuetudinari degni di nota. È la complessità delle società politiche moderne, anche se assai piccole, che si oppone all'affermarsi di consuetudini meritevoli di qualche rilievo. Ed un altro ostacolo al formarsi di stabili consuetudini nel mondo contemporaneo è costituito dalla rapidità e dalla impazienza della vita moderna. La vita sociale non può attendere che la consuetudine si formi alla sua vecchia e prudente maniera, ma reclama imperiosamente, di volta in volta che se ne ravvisi il bisogno, un regolamento purchessia, salvo a modificarlo di lì a poco col mutare delle esigenze o delle opinioni.

Ma vi è di piú. Contro la consuetudine ed a favore della legge (o, piú in generale, a favore della normazione giuridica scritta) si sono schierati, nel mondo moderno, i sociologi ed i filosofi, in nome dell'esigenza fondamentale della sicurezza e della certezza del diritto.

L'aspirazione piú profonda di tutti i tempi, ma particolarmente di questi nostri tempi di « crisi », è consistita e consiste nella certezza del diritto. « L'azione umana — si è detto da un acuto filosofo italiano, il Lopez de Oñate — ha bisogno per realizzarsi di partire fin dall'inizio da una fede nella vita sociale: fede che può sussistere solo se la società contraccambia la sua fede nell'azione stessa, e le ricambia il dono che essa fa alla società, conferendole la garanzia che è data dalla certezza ». « La consuetudine, nonostante il suo contatto immediato con lo spirito collettivo, che sembrava garantire l'adesione continua al principio di giustizia come la collettività organizzata lo intendeva, appare un *ius incertum*... e per questo dovette cedere il luogo ai codici ». Ancor piú pericoloso della consuetudine per l'esigenza di certezza del diritto è, naturalmente, l'affidamento ai giudici della ricerca del principio risolutivo delle controversie: ragion per cui vengono ripudiate, dai teorici della certezza del diritto, sia gli insegnamenti della « *Freirechtsbewegung* » di Bülow e Kantorowicz; sia la concezione nazionalsocialista di una « *belebte Ordnung* » prevalente sull'ordinamento formalistico statuale; sia la visione sovietica del diritto come strumento politico subordinato alla valutazione delle superiori esigenze politico-economiche; e sia, in genere, ogni concezione che valorizzi il diritto vivente, « *das lebende Recht* », che in ogni stato inevitabilmente si determina per effetto di una prassi deformatrice della legislazione formalmente vigente.

L'elogio delle leggi come garanzia di certezza del diritto non è cosa nuova. Perfino Federico Carlo v. Savigny, il fondatore della Scuola storica e l'avversario delle codificazioni in Europa, aveva definito « benefiche » le leggi ai fini della sicurezza del diritto. Ma è chiaro che, nella concezione filosofica di cui sto parlando, la legge assume una importanza ben piú alta ed acquista un valore, vorrei dire, assoluto. Secondo tale concezione, « la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa », che deve essere cioè tradotta in legge: « nella certezza (e quindi nella legge) consiste dunque la specifica eticità del diritto ». La « *Rechtsordnung* » si identifica, insomma, con la « *Gesetzesordnung* ». Il « *Rechtsstaat* » si risolve nel « *Gesetzesstaat* ».

4. — Ora, io non contesto che la specifica eticità del diritto consista nella certezza. Quel che io mi chiedo, quel di cui dubito, è se la certezza del diritto, cui i consociati anelano a tutela della loro libertà, sia soddisfatta effettivamente dalla legge. E dirò subito che, a mio avviso, questa aspirazione non è appagata dalla legge in quanto tale, ma dalla legge giusta, o piú in generale dalla norma giusta. Dimodoché, se non vado

errato, si ritorna alla solita, eterna esigenza dell'umanità: l'esigenza della giustizia. La sicurezza, la certezza del diritto sta nella sua giustizia.

Il mio modo di ragionare è il seguente. Se per certezza del diritto si intende la formale, esteriore prevedibilità degli effetti connessi ad ogni azione, indubbiamente una ricca legislazione scritta è garanzia di quella certezza: tutto è previsto, o almeno prevedibile, sicché il soggetto giuridico ha la piena possibilità di sfuggire, prevedendole, a conseguenze spiacevoli del suo agire. Ma non è detto con ciò che, tutelandosi la certezza formale del diritto, si venga del pari a tutelare la libertà dei consociati, la loro sete di giustizia. Su questo piano formalistico, si verrebbero a giustificare, anzi ad esaltare come modelli egregi di certezza giuridica, l'*Edictum rerum venalium*, con cui Diocleziano calmierò minutamente i prezzi di tutti i generi di consumo dei suoi tempi, o quelle minuziose « gride » a repressione del brigantaggio nell'Italia spagnola, di cui parla il nostro Manzoni nei suoi *Promessi sposi*. Ma l'unico effetto dell'editto di Diocleziano fu, come è noto, che i generi di consumo disparvero dai mercati ufficiali e ricomparvero sul così detto « mercato nero »; e la sola efficacia delle « gride » spagnole fu, come è ovvio, di non conseguire alcun effetto. La certezza formale del diritto, insomma, se anche è necessaria (il che vedremo), non è sufficiente a garantire l'esigenza fondamentale di libertà dei consociati nel quadro della convivenza sociale. Tanto vero che tra i piú rigidi assertori di questo tipo di certezza giuridica viene ricordato l'austriaco Sonnenfels, consigliere dell'autoritaria imperatrice Maria Teresa e autore di un'opera dal titolo *Grundsätze der Polizei*.

L'esigenza fondamentale di libertà dei consociati è data, invece, da norme oltre che certe, giuste: da norme che corrispondano al convincimento della generalità dei consociati, che rappresentino per costoro, quando stanno per derogarle, piuttosto un ricordo di quel che va fatto, che non un comando di quel che si deve fare. La norma giuridica, in altri termini, deve essere l'espressione genuina delle aspirazioni e delle esigenze del popolo. E il popolo, a sua volta, deve essere certo che le norme cui obbedisce sono quelle cui è bene ch'egli obbedisca.

Ciò posto, risolvere la certezza del diritto nella normazione scritta è soluzione semplicistica. Vi è di piú. Gli ordinamenti democratici moderni non consentono piú alle leggi di essere, come in passato, espressione diretta della volontà e delle esigenze popolari. La democrazia diretta oggi non esiste. Non è il popolo a fare le leggi, sono i suoi « rappresentanti » a farle. Questo processo indiretto, mediato, non può non determinare una minore rispondenza delle leggi agli orientamenti

della popolazione ed alle sue esigenze: le quali, spesso, o sono fraintese o (vecchio problema sollevato dal Savigny) piú non rispondono, all'atto della loro emanazione, ai motivi per cui erano state promosse.

E tralascio volutamente di aggiungere al conto i molteplici ostacoli di fatto (come li si suol definire) che ulteriormente si frappongono tra i soggetti e il diritto. *Nemo censetur ignorare legem*, d'accordo. Ma sta di fatto che, al giorno d'oggi, nessuno, neanche il piú consumato giureconsulto, conosce veramente tutte le leggi che dovrebbe conoscere, si muove con vera sicurezza, con piena garanzia da ogni spiacevole sorpresa, nella giungla delle leggi vigenti. Le leggi sono innumerevoli, spesso contraddittorie, spessissimo oscure e di difficile interpretazione. Esse stanno, pertanto, in agguato in ogni piega della vita sociale, ci insidiano continuamente, rappresentano per il buon cittadino non una certezza, ma il piú delle volte un'incognita, se non un trabocchetto. Mi viene in mente un'epigrafe sepolcrale romana, di circa un secolo avanti Cristo, in cui, tra le tante lodi che si tributano al defunto, vi è quella di aver fatto testamento « *sine iurisconsultis* », senza l'ausilio di un giureconsulto. Effettivamente, a Roma la complessa materia dei testamenti rendeva difficile ad un uomo della strada disporre della propria situazione familiare per dopo la morte, fidando solo sulle proprie conoscenze giuridiche e sul proprio buonsenso. Ma al giorno d'oggi l'uomo della strada corre pericoli non solo nel fare testamento, ma in ogni atto che compia, e talvolta in qualche atto che ometta di compiere. Ragion per cui il consiglio piú prudente potrebbe esser per lui di non avventurarsi nemmeno per le strade cittadine, e di starsene in casa aspettando la *mors*, che « *omnia solvit* ».

5. — Anche in uno stato democratico, quindi, le leggi, di per sé sole, non bastano a dar soddisfacimento all'esigenza di certezza del diritto. Accanto alle norme legislative (indubbiamente indispensabili in materia penale o di procedura, ma non altrettanto necessarie e sufficienti in materia di rapporti privati o di vita costituzionale e amministrativa), devono porsi, in qualche altro modo, altre norme, non scritte, che appaghino in pieno ogni altra istanza di disciplina sociale.

E qui sorge, inevitabile, la domanda: sono queste altre norme, di cui la vita sociale ha bisogno, le norme del diritto consuetudinario?

A chi si contenti di una considerazione astratta del problema, la risposta affermativa vien facile. Posto che il diritto scaturisce dalla legge o dalla consuetudine, se la legge non basta ne consegue che occorre potenziare quell'altra fonte giuridica che è la consuetudine. Ben fanno, dunque, i

commentatori del diritto tedesco ad affermare, su questo piano, il parallelismo della consuetudine con la legge, la possibilità per la consuetudine di modificare o abrogare la normazione scritta, pur se a loro non riesce, all'atto pratico, di dare nessun esempio cospicuo di tale stato di cose.

Ma ricordiamoci, ancora una volta, che la scienza del diritto non è una scienza esatta e che il diritto non obbedisce a regole di matematica. Un dato ineliminabile del nostro problema è che la consuetudine, nel mondo moderno, non ha una vita facile. Essa si forma con eccessiva lentezza, in ambiti sociali troppo limitati, con riferimento a materie di scarsa o scarsissima importanza.

Per ridar vitalità alla consuetudine nel mondo moderno potrebbe pensarsi, se mai, a un espediente di questo genere: stabilire che una consuetudine *contra legem*, pur se si sia formata in un ambiente più ristretto della comunità statale (per esempio, in una città, in una contrada di campagna, in una categoria di lavoratori, in un'azienda), possa ugualmente derogare o abrogare, limitatamente a quell'ambiente, la legge dello stato. Tralascio deliberatamente di sottolineare le difficoltà di vario genere che questa ipotesi, se fosse realizzata, determinerebbe nella pratica. Mi domando: verrebbero per tal modo le consuetudini giuridiche ad essere rianimate? potrebbe per tal guisa finalmente verificarsi una « ripresa » della consuetudine nel mondo giuridico moderno?

Qui può soccorrere l'esperienza della storia giuridica, ed in particolare l'esperienza giuridica di Roma. Essa, come vedremo, conferma la risposta negativa al nostro quesito ed apre, d'altro canto, uno spiraglio, il quale permette di intravedere la soluzione, sperimentalmente migliore, che forse può darsi al problema della ricerca di una fonte complementare della legge nella vita moderna.

6. — Si suole insegnare, in generale, che il diritto di Roma fu un diritto eminentemente consuetudinario. Esso viene indicato, di solito, come uno degli esempi più insigni dell'alta importanza per lungo tempo rivestita dalla consuetudine come fonte del diritto. Ma io penso che una indagine alquanto più approfondita consenta di individuare, nella millenaria storia del diritto romano, due nozioni diverse di consuetudine, di cui solo la seconda, la nozione deteriore, sopravvive ed è in grado di sopravvivere, sia pur con difficoltà, nel mondo moderno.

Vero e proprio diritto consuetudinario fu solo quello originario di Roma: il *ius Quiritium*, che ebbe rigoglio nei secoli dall'VIII al VI a. C. e fu quindi assorbito, col complemento delle XII tavole, nel più ampio

ordinamento denominato *ius civile*. Il *ius Quiritium* era costituito, infatti, secondo l'insegnamento della prevalente dottrina, da consuetudini particolarmente autorevoli perché basate sulla osservanza costante da parte degli antenati, i *mores maiorum*. I *mores maiorum*, in gran prevalenza di origine precittadina, erano veramente l'espressione diretta e genuina delle comuni esigenze e delle comuni aspirazioni delle *gentes* latine, sabine ed etrusche insediate sulla riva del Tevere, accanto all'isola Tiberina, e lentamente avvicinate sino a costituire una *civitas* unitaria, la *civitas* dei *Quirites*. Sui *mores maiorum* si fondava, in particolare, l'organizzazione rigidamente potestativa della famiglia romana, di cui era capo ed esponente unico il capostipite vivente, il *pater familias*, che esercitava il potere di *manus* o *mancipium* rispetto a ogni altro membro del consorzio.

Tralascio di indugiarmi su nozioni troppo note ai romanisti, per dover essere richiamate, e troppo poco familiari ai non romanisti, per poter essere riassunte in pochi tratti. Sebbene qualche studioso autorevole abbia tentato di contestarlo, non mi sembra che si possano nutrire forti dubbi sul fatto che la *civitas* degli antichissimi *Quirites* si reggesse essenzialmente, e forse esclusivamente, sulla base di un diritto consuetudinario particolarmente autorevole. Tanto autorevole, causa il rispetto anche religioso portato dai *Quirites* agli antenati, da essere ritenuto praticamente imm modificabile.

Questa convinzione della imm modificabilità dei loro ordinamenti originari, innegabilmente radicata nella mentalità dei Romani, ha fatto pensare al Kaser che i Quiriti, in realtà, non possedessero affatto il concetto dei *mores maiorum* come fonte del *ius Quiritium*, ma vedessero in tale *ius*, direttamente e immediatamente, una sorta di « urremisches Naturrecht », una specie di diritto naturale a carattere nazionale. Ma, secondo il mio avviso, il Kaser, mentre ha il merito di aver individuato con ammirevole finezza questo concetto inespresso, vorrei dire subcosciente dell' « urremische Naturrecht », ha avuto il torto di non accorgersi che esso fu il concetto che dei loro istituti giuridici originari ebbero, invece, i Romani delle età piú evolute, i Romani dell'età repubblicana o dell'età del principato. I primitivi no. Essi avevano bisogno di materializzare in indicazioni concrete, in imperativi specifici le regole della vita cui si attenevano. È della mentalità primitiva, semplice, elementare, richiamarsi agli antenati, non della mentalità avanzata, evoluta, moderna, la quale, tutt'al piú preferisce giustificare la obbligatorietà di un suo uso sul fatto della diffusione universale, o per lo meno generale. D'altra parte, affermare che gli antichi *Quirites* si com-

portavano in certo modo perché sentivano, nel loro subconscio, di doversi comportare così, di non potersi comportare che così, equivale riferirsi, se mai, ad un'epoca in cui la *civitas* non era stata ancora costituita, ed in cui le *gentes* laziali formavano indubbiamente una *koiné*, ma non erano ancora passate a costituire una specifica società politica: una organizzazione politica specifica, ben individualizzata, quale fu la *civitas* romana almeno nel VII-VI secolo a. C., non poteva non riassumersi in un ordinamento altrettanto specifico e ben individualizzato. La vecchia dottrina romanistica sui *mores maiorum*, radice prima del *ius civile* romano, resta dunque a mio modo di vedere, incrollabile.

Ma l'identità *ius - mores maiorum* non continuò a lungo, né lo avrebbe potuto. I tempi incalzavano e esigevano sempre nuovi regolamenti giuridici, che i *mores maiorum*, così lenti e così difficili a formarsi, non erano in grado di dare. Tali nuovi regolamenti giuridici erano, in Roma, reclamati particolarmente dalla *plebs*, ansiosa, come è ben noto, di ottenere il pareggiamento giuridico con i patrizi, cioè con i *Quirites*. Subentrò, quindi, col V sec. a. C., un lungo periodo di incertezza e di disordine, cui posero termine la legge delle XII tavole e la legge Canuleia sull'ammissione dei matrimoni tra patrizi e plebei: leggi che tradussero in norme certe e ben definite quelle che erano ormai da tempo le aspirazioni, e in parte anche le usanze (le nuove usanze) della popolazione romana, sia patrizia che plebea. Indi, la poderosa, autorevolissima attività di interpretazione creatrice svolta dai giureconsulti, i *prudentes*, la cui importanza nella società romana era per molteplici ragioni altissima, fece sì che dei *iura* quiritari e delle *leges* successive si attuasse un unico corpo normativo, non privo di arditi sviluppi e di importanti innovazioni, che fu denominato *ius civile*, cioè il diritto romano per antonomasia.

Ora, se ben si guarda, tutto ciò che vi è di consuetudinario nel *ius civile* romano resta costituito dal vecchio nucleo dei *mores maiorum*, cioè dal ceppo primigenio denominato *ius Quiritium*. Ogni ulteriore sviluppo o è dovuto alle *leges* sopra menzionate (e a pochissime altre) o è dovuto all'*interpretatio prudentium*. Ed anzi, siccome ai Romani dell'età classica il *ius civile* si presentava ormai tutto quanto riassunto ed elaborato dall'opera dei giureconsulti, il giurista Pomponio poté affermare, non inesattamente: « *ius civile in sola interpretatione prudentium consistit* » (D. 1.2.2.12), il *ius civile* consisteva solo nell'interpretazione giurisprudenziale.

Ciò significa (e mi pare molto importante) che i Romani dell'età preclassica avanzata e quelli dell'età classica, pur riconoscendo *in abstracto*

che il loro diritto derivava o dai *mores* o dalle *leges* (o dalle consuetudini o dalle leggi), non vedevano più *in concreto* alcuna consuetudine effettivamente e direttamente operante, cioè in grado di subire un processo di evoluzione o di involuzione, in grado di modificarsi o di perire, in grado insomma di vivere. Essi riconoscevano che una gran parte delle loro istituzioni aveva origini consuetudinarie, ma consideravano i vecchi *mores maiorum* come qualcosa di mummificato, di non più vitale, come espressioni (e in questo senso ha pienamente ragione il Kaser) di un « *urrömisches Naturrecht* »: un ordinamento giuridico sorto a suo tempo da *mores maiorum*, ma valido attualmente solo a causa del suo intimo collegamento con le strutture essenziali della romanità. E il giurista Gaio, quando nei primi paragrafi delle sue Istituzioni (1.1-2) traccia un quadro delle fonti del diritto romano, esordisce affermando che tutti i popoli, e così pure quello romano, « *legibus et moribus reguntur* » (sono regolati da leggi e consuetudini), ma passa dopo ad indicare come fonti effettive, attualmente operanti, dei *iura populi Romani*, delle istituzioni giuridiche romane: le leggi, i plebisciti, i senatoconsulti, le costituzioni dei *principes*, gli editti dei magistrati, i responsi dei giureconsulti. In questo elenco la consuetudine manca.

La consuetudine riappare, è vero, in alcuni autori del tardo diritto classico e in alcune costituzioni del periodo postclassico, ma in un senso del tutto diverso dagli antichi *mores maiorum*. Essa riemerge nel senso di « costumanze locali » degli svariati popoli accozzati nell'impero romano, oppure nel senso di « costumanze derogatorie » del puro diritto romano, cioè nel senso che si suole esprimere con il termine « diritto volgare ». E in particolare si profila, nell'età tardiva del diritto romano, il concetto di desuetudine della legge, come inosservanza prolungata della stessa con la tolleranza delle autorità preposte alla sua esecuzione. Ma l'affermazione che la consuetudine è di valore pari alla legge e che la desuetudine può giuridicamente abrogare una legge è un'affermazione che appare sporadicamente, e non senza contraddizioni e incongruenze, in qualche raro testo della giurisprudenza classica visibilmente alterato da scoliasti postclassici. I commentatori postclassici delle opere della giurisprudenza classica anche in tal caso dettero prova di incomprendimento e di superficialismo concettuale: essi non si rendevano conto del senso in cui Gaio, come ho poc'anzi illustrato, aveva affermato che il popolo romano « *moribus et legibus regitur* ». Attribuendo alle asfittiche consuetudini del loro tempo la stessa importanza e dignità che avevano avuto e potuto avere in antico i *mores maiorum* quiritari, essi formularono, insomma, un principio generale che i giuristi classici non si

erano nemmeno lontanamente, sia pur sulla carta, sognato di formulare.

Comunque, l'attitudine della legislazione postclassica nei riguardi delle nuove consuetudini locali o volgari è chiarissima ed inequivocabile. « *Quod principi placuit legis habet vigorem* » è il principio costituzionale su cui si basa l'impero assoluto: ciò che l'imperatore decide ha valore supremo di legge. E l'atteggiamento degli imperatori nei confronti del problema dell'efficacia della consuetudine è espresso in una celebre costituzione di Costantino riportata da Giustiniano in *CI.* 8.52.2: « *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* »: non deve negarsi ogni importanza alla consuetudine e in genere a qualunque usanza di vecchia data, ma non può ammettersi che esse prevalgano sulla ragione o sulla legge.

7. — L'esperienza romana, dunque, ci insegna che vi sono due specie di consuetudini, tra cui non bisogna fare confusione. Vi è una consuetudine primaria, costituzionale, di valore pari, anzi superiore alla legge, perché diretta e genuina espressione delle aspirazioni e delle esigenze della nazione (tali furono i *mores maiorum*); e vi è una consuetudine secondaria, limitata, che si afferma nel quadro del diritto costituito (sia legale che consuetudinario) come espressione di reazioni locali o volgari alla rettilinea applicazione del diritto vigente (tali furono le *consuetudines* dell'età imperiale). La consuetudine del secondo tipo non può che avere una vitalità inferiore a quella delle leggi: anche se queste non lo dispongano esplicitamente (come avviene, abbiám visto, in Germania), è inammissibile che tali usanze possano avere efficacia *contra legem*, o forse anche *praeter legem*. Una efficacia piena e completa (anche *praeter* e *contra legem*) può essere riconosciuta solo alla consuetudine del primo tipo, alla consuetudine che si concretò in Roma nei *mores maiorum*, e che fu cioè espressione diretta e evidente degli orientamenti, delle disposizioni del popolo. Ma una consuetudine di tal tipo non può sussistere che in una comunità primitiva, o comunque estremamente semplice, quale fu la *civitas dei Quirites*.

Con ciò il problema della consuetudine, sul piano sperimentale, può dirsi risolto. Nella consuetudine, come fonte giuridica integrativa della legge, non può aversi, nel mondo moderno, tanto simile al mondo romano dell'età postclassica, nessuna fiducia. L'esperienza del diritto romano sconsiglia gli sforzi volti a dar vita alla consuetudine come fonte di diritto. Sarebbero sforzi, con ogni probabilità, vani.

Ma, visto che nella consuetudine non è consigliabile aver fede,

come risolvere il problema di una fonte integrativa della legge, di essa piú duttile e pronta e spontaneamente espressiva delle esigenze di disciplina esistenti nella collettività? La legge, lo abbiamo visto, non basta, sopra tutto nel mondo moderno. A che affidarsi, in mancanza delle consuetudini, per fare sí che lo « stato di diritto » corrisponda, il piú che sia possibile, alle concrete necessità sociali?

E qui, ancora una volta, può soccorrere l'esperienza di Roma, con particolare riguardo stavolta alla Roma genuinamente democratica, cioè alla Roma dell'età repubblicana.

Nell'epoca aurea della democrazia romana, nonché, in parte, nell'età da Augusto a Traiano, le esigenze di regolamento sociale vennero appagate non soltanto dalle leggi, ma anche da altre fonti giuridiche piuttosto inconsuete nel mondo moderno. Accanto alle *leges*, ai *plebiscita*, ai *senatusconsulta*, operarono la *interpretatio prudentium* e la *iurisdictio* dei magistrati. La *interpretatio prudentium* attuò, come abbiamo visto, la unificazione del *ius civile* e molto ancora si rese utile, successivamente, per il progresso e l'armonizzazione di ogni altro sistema giuridico romano. La *iurisdictio* dei magistrati, strettamente collegata con l'attività dei giureconsulti, effettuò il riconoscimento nel mondo giuridico romano di esigenze le piú avanzate e moderne, che altrimenti assai faticosamente si sarebbero affermate.

Ora è appunto alla *iurisdictio* dei magistrati (il *praetor peregrinus*, il *praetor urbanus*, gli *aediles curules*, i *praesides provinciarum*) che io vorrei qui fare un particolare richiamo. Relativamente a materie non facilmente traducibili nel linguaggio giuridico romano attraverso la pura e semplice *interpretatio prudentium* o attraverso le leggi, in un'epoca (quella cosí detta della « crisi » della repubblica) in cui le tumultuose vicende sociali impedivano una attività legislativa pari ai bisogni della *respublica*, i magistrati *ius dicentes* conciliarono, caso per caso, attraverso i loro *iudicia*, gli imperativi della tradizione con le istanze del progresso sociale in atto e giunsero, per tal guisa, a creare nuovi sistemi giuridici, cui si dà il nome di *ius civile novum* (o *ius gentium*) e di *ius honorarium*. I *iudicia*, sulla cui struttura tecnica non è questo il momento di fermarsi, venivano formulati caso per caso, sulla base di valutazioni concrete di *aequitas*, ma questo « Fallrecht » non assurse perciò a minore importanza del *ius civile*: e fu in virtù della autorità riconosciuta ai precedenti. Di guisa che gli *edicta magistratuum*, che pure venivano rinnovati di anno in anno e potevano teoricamente differire anche *in toto* l'uno dall'altro, divennero invece la fonte di cognizione stabile, e praticamente costante, di un insieme vastissimo

di regole di giudizio dettate, quasi senza variazioni col trascorrere degli anni, dai magistrati giusdicenti.

Perché questa stabilità di criteri della *iurisdictio* romana? Perché tanto poco variarono le regole di giudizio adottate rispetto a fattispecie analoghe? Perché si formò tanto solidamente una prassi giurisdizionale, che non trova alcun riscontro nei nostri paesi dell'Europa continentale?

A mio parere, la ragione di tutto questo è evidente. La *aequitas*, cui i magistrati giusdicenti romani ispirarono l'uso dei loro poteri discrezionali, non ebbe nulla a che vedere né con criteri « lassistici » di benevolenza o di tolleranza, né con criteri « rigidi » e astratti di giustizia o di diritto naturale. L'*aequitas* dei magistrati giusdicenti romani consisté nel reperire, in relazione alle concrete fattispecie, i criteri che la collettività stessa fosse in grado, nella sua generalità, di ritenere concretamente i piú adatti. I magistrati giusdicenti romani furono, in altri termini, col valido ausilio della giurisprudenza, i felici interpreti, e se vogliamo gli « scopritori », degli orientamenti della collettività romana.

In un'epoca in cui, come abbiám visto, troppi ostacoli si opponevano a che questi orientamenti un po' vaghi e indefiniti si condensassero in precise consuetudini, i magistrati giusdicenti romani assolsero la felice iniziativa di operare in altro modo questo processo di condensazione. Lo operarono attraverso i loro *iudicia*.

Vi è, insomma, una ragione assai profonda del fenomeno per cui i *iudicia* dei magistrati giusdicenti romani acquistarono tanto grande importanza in Roma. Vi è una ragione assai profonda del fatto che da quei *iudicia* relativi a fattispecie concrete scaturirono con tanta naturalezza due sistemi giuridici della importanza del *ius gentium* e del *ius honorarium*. I principi di *aequitas*, cui i magistrati giusdicenti ispirarono (sull'accordo delle parti) i loro *iudicia*, altro non erano, infatti, si passi l'ardire della metafora, che « embrioni » di consuetudini giuridiche romane.

8. — Posto che anche negli stati moderni le consuetudini trovano tanta difficoltà a formarsi, sarebbe dunque opportuno, e forse necessario, che gli stati moderni seguissero l'esempio di Roma. In primo luogo, attribuendo alle parti la possibilità di rimettersi nel maggior numero di casi alla discrezionalità dei magistrati; in secondo luogo, spingendo le magistrature giudicanti a fare dei loro poteri discrezionali un uso non meno cauto e lungimirante di quello praticato dalle magistrature giusdicenti romane.

Come è noto, un sistema approssimativamente corrispondente a

quello da me proposto già esiste in Inghilterra e in America e funziona, sopra tutto in Inghilterra, nel modo piú egregio. È il sistema del « common law », nel quale si inquadrano i principî del « judge made law » e dello « *stare decisis* ». E non è nemmeno il caso di aggiungere che nessun vincolo di parentela esiste tra sistemi di questo tipo e quello propugnato dalla scuola del diritto libero o da altri indirizzi scientifici o politici, di cui già ho fatto cenno dianzi.

Mi par già, tuttavia, di sentire le obiezioni che si muoveranno alla mia proposta. L'attuazione, nei nostri ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, di una giurisdizione creatrice di diritto del tipo di quella romana o, *mutatis mutandis*, di quella dei paesi di « common law » implicherebbe una troppo gigantesca riforma, nonché la rinuncia a certi principî, che rappresentano, per altri versi, un vanto dei diritti continentali europei. Non è dipeso dal caso se la grande battaglia delle codificazioni è stata, in definitiva, perduta dalla scuola storica tedesca, che tanto strenuamente si opponeva alla confezione dei codici. Abolire il sistema dei codici, che pure funziona egregiamente da un secolo e mezzo, sarebbe un tornare indietro, un recedere su posizioni superate.

Ma non è necessario abolire il sistema dei codici per poter dare vita ad una giurisdizione creatrice di diritto (e meglio vorrei dire: una giurisdizione ricercatrice di orientamenti sociali). Si tratterebbe solo di ritoccare in qualche parte le moderne legislazioni europee, in modo da permettere alle parti in causa di chiedere al giudice, almeno nella maggior parte dei casi, di risolvere le controversie secondo il suo equo apprezzamento, indipendentemente dai criteri, o troppo rigidi o superati, che la legge stabilisce. Si tratterebbe, in altre parole, di dare maggiore respiro all'istituto denominato in Germania « *Schiedsurteilsverfahren* » e denominato in Italia « giudizio secondo equità ». Lo *Schiedsurteilsverfahren* disciplinato dal § 510 della ZPO tedesca è, peraltro, eccessivamente limitato non solo nelle materie, ma anche nel valore delle controversie: giustamente è stato osservato, dallo Schönke, che, così ristretto, esso si risolve in una inutile complicazione delle norme della ZPO. Molto piú pratico, posta l'adozione di limiti così ristretti, appare il sistema della ZPO austriaca, che dispone degli alleviamenti di procedura per le « *Bagatellsachen* » (§ 448 ss.), senza creare un apposito « *Bagatellverfahren* ».

Il codice di procedura civile italiano, entrato in vigore nel 1942, è andato assai piú oltre su questa strada. Esso distingue tra *Bagatellsachen* e *Schiedsurteilsverfahren*. Per le cause di valore minimo il giudice competente è autorizzato dalla legge a giudicare discrezionalmente, anche

se le parti non vogliono. Viceversa, per le cause di valore superiore a quel minimo, salvo che si tratti di materie di particolare interesse sociale (come il matrimonio, la filiazione, la materia di lavoro eccetera), il giudice deve essere autorizzato da ambedue le parti a giudicare « secondo equità », anziché secondo diritto. E in queste ipotesi, ovviamente, si esclude la possibilità di impugnare la sentenza, in appello o in cassazione, per *error in iudicando*.

9. — Non è difficile, concludo, porre i presupposti per la proposta riforma. Anzi, in Italia, come ho ricordato, i presupposti già vi sono. Tuttavia, debbo subito aggiungere che, per l'Italia, risulta che quasi mai si è fatto ricorso dalle parti alla giurisdizione di equità. La norma dell'art. 114 del codice di procedura civile italiano incomincia, anzi, ad arrugginirsi, come un meccanismo troppo a lungo lasciato da parte.

Il fatto è che le buone leggi non bastano. Occorre la buona disposizione dei soggetti ad applicarle e ad utilizzarle. Questi nostri tempi di guerre fredde e di corse agli armamenti non favoriscono la fiducia delle parti nell'equità dei giudici. Assai malvolentieri le parti, e sopra tutto i loro avvocati, rinunciano alla possibilità delle impugnazioni per *errores in iudicando*. D'altro canto, bisogna riconoscere che non sempre le magistrature giudicanti dimostrano, nei nostri paesi dell'Europa continentale, una preparazione giuridica, una sensibilità sociale e una considerazione umana tali, da giustificare la fiducia che in esse si dovrebbe avere dai « soggetti ».

Ritoccare le nostre leggi processuali civili, favorendo l'esplicazione dei giudizi secondo equità, non sarà, insomma, sufficiente. Occorrerà moltiplicare gli sforzi per ridestare negli uomini d'oggi quella fiducia nella giustizia, che in essi, per tante e tante ragioni, appare così scossa. E noi giuristi e storici del diritto abbiamo, io credo, il dovere di combattere in prima linea questa battaglia.