

LA RIMOZIONE DEL DIRITTO E L'ESPERIENZA ROMANA

1. *Il diritto secondo Mefistofele*. — «Leggi e diritti si ereditano / come un'eterna malattia. Si trasciano / da una generazione all'altra, si propagano / di luogo in luogo, piano piano. / La ragione diventa assurdità, / il beneficio una calamità; / che disgrazia l'essere un postero!».

Sono le parole pronunciate da Mefistofele, nel *Faust* di Goethe (vv. 1972-77), quando, travestito appunto da dottor Faust, prodiga consigli (scoraggianti consigli) ad uno studente novellino che è incerto circa la facoltà universitaria da scegliere. Parole amare, delle quali però, almeno a mio avviso, non si è in grado di intendere pienamente il valore, se non si corregge la traduzione italiana di Franco Fortini, per il resto (salvo qualche altro particolare) ottima, là dove attribuisce a Goethe, e per lui a Mefistofele, il riferimento ai posteri.

Può sembrare una «nuance», ma non lo è. Il testo originale goethiano non parla di «postero», ma dice «Enkel», cioè nipote, o estensivamente pronipote, discendente («Weh dir, dass du ein Enkel bist!»).

Ora, il postero, a pensarci bene, è un'altra cosa rispetto al mero discendente. Come lui, «viene dopo»; ma, diversamente da lui, appartiene ad una sfera epocale ben distinta da quella «venuta prima»: ad un'epoca cui sono estranei i suoi modi di vivere, le sue regole di condotta, la sua civiltà. In questo senso Ovidio, in un noto passo dei *Tristia* (4.10.1-2), presentò se stesso ad una posterità che non sarebbe stata altrimenti in grado di conoscerlo («Ille ego qui fuerim ... Quem legis, ut moris, accipe posteritas»). In questo senso Francesco Petrarca, imitando Ovidio, scrisse una famosa epistola latina «alla posterità» (*Posteritati*), iniziandola con le significative parole: «Ti verrà forse all'orecchio qualcosa di me; sebbene sia dubbio che il mio povero nome possa arrivare lontano nello spazio e nel tempo» («... *quanquam dubium sit, an exiguum et obscure longe nomen seu locorum seu temporum perventurum sit*»). In questo senso, infine, Alessandro Manzoni, nell'ode in morte di Napoleone, si chiese «fu vera gloria?», e (diamine, chi non lo sa?) rimise «ai posteri l'ardua sentenza».

* La traduzione italiana di J. W. GOETHE, *Faust, Eine Tragödie* cui mi riferisco è quella, con testo a fronte, di F. Fortini, pubblicata ne *I Meridiani*⁸ (Milano 1995). Sulle vicende dell'eredità giusromanistica in Europa, e particolarmente in Germania, sino all'evento della codificazione, v. per tutti: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*² (Göttingen 1967) *passim* (tr. it. *Storia del diritto privato moderno*, Milano 1980). Per le critiche del Diderot, di Voltaire, di A. Verri e di altri v. la *Nota di lettura* premessa da W. WOŁODKIEWICZ alla ristampa fotostatica (Napoli 1984) di A. J. BOUCHER D'ARGIS, *Lettres d'un magistrat de Paris à un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Genève 1782. [Queste note sono lo sviluppo sintetico degli appunti preparati per due seminari: che avrei dovuto svolgere, ma che poi non ho svolti, nel dicembre 1994. L'informazione, ridotta all'essenziale, è aggiornata al 30 settembre 1995].

D'altronde è difficile credere che Johann Wolfgang Goethe, pur volendo dar voce nella scena dello studente non alle proprie idee, ma a quelle eversive di Mefistofele, considerasse posteri se stesso e i suoi contemporanei rispetto al diritto vecchio e decrepito, ma tuttora vigente negli stati tedeschi. Tale diritto era, in larghissima misura, il diritto romano giustiniano, quello del così detto *Corpus iuris civilis*: un diritto ormai pieno, zeppo di varianti e di eccezioni, sopra tutto in materia pubblicistica, ma ancora ben saldo nel suo tronco, particolarmente in materia privatistica, anzi da molti addirittura identificato, a prezzo di non pochi equilibrismi logici, con la suprema e immutabile ragion naturale.

Goethe, che aveva studiato diritto a Lipsia e poi a Strasburgo e che quivi aveva ottenuto il diploma di «*licentiatus iuris*» nel 1771, tutto questo non poteva ignorarlo, né poteva credere che lo ignorasse il pubblico colto cui si rivolgeva con il suo dramma. Egli peraltro nemmeno ignorava (anche se non possiamo sapere se e quanto le approvasse) certe vivaci reazioni che contro l'egemonia del diritto romano si levavano, in Germania e nel resto d'Europa, sia da innumerevoli operatori pratici sia da non pochi e non trascurabili pensatori del calibro (facciamo qualche nome) di un Diderot, di un Alessandro Verri, di un Voltaire.

Il diritto romano, sopra tutto quello dei giureconsulti ospitati dai *Digesta*, è vetusto, è superato, serve solo a complicare le cose: insegnarlo a dismisura nelle università è una perdita di tempo, volerlo applicare ai tempi nuovi è una follia. Questa la voce sempre più alta negli ambienti dell'Illuminismo. Questo il lamento sempre più vivo e diffuso negli stati tedeschi. E il beffardo Mefistofele non esita a dirlo, deplorando appunto, in implicito, che i germanici non abbiano finalmente chiuso col diritto romano, non siano ancora diventati, rispetto ad esso, posteri.

Mefistofele (o Goethe per bocca di lui) alla sua tirata contro il vecchio diritto romano aggiunge, concludendo (vv. 1778-79), qualcosa di più: «del diritto nato con noi, del diritto che ha la stessa età nostra, di quello non si fa mai, purtroppo, parola». Con il che egli pone, sempre per implicito, un problema che sarà al centro delle discussioni che alimenteranno gran parte del secolo diciannovesimo: quelle, famose, intorno alla opportunità di togliere di mezzo, di far fuori (ma sí, di «uccidere») il diritto romano e di porre al suo posto codici e leggi di più moderna fattura e di più agevole integrazione, modificazione, rimozione quando venga il momento opportuno.

Di quel diritto romano e del suo relativo *Corpus iuris* l'Inghilterra e il mondo anglosassone si sono liberati, almeno quanto a vigenza, sin dai tempi di Guglielmo il Bastardo, duca di Normandia, e della sua vittoria nel 1066 sul sassone Aroldo. Gli stati dell'Europa continentale ci hanno messo invece molto più tempo, in una complessa vicenda che qui non è il caso di riassumere, alla quale una «svolta» importante, ma non decisiva è stata impressa dalla Rivoluzione Francese. L'ultimo e più resistente bastione, rappresentato dal Reich germanico, è crollato solo nella notte di San Silvestro del 1899, quando col secolo nuovo è entrato in vigore l'autorevole codice civile meglio noto come BGB («*Bürgerliches Gesetzbuch*»).

È da quel primo gennaio del 1900 che tutto il mondo civile di tradizione occidentale, salva qualche limitata eccezione sparsa ancora qua e là, può dirsi davvero «postero» nei confronti del diritto romano. Per locare un immobile, per estinguere un usufrutto, per essere risarcito dei danni prodotti da un cavallo (o, più modernamente, da un'automobile), e così via dicendo, il *Corpus iuris* (con il suo «*latinorum*») non deve essere più compulsato. Ogni paese ha i suoi codici (almeno quattro), le sue leggi estravaganti (almeno centomila), la sua lingua nazionale (in versione, di solito, sempre più «burocratese») e le sue continue riforme, cioè i suoi incessanti adeguamenti alla realtà sociale che si evolve. Di regola, entro quindici giorni dalla pubblicazione del provvedimento in quel piacevole quotidiano che è la *Gazzetta Ufficiale* (o come altrimenti si intitola al di fuori dell'Italia) tutti ne vengono a conoscenza. E se non si danno da fare a questo fine, peggio per loro: l'ignoranza del diritto non vale come scusa, o almeno ci vuole la mano di Dio per essere talvolta perdonati.

Bene. Ma che fanno i posteri quando un diritto (diciamo la brutta parola) è morto? Tornano a casa compunti dopo l'ufficio funebre (sempre che vi abbiano assistito) e, voltata la pagina, se ne dimenticano? Non vi è dubbio (ed è umano) che i più facciano così. Già troppa fatica gli crea il diritto nuovo e vigente, specie se uscito dai convulsi emendamenti e dai contro-emendamenti delle discussioni parlamentari, che lo rendono a volte, almeno in Italia, demenziale.

Allo stesso modo del volgo (vogliamo dire dell'uomo della strada, del laico?) non può peraltro, o almeno non deve, comportarsi il «giurista», sia nelle funzioni di operatore pratico (giudice, avvocato, notaio, burocrate e così avanti), sia (e sopra tutto) nelle funzioni di studioso e di critico, nelle funzioni insomma di giureconsulto o di legislatore. Il suo presente (cito Sant'Agostino, *Confess.* 11.20.26) non può non essere anche il suo passato. La conoscenza degli antefatti vicini e lontani, fuor di ogni dubbio, lo illumina; così come, fuor d'ogni dubbio, lo rendono maggiormente cauto ed accorto le previsioni (ovviamente limitate ed incerte) che egli sia in grado di avanzare, ragionevolmente ipotizzando l'avvenire. Male se non lo fa. La letteratura giuridica (in particolare, quella giudiziaria) è piena, purtroppo, di interpretazioni di legge ingenuie o strampalate derivanti, almeno in parte, da ignoranza del passato; così come è piena (qui ci vuole un altro «purtroppo») di disposizioni assurde e addirittura inapplicabili, sempre per ignoranza del passato, la raccolta delle leggi vigenti in Italia, non meno che in vari altri stati contemporanei.

Se è lecita una citazione del fatuo (almeno in apparenza) Oscar Wilde, vi è, insomma, per il giurista degno di questo nome, un'importanza di essere postero paragonabile a quella che, nell'«alta società» di lady Bracknell, era l'importanza di essere serio, persona a modo, «earnest» (parola, questa, sul cui doppio senso giocava l'autore inglese nella commedia *The Importance of Being Earnest*, usualmente tradotta nella nostra lingua come *L'importanza di chiamarsi Ernesto*). Di più. Il notissimo titolo wildiano offre spunto ad una suggestione ulteriore. Non solo è importante per il giurista «à la page» conoscere il passato, ma è importante altresì

che egli «viaggi», cioè che conosca il mondo che ci circonda, quindi gli ordinamenti giuridici delle principali nazioni del mondo contemporaneo.

Il che si traduce, per gli studi di diritto, in due essenziali discipline (o gruppi di discipline) giuridiche: quella della «comparazione diacronica», cioè con i diritti del passato, e quella della «comparazione sincronica», cioè con i diritti del presente. Due discipline, si badi, che non consistono solo nella rappresentazione critica degli altri diritti, ma che esigono, in subordinata, la loro messa a confronto con il diritto italiano vigente e la valutazione, sulla base di questa più vasta sfera di conoscenze, del se e del quanto le loro istituzioni possano essere utili, come modello da seguire o come realtà da evitare, al miglioramento od alla correzione delle istituzioni giuridiche nostrane.

2. *L'esigenza della rimozione.* – La comparazione giuridica, verticale od orizzontale che sia, produce insomma esperienza e l'esperienza contribuisce alla saggezza, dunque alla pacata meditazione relativamente ai *pro* ed ai *contra* delle riforme da compiere. Riforme che appunto perciò non possono mai essere operate in simultanea con le istanze sociali relative, in quel «tempo reale» che invece auspicava, come abbiamo visto, Mefistofele. Anche per i legislatori in vena di ristrutturazioni vale infatti l'ammonimento che Augusto, stando alla biografia di Svetonio (25.4), impartiva ai suoi generali (non sempre ascoltato, come si sa) prima che intraprendessero un'impresa bellica: «Σπεῦδε βραδέως» (o, in latino, «*festina lente*»), insomma «fai presto, ma vacci piano».

Ad ogni modo, le riforme ci vogliono, perché la società procede in avanti ed il diritto non può restarle troppo in arretrato. In particolare, ci vuole, in ogni società politica ben organizzata, il coraggio della tempestiva «rimozione» di quelle norme giuridiche che siano divenute troppo vecchie o sgradite, e non siano perciò più adeguate all'espletamento della funzione direttiva per cui sono a suo tempo sorte. Spesso esse diventano addirittura di ingombro, e ciò per un motivo, a dirla chiara, molto semplice: perché accordarsi nel produrre nuove regole, almeno entro certi limiti, si può, ma sbarazzarsi dalle regole superate non è altrettanto facile. Sono maledettamente vischiose.

Il diritto (Dio guardi dal ricorrere all'abominevole concetto «yèti» della sovrastruttura) è per la società come una corazza (va bene così?): una corazza che la riveste e che la protegge sinché le sue misure rimangono quelle iniziali, ma che poi le diventa, man mano che essa cresce e si trasforma, troppo stretta, scomoda, opprimente, addirittura odiosa. Né, evidentemente, si può, a partire da un certo momento, astenersi *sic et simpliciter* dal prestare obbedienza ai suoi dettami, perché ciò sarebbe né più né meno che un illecito, una violazione del postulato per cui il diritto è uguale per tutti e tutti gli devono scrupolosa osservanza.

* La letteratura sul concetto di diritto (o ordinamento giuridico) è sconfinata ed estremamente varia: non è il caso di riportarla (v. comunque, da ultimo: N. LIPARI, *Per un tentativo di definizione del «diritto»*, in *Sociologia del dir.* 21.3 [1994] 7 ss.). Un contributo alla dimensione storica in A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵ (Napoli 1990). In questa sede le nozioni di diritto, di rivoluzione, di *debellatio* sono assunte nei loro significati più correntemente diffusi.

Per liberarsi dal diritto vigente occorre dunque fare qualcosa di diverso dal non tenerne più conto. Occorre rimuoverlo di peso dalla realtà sociale e occorre farlo in termini inequivocabili, affinché non sorga il dubbio che disobbedirgli sia tuttora un illecito. Viene alla mente, a questo proposito, un antichissimo rito romano segnato nel calendario, alla data del 15 giugno, con le iniziali delle parole «*Quando stercus delatum fas*» (QSTDF: cfr. Fest. 434 L., Ovid. *fast.* 6.713). Quel giorno le vergini Vestali dovevano provvedere alla sacra asportazione (*delatio*), dai penetri del tempio di Vesta, delle scorie (letteralmente, dello sterco) accumulate in essi durante l'anno. (Lascio agli umoristi da strapazzo la deduzione che le Vestali romane fossero piuttosto inclini al sudiciume. È molto probabile che esse, da dame raffinate quali erano, curassero più di frequente le pulizie ordinarie, mentre la cerimonia del 15 giugno serviva a depurare solennemente il tempio da ogni residua traccia dell'anno trascorso in vista dell'arrivo del nuovo raccolto).

Naturalmente, non mancano, a volte, cause straordinarie, più precisamente cause «di forza maggiore», per cui il diritto può essere (in tutto o in parte, definitivamente o solo temporaneamente) rimosso. Una di queste cause è la rivoluzione, sempre che ci si intenda sulla radicalità del fenomeno e non lo si scambi con una più o meno effimera rivolta. L'altra causa, purtroppo di gran lunga più frequente nella storia, è la *debellatio*, la conquista bellica, le cui varietà sono moltissime e vanno dai pochi interventi minimi e temporanei operati dagli occupanti «buoni» sino alla colonizzazione totale della nazione sconfitta. Ma la materia esula dai limiti di queste note, sì che sarà sufficiente averla fuggevolmente ricordata.

Vi è infine, per essere completi, un'altra possibilità da menzionare. Non è fatale che le norme giuridiche abbiano sempre ed in ogni caso bisogno, per diventare prive di vigenza, di una concreta e inequivoca rimozione. Se la società cui il diritto attiene si evolve, cambia, si «modernizza» in modo radicale, questa o quella norma del suo ordinamento giuridico viene a perdere il relativo campo di riferimento e diventa pertanto inutile, «disoccupata». Essa continua a sussistere sul piano formale, ma sul piano pratico è come se non ci fosse, essendo ormai diventata materialmente inapplicabile: suppongo, per fare un esempio estremo, che la legislazione a favore dei Mille di Garibaldi, quelli del 1860, anche se mai espressamente abrogata, sia diventata ormai inoperante. Tuttavia l'ipotesi della norma completamente e definitivamente a riposo è rarissima, molto più rara, in realtà, di quanto possa a tutta prima immaginarsi. Non dico che sia tuttora probabile che uno dei Mille si presenti domani alla cassa per riscuotere la pensione dovutagli con i relativi arretrati, perché è chiaro che ci vorrebbe un miracolo (o almeno una raccomandazione molto forte). Dico però che, in altri casi, la fattispecie scomparsa può sempre inaspettatamente uscire dal letargo; e allora, poiché la norma che la riguardava non è stata rimossa, è doveroso rispolverare la norma e farla funzionare. Sgombrato il campo dalle eventualità eccezionali sopra accennate, passiamo ad esaminare più da vicino il tema della rimozione del diritto e dei suoi modi di attuazione. Ma prima sia lecito dedicare qualche pagina alla esperienza giuridica romana.

3. *L'esperienza giuridica romana.* – Proprio cosí: l'esperienza giuridica romana. Non è infatti tra i miei intenti, e in ogni caso non è tra le mie capacità, comparare il diritto italiano vigente agli ordinamenti giuridici (quanti più sia possibile) degli altri popoli contemporanei e aggiungere a questo rilevante accumulo di conoscenze la comparazione del diritto vigente in Italia agli ordinamenti giuridici (quanti più sia possibile) delle civiltà del passato. Assodato che l'esperienza per il giurista è preziosa, mi limiterò, in questa sede, all'utilizzazione dell'esperienza giuridica romana. Siccome per tutta la vita ho studiato e insegnato diritto romano, mi è facile rendermi conto di essere sospettabile, da chi mi legge, come teste prevenuto «a favore». Dirò di più: non sono sciocco o disonesto al punto da non sospettare un tantino di me, come teste a favore, io stesso. Si accolgano dunque le mie parole col beneficio dell'inventario, cioè con la riserva di controllarle e riesaminarle ben bene: non me ne offendo. Ma mi si conceda, in partenza, per lo meno un riconoscimento.

Io non affermo, come molti giusromanisti incautamente affermano, che il diritto di Roma sia stato il meglio del meglio. Ci mancherebbe. Affermo solo un fatto innegabile: che, a differenza di altre storie relative ad ordinamenti giuridici forse anche più evoluti, la storia del diritto romano è la sola (almeno sino al giorno d'oggi) che rifletta con documenti, con una certa (anche se disuguale) abbondanza di particolari, la vita «completa» di un ordinamento giuridico, nella sua evoluzione da un principio (rappresentato, facciamo, dal mitico Romolo dell'ottavo secolo avanti Cristo) ad una fine realizzatasi almeno tredici secoli dopo, vale a dire con l'ultimo salvataggio della romanità tentato dall'imperatore Giustiniano I (morto nel 565 dopo Cristo), se non anche, in parte, da qualche suo epigono.

In questo lunghissimo arco di tempo molti processi di trasformazione si sono verificati, e ci stanno abbastanza chiari sotto gli occhi, sia nella vita pubblica sia nella vita privata. Individuarne le cause ed analizzarne le analogie più o meno strette, oppure le inconciliabili dissimiglianze, rispetto alle situazioni dell'oggi è un'attività altamente istruttiva, la quale permette al giurista moderno di orientarsi meglio nelle scelte tra più soluzioni di «politica del diritto», di strategia normativa, che si presentino dubbie.

Gli esempi a conferma di questa tesi si affollano. Mi limito a farne due, tra loro intimamente connessi. Il primo attiene alla «costituzione» dello stato romano, nel quadro di quello che al giorno d'oggi si suole definire il diritto pubblico romano. A parte ogni accenno alle vicende della popolazione e del territorio di Roma, guardiamo agli assetti del suo governo. Se ne identificano, l'un dopo l'altro, almeno quattro. Agli inizi una «monarchia» patriarcale (*regnum*) molto probabilmente monopolizzata dal ceto patrizio. Più tardi (sul finire del secolo VI o, più probabilmente e più sicuramente, a partire dai primi decenni del secolo IV avanti Cristo) una «repubblica» (*respublica*) aperta anche ai

* Per l'esperienza giuridica romana rinvio, ovviamente, a: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹⁰ (Napoli 1994). Ivi altra bibliografia.

plebei e facente capo alle decisioni di assemblee popolari, cui spettava di eleggere annualmente i suoi amministratori ordinari (a cominciare da quella coppia di consoli che dava il nome all'anno). In séguito (dagli ultimi anni del primo secolo avanti Cristo sino al terzo secolo dell'era volgare), stante la incapacità degli organismi repubblicani di far fronte alle esigenze dei nuovi tempi, ancora formalmente repubblica, ma una repubblica sorretta, e man mano sempre più soverchiata, da una impalcatura di supporto «straordinaria» (*extra ordinem*) imperniata sulla signoria di un «principe» vitalizio formalmente accettato dalla comunità politica (il *principatus*). Infine (quanto meno a partire dal 285, anno di ascesa al potere di Diocleziano) la quasi totale sparizione della repubblica ed il suo assorbimento da parte di un principato tradottosi in potere assoluto, cioè da parte dell'«impero» per antonomasia (*imperium Romanum*).

La linea evolutiva della costituzione romana, pur così sommariamente tracciata, ci offre, tra gli altri, un insegnamento molto importante. I mutamenti degli assetti costituzionali non sempre avvengono per effetto di radicali rivoluzioni o di ragionate e dettagliate riforme, ma possono dipendere in larga misura anche dal lassismo nel funzionamento delle istituzioni, dalla mancanza di un'adeguata e tempestiva «manutenzione» delle stesse, dall'omessa difesa dei formalismi giuridici, da «convenzioni costituzionali» più o meno salde, da prassi di vario spessore, o anche e spesso (ahinoi) dall'affidamento supino della «gente» nel decisionismo di personalità carismatiche e dei gruppi di potere che subito le circondano e le esaltano.

Una conferma di questo dato di esperienza ci viene dal secondo dei nostri due esempi. Esso concerne il così detto diritto privato romano, che è quanto dire il complesso dei principî espressi o inespressi cui i Romani (e altresì gli stranieri che si trovassero in territorio romano) furono tenuti ad obbedire nei rapporti tra loro, incorrendo, nel caso contrario, in responsabilità e in sanzioni di vario genere, che non è questo il luogo per dettagliare.

Il nucleo essenziale del *ius privatum* si costituì, tra i secoli VIII e IV a. C., in virtù del concorso di varie pulsioni sociali, di cui dovremo tornare tra poco a parlare più minuziosamente: molte consuetudini di grande autorevolezza (i *more maiorum*) e talune (non molte) leggi di vario tipo (dalle così dette *leges regiae* a quelle delle XII Tavole, alla *lex Canuleia* sull'ammissione dei plebei al matrimonio con i patrizi, alla *lex Poetelia Papiria* sulla mitigazione dell'esecuzione personale per debiti e a qualche altra). Questo patrimonio di normative, tutto sommato non eccessivamente ricco, venne non proprio sottratto materialmente alla cognizione della gente comune, ma custodito, amministrato ed arricchito, mediante sapienti e audaci interpretazioni, dal sacerdozio dei *pontifices* (ai quali, ma solo verso il terzo secolo avanti Cristo, si aggiunse e poi subentrò una piccola schiera di giuristi laici provenienti dalla classe nobiliare) e fu sempre denominato per antonomasia come il «*ius civile Romanorum*», il diritto dei cittadini romani.

Il *ius civile* venne integrato nei secoli seguenti (sino a tutto il I dopo Cristo) da due altri sistemi normativi espressi nell'esercizio della giurisdizione, nella riso-

luzione processuale delle liti da parte dei pretori e di altri magistrati (gli edili curuli e i governatori delle province) man mano costituitisi. In primo luogo, quello che denomineremo il *ius civile* «*novum*» (ma che i giuristi romani preferirono più tardi chiamare *ius gentium*) e che fu relativo a più progrediti istituti del commercio mediterraneo emersi nei rapporti tra Romani e stranieri (*peregrini*) e che appunto perciò fu reso accessibile, nei processi davanti al così detto *praetor peregrinus*, non solo ai *cives Romani*, ma anche agli stranieri del bacino mediterraneo. In secondo luogo, quello che gli stessi Romani definirono «*ius praetorium*» o *ius honorarium* («onorario» perché le cariche magistratuali erano un *honor*) e che fu costituito da una ricca congerie di soluzioni più moderne e meno rigide di quelle della tradizione civilistica antica: soluzioni, queste ultime, che inizialmente furono offerte alla libera scelta delle parti in causa come alternative rispetto a quelle antiche, ma di poi (e con accorta gradualità) vennero sempre più fermamente imposte in luogo di quelle civilistiche, pur se mai (o quasi) queste furono formalmente abolite.

Il principato e l'impero assoluto incisero fortemente su questo complesso eterogeneo del *ius vetus*, del «diritto vecchio», ma si guardarono bene dall'affrontare l'impresa, oltre tutto non strettamente necessaria alla realizzazione della loro strategia politica, di travolgerlo *in toto*. I loro interventi di «diritto nuovo» (di *ius novum*) furono realizzati principalmente mediante costituzioni imperiali innovative e attraverso una procedura giurisdizionale (la così detta procedura *extra ordinem*) fortemente autoritaria, raggiungendo con ciò lo scopo di ritoccare le vecchie istituzioni giuridiche senza tuttavia eliminarle (salvo alcune) dal punto di vista formale. Che altro dopo questi brevissimi cenni? Non solo vien fatto di dire che si conferma la già asserita opportunità di guardare con molta attenzione all'esperienza romana, ma vien fatto altresì di aggiungere che l'opportunità è resa maggiore, al giorno d'oggi, da una pericolosa inclinazione (o moda?) che, sopra tutto in Italia, si va verificando: l'inclinazione ad imitare gli esempi offerti dalla trionfante civiltà giuridica anglosassone, se non addirittura ad adottare passivamente varie istituzioni di quella civiltà altamente rispettabile, ma storicamente e socialmente ben diversamente radicata.

Conoscere il diritto inglese e quello nordamericano sta bene, benissimo: ottimo esercizio di comparazione sincronica. Ma prima di riprodurli tra la nostra gente, prudenza. Non tanto essi sono, per molti aspetti, meno evoluti o apprezzabili del nostro diritto di ascendenza romanistica, quanto essi sono, per molti altri aspetti, incompatibili o poco compatibili con la società in cui, per il momento, viviamo. Ne riparleremo tra non molto.

4. *Una pagina di Dickens*. – Adesso stringiamo il vento. Abbiamo visto che tra i molti problemi che lo studio del diritto propone vi è quello del tempo e del modo della sua fine, cioè del suo passaggio da realtà del presente, di diritto pienamente in vigore, a fatto del passato, a ricordo meramente storico. Non sempre il problema si risolve nei termini radicali e netti di quella tale notte di San Silvestro del 1899 che segnò l'uscita di scena del diritto romano giustiniano ed il sopravvento al suo posto del germanico BGB. Il più delle volte esso

si traduce, proprio come per l'agonia degli esseri umani, in incertezze molto più sottili. Nessuna intenzione da parte mia, al pari di ogni persona di buon senso, di riattizzare la vecchia contesa sul se vi siano taluni principi giuridici eterni, o almeno affermatasi da tempo immemorabile e pieni tuttora di vitalità: principi da cui scaturiscono per i soggetti i così detti diritti soggettivi innati. Poniamo pure che vi siano e omettiamo di chiederci da quale fonte celeste o terrena provengano. Fatto sta che questi principi, usualmente denominati di «diritto naturale», sono pochi, pochissimi ed hanno carattere estremamente generale, quindi generico e vago. Per tutto il resto, come dire per il novantanove per cento di qualsivoglia civiltà giuridica, il diritto ha carattere storico, è un fenomeno sociale che ha un principio e una fine nel tempo. È ad esso, è ai suoi precetti, anzi è al manifestarsi esteriore di tali precetti ed alla loro percezione da parte dei destinatari, che bisogna porre attenzione.

Ed affinché il discorso non diventi troppo astratto, mettiamo a fuoco, tra le migliaia che si offrono alla scelta, un caso pratico, con i suoi bravi risvolti giudiziari, che fece grande clamore in Italia poco più di mezzo secolo fa.

È un caso che sembra estratto pari pari da un libro famoso di Charles Dickens, *Il circolo Pickwick* (*The Posthumous Papers of the Pickwick Club*, 1836-37), là dove il bizzarro e facondo Samuel Pickwick, essendo stato condannato a pagare circa un migliaio di sterline per rottura di promessa di matrimonio, si rifiuta di assolvere il debito e viene pertanto rinchiuso nella prigione per debitori della Fleet Street. La descrizione del carcere e dei suoi squalidi ospiti (cap. XLI e seguenti) è fatta con il solito humour dickensiano, ma è di un realismo minuzioso che colpisce e che è probabilmente spiegato dal fatto che un congruo periodo di prigionia per debiti era stato subito proprio dal padre dell'autore, John, e che il piccolo Dickens era stato condotto dalla madre a Marshalsea per convivere, nel locale edificio carcerario, con l'autore dei suoi giorni, prendendo alloggio in un'ala generosamente concessa dall'amministrazione ai familiari dei debitori.

Sorvolando sulle consuete svenevolezze che si scrivono dagli autori giuridici e non giuridici in questi casi, fatto sta che l'«arresto personale per debiti» non era, nel secolo decimonono, una singolarità del popolo inglese: popolo ancor oggi ritenuto in letteratura singolare per definizione. L'istituto, risalente (ci spiace di dirlo) all'antichità greco-romana (ed oltre), era diffuso anche nell'Europa continentale e, sebbene contrastato dalla Rivoluzione Francese, aveva trovato salda sede nel Code Napoléon del 1807, nonché nelle altre legislazioni europee, finendo per essere via via abolito quasi dovunque, in un paio di decenni successivi agli scossoni politico-sociali del 1848. In Inghilterra esso ebbe termine un anno prima della morte di Charles Dickens, col *Debtor's Act* emanato dalla regina Vittoria il 9 agosto 1869.

Anche in Italia, prima e dopo l'unificazione, l'arresto personale per debiti fu conosciuto e disciplinato, in ultimo dal Codice civile e dal connesso Codice di procedura civile del 1865, con una codificazione quindi apparentemente ignara dei tempi che volgevano e delle riforme abrogative che si attuavano o

preparavano altrove. L'abolizione sopravvenne nel nostro paese «all'italiana», cioè buon'ultima, con legge 6 dicembre 1877 n. 4166, e fu un'abolizione «all'italiana» anche nel contenuto. La legge del 1877 dispose, sí, che «l'arresto per debiti in materia civile e commerciale, contro nazionali e stranieri, è abolito», ma si premurò di formulare talune sottili eccezioni (sulle quali non è qui il caso di fermarsi) in ordine alle obbligazioni di risarcimento dei danni scaturenti da reato. Non prima dell'entrata in vigore della codificazione civile vigente, nel 1942, l'istituto è stato finalmente ed inequivocabilmente (anche se non con formula esplicita) tolto di mezzo anche da noi.

Per quanto risulta, l'arresto per debiti ha sempre avuto in Italia, specie dopo la legge del 1877, un assai scarso successo. E si capisce. Quando il condannato fosse in grado di procurarsi in qualche modo (ricorrendo a parenti, a persone di buon cuore o, in ultima istanza, ad usurai) la *pecunia debita*, è ovvio che egli, pur di evitare la prigione (per di più una prigione come tutte le altre, ben diversa da quella in certo senso benevola sperimentata a Marshalsea dal padre di Dickens), al pagamento, sia pure *in extremis*, provvedesse. Quando invece queste possibilità gli mancassero del tutto, la sua carcerazione avrebbe fatto piacere al creditore solo a titolo di sterile vendetta, facendo inoltre venir meno la speranza, o diciamo pure l'illusione, che egli, evitando il periodo di assoluta improduttività economica comportato dal carcere, trovasse il tempo e il modo (non si sa mai nella vita) di sfruttare la libertà concessagli per far soldi e pagare, se non addirittura per ripagare il creditore con proprie prestazioni di lavoro ai suoi ordini. Sia come sia, nel nuovo secolo l'istituto era pressoché dimenticato e un grande processualista come Ludovico Mortara, in un suo estesissimo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* (vol. V [1923] 2), era tra i pochi a ricordarsene, ma solo per affermare autorevolmente che esso era «caduto affatto in disuso, anche rispetto ai rari casi in cui sarebbe tollerato».

Tutto sarebbe andato *de plano* sino alla imminente riforma del 1942, se la Corte di appello di Firenze, con una sentenza del 5 agosto 1937, non avesse sorprendentemente irrogato, a persona di cui non interessa fare qui il nome, per l'appunto una condanna all'arresto per debiti in base ad una puntuale interpretazione della legge di sessant'anni prima, quella del 1877. Stupore, clamore, indignazione contro i magistrati fiorentini, sia sui quotidiani di informazione sia sulle riviste giuridiche specializzate: reazioni di questo tipo davvero non mancarono, anzi giunsero a vertici raramente toccati in altri casi. Ma mettiamoci nei panni dei giudici. Costretti dalla legge processuale (e dalle regole addirittura elementari del diritto) a decidere per il sì o per il no sulla base delle domande formulate dalle parti in causa, essi si trovarono di fronte ad una richiesta tanto spietata e puntigliosa del creditore e dei suoi avvocati, che non poterono evadere il problema se la legge del 1877 fosse, con buona pace del Mortara, una legge «in disuso» certo, ma tuttora vigente, e se il caso da risolvere fosse appunto uno dei «rari casi» in cui l'arresto per debiti dovesse essere tuttora «tollerato». Non poterono evadere il problema e lo risolsero (sono sicuro, molto di mal grado) così come andava risolto, cioè in senso affermativo. La colpa non era loro, ma del legislatore.

«*Dura lex, sed lex*», avrebbe chiosato, dal suo seggio di marmo sito davanti al Palazzaccio, il severo giureconsulto Ulpiano (cfr. D. 40.9.12.1: «*durum hoc est, sed ita lex scripta est*»). Tuttavia non molti sono i giuristi sapienti e pazienti come Domizio Ulpiano (il quale, si pensi un po', nel passo ora citato prendeva atto della perdurante vigenza di una legge, la *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C., emanata oltre due secoli prima e ormai divenuta per molti aspetti davvero incompatibile con la società dei suoi tempi). Il «mostro di Firenze», quello del 1937, da parecchi giuristi italici fu mandato giù a fatica, ma comunque fu mandato giù. Anzi, le cronache giudiziarie registrarono un notevole risveglio di creditori malevoli che, incoraggiati dalla sentenza fiorentina, chiesero e ottennero dai giudici di merito altrettanti condanne all'arresto per debiti sin quasi alla vigilia di quel 21 aprile 1942, giorno «fatidico» del Natale di Roma, in cui entrò solennemente in vigore il nuovo Codice civile così detto (ma perché, ma perché?) «fascista».

Per altri eminenti giuristi non ci fu verso. Malgrado che le Disposizioni preliminari dell'allora vigente Codice del 1865 già proclamassero che le leggi possono essere abrogate solo da altre leggi successive (disposizione ripetuta ed enfaticizzata, come vedremo a suo tempo, dal codice del 1942), essi sostennero, con straordinarie sottigliezze di argomentazioni, che la «dura legge» del 1877 fosse ormai del tutto estinta, o più precisamente fosse andata consunta per «desuetudine», cioè per abituale e irreversibile disapplicazione sociale.

5. *La resistibile autorità di Giuliano*. — Siccome, quando tutto manca, ancora si usa raschiare a fondo il barile del diritto romano, ai sostenitori della estinzione della legge del 1877 venne facile ricordare («*ad adiuvandum*») un frammento dei Digesti giustiniane (D. 1.3.32) che risulta estratto, a sua volta, dal libro 84 dei *digesta* di Salvio Giuliano, giurista sommo tra i sommi fiorito nel secondo secolo dopo Cristo, sotto Adriano ed Antonino Pio, cioè in piena età «classica» della storia giuridica romana. E siccome questo frammento tratta della consuetudine come fonte del diritto e si conclude con l'affermazione dell'abrogabilità delle leggi anche in virtù di desuetudine, venne ad essi non meno facile invocare, a supporto della loro tesi, l'autorità di Salvio Giuliano e, in aggiunta, l'autorità di Giustiniano I, che a distanza di circa tre secoli ne aveva raccolto e ribadito l'insegnamento.

Il frammento giuliano è famoso ed ha suscitato tra gli storiografi del diritto romano una copiosissima letteratura critica (letteratura al cui incremento ho contribuito, nel mio piccolo, anch'io). Non abuserò della pazienza di chi mi legge per riprodurlo e discuterlo interamente. Per ciò che qui ci riguarda basta la lettura dell'ultimo periodo, nel quale si afferma, tradotto alla lettera, quanto segue: «ben giustamente si è accolto (negli ambienti giurisprudenziali) anche questo principio: che le leggi siano abrogate non soltanto per effetto del suffra-

* Sul passo di Salvio Giuliano (D. 1.3.32) e sulle discussioni relative v., per tutti, A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo* 35 (1989) 172 ss, con bibl. [= in *PDR* 4 (Napoli 1994) 369 ss.] Ma v. anche, in replica, F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, in *BIDR* 94-95 (1992-93) 1 ss.

gio del legislatore, ma anche per effetto del tacito consenso di tutti mediante la desuetudine» («*quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*»).

Il «tacito consenso di tutti», cioè di tutti i cittadini, se non anche di tutti gli stranieri comunque destinatari della legge non più ritenuta opportuna. La «desuetudine» come manifestazione di questo tacito accordo universale. Vogliamo vedere un po' più da vicino di che cosa si tratta?

Ebbene si tratta (non sono l'unico a sostenerlo) soltanto di una bolla di sapone. L'autorità di Salvio Giuliano, per dirla con un aggettivo di Bertolt Brecht, è «resistibile» («*aufhaltsam*»). Anche perché Giuliano, in realtà, non c'entra. Siamo di fronte ad un'affermazione puramente retorica che ben difficilmente può essere stata scritta da un giurista del calibro di Salvio Giuliano. Non fosse altro, per questo: che identificare la desuetudine col tacito consenso «di tutti» significa poco meno che pretendere l'impossibile, essendo pressoché impossibile, al pratico, stabilire se tutti, proprio tutti i soggetti giuridici (milioni) si trovino d'accordo nel non volerne più sapere di una certa legge.

L'iperbole finale è stata insomma chiaramente «interpolata» da altra mano nel discorso giuliano. E non si ipotizzi che l'interpolazione sia stata operata di autorità, in sede di confezione dei *Digesta*, da Giustiniano, e per lui dal fido Triboniano, capo della commissione di professori e avvocati incaricata di mettere insieme la grande compilazione. Vi sono almeno tre ragioni per contestarlo. In primo luogo, anche Triboniano era un giurista che sapeva molto bene il fatto suo e che non è pensabile abbia parlato irrealisticamente del consenso «di tutti». In secondo luogo era principio fermissimo del Basso Impero, e quindi anche di Giustiniano, che le consuetudini, espressione delle istanze popolari, dovessero cedere il passo di fronte alla volontà dell'imperatore, così come manifestata nelle sue costituzioni (le così dette *leges principales*). In terzo luogo, proprio Giustiniano (e per lui Triboniano) ha esplicitamente ed inequivocabilmente sottolineato questo principio tipico dell'assolutismo là dove in altra parte del *Corpus iuris*, e precisamente nel *Codex* delle leggi imperiali (CI. 8.52.2: «*Quae sit longa consuetudo*»), ha trascritto come tuttora vigente una costituzione costantiniana del 319 in cui si sancisce che la consuetudine non vale se contrasta le linee fondamentali dell'ordinamento giuridico o le disposizioni di legge («*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*»).

Ma allora, dirà qualcuno, se il periodo conclusivo del frammento dei *Digesti* giustianei non è di Salvio Giuliano, e nemmeno può essere stato aggiunto da Triboniano, da dove mai esso è saltato fuori e come mai Triboniano non lo ha eliminato per palese incompatibilità con le esigenze dell'assolutismo imperiale? Giuste, giustissime obiezioni (inutile nasconderselo), cui si può replicare solo con congetture.

La congettura più plausibile per rispondere alla prima domanda è che il periodo altro non sia che uno dei numerosi e maldestri glossemi che i lettori

(gente spesso di mezza tacca) solevano (come oggi sogliono) scrivere a margine delle opere dei grandi giuristi del passato, sia per aggiornarle ai nuovi tempi sia per svolgerne più o meno felicemente il pensiero: uno di quei glossemi che era notoriamente molto facile entrassero a far parte del contesto in occasione delle varie trascrizioni successive che delle opere si faceva dagli amanuensi. Quanto alla seconda domanda, basta ricordare che i Digesti giustinianeî non erano e non volevano essere una revisione formale e completa dei dettati dei grandi giureconsulti delle età precedenti, anzi si davano studiosamente le arie di riprodurre quei vecchi e venerati testi nel modo più fedele possibile, compatibilmente con le modifiche di sostanza reclamate dall'adeguamento ai principi giuridici dell'età di Giustiniano.

Che bisogno vi era di cancellare un astratto e perciò innocuo richiamo alla volontà popolare, intesa irrealisticamente come volontà di tutti? Il bisogno non vi era, la frase ridondava anzi bene ed appunto perciò i commissari giustinianeî non l'hanno cancellata. (Forse).

6. *La dissolvenza delle consuetudini.* – Posto in chiaro che la fonte giulianea, anzi pseudo-giulianea, sulla desuetudine delle leggi ha molto minore valenza di quanto a tutta prima possa sembrare, non si è con ciò risolto in senso negativo il problema del valore della desuetudine come causa di estinzione (o non) del diritto vigente.

Quando un ordinamento giuridico non la mette al bando esplicitamente, è lecito, è addirittura doveroso chiedersi se la disapplicazione continuata, inequivoca, largamente diffusa di una o più delle sue norme da parte dei destinatari (la desuetudine, appunto) determini l'estinzione di quella o di quelle norme. E siccome l'esclusione esplicita della desuetudine non emerge, che io sappia, da nessuna manifestazione scritta o non scritta dell'ordinamento giuridico italiano vigente, è in qualche modo comprensibile la posizione di taluni autori (non molti, per verità) ai quali la desuetudine pare, sia pure in casi molto limitati, giuridicamente rilevante. Per quanto mi riguarda, non ritengo affatto che la rilevanza della desuetudine nell'ordinamento giuridico italiano sia da escludere sempre e in ogni caso. È vero che, come meglio vedremo più in là, l'art. 15 delle così dette Preleggi (cioè delle Disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile vigente, entrato in applicazione nel 1942) proclama recisamente (in ciò non contraddetto dalla Costituzione del 1948) che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori», ma è anche vero che gli artt. 1 e 8 delle stesse Preleggi non omettono di includere anche la consuetudine tra le fonti del diritto vigente, pur relegandola all'ultimo posto, pur limitandola alle sole materie indicate dalle leggi e pur qualificandola, con gratuita sufficienza, soltanto come

* Sulla consuetudine come fonte del diritto v., per tutti: N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in ED. 9 (1961) 426 ss., con bibl. Ma v. anche il mio già citato *Ordinam. giur. rom., passim*. Inoltre, per la singolare vicenda della stretta di mano nel periodo fascista, v. A. GUARINO, «*Consuetudo micandi*» (1980), ora in PDR. 6 (Napoli 1995) 221 nt. 20.

«usi». Ora, se la desuetudine è anch'essa una specie di consuetudine, è evidente che non si può negarle, entro i limiti fissati dalle Preleggi per quest'ultima, rilevanza giuridica, quindi efficacia abrogante: efficacia abrogante non delle norme di fonte legislativa, ma delle sole norme di origine consuetudinaria.

Il richiamo all'esperienza romana è, a questo proposito, illuminante. La desuetudine non era per i Romani una figura a sé stante, ma era proprio un modo di essere della consuetudine. Era il processo di dissolvenza, di evanescenza, quindi di sparizione della consuetudine.

Chiediamoci, per essere più chiari, in che cosa consista, oggi come ai tempi di Roma antica, il fenomeno della consuetudine. Salvo che per certe apodittiche trattazioni di quello che i nostri colleghi tedeschi chiamano ironicamente il «diritto dei professori», il «*Professorenrecht*», la risposta è indubbiamente difficile. Le trattazioni professorali (compresi, eh sì, i miei manuali) assicurano che la consuetudine, in quanto fonte di norme giuridiche, è un concetto risultante dall'assemblaggio di due elementi: un elemento «materiale», costituito dalla ripetizione generale e ininterrotta di un certo comportamento, e un elemento «spirituale» (o «psicologico»), costituito dalla ferma convinzione generale che quel comportamento sia giuridicamente obbligatorio (che vi sia cioè, come si ama dire, l'*«opinio iuris et necessitatis»*). Belle parole, ma veniamo ai fatti. Non solo è un'impresa molto ardua accertare in concreto il carattere generale e costante di un certo comportamento, ma è un'impresa addirittura ai limiti dell'impossibile stabilire se quell'usanza non sia soltanto una prassi sociale e sia invece, per generale convinzione dei consociati, un'usanza obbligatoria sul piano giuridico, con tutto il suo seguito di eventuali condanne giudiziarie degli inadempienti.

Nella realtà delle cose il fenomeno porta, in certo modo, alla mente quelle «brume» di ambienti, di personaggi, di situazioni che soffondono una delle più geniali creazioni di Jacques Prévert, genialmente riversata a sua volta da Marcel Carné nel film *Quai des brumes* (noto a noi italiani come *Il porto delle nebbie*) del 1938. Tutto è nebuloso e tutto è dai contorni incerti. Suvvia, professori, riconosciamolo.

Certo, l'art. 9 delle Preleggi prevede la esistenza di «raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati» (principalmente, le Camere di commercio e una Commissione permanente istituita presso il Ministero dell'Industria e del commercio), ma queste raccolte sono tanto malfatte e malsicure, anche per la scarsa sollecitudine delle loro revisioni di aggiornamento, che il legislatore da un lato afferma che gli usi in esse pubblicati si presumono esistenti, ma dall'altro si affretta ad aggiungere che la presunzione vale sino a prova contraria. Si pensi che in periodo fascista, quando un semplice «foglio d'ordini» del segretario del partito al potere abolì (come tutti sanno) la stretta di mano, dalle raccolte ufficiali degli usi sparirono quasi d'incanto quelle vigorose strette di mano e quelle così dette «palmate» che nelle usanze mercantili segnavano (e continuarono, per vero, a segnare imperturbate) la fine della fase di contrattazione ed il raggiunto accordo definitivo e immutabile in ordine ad una certa negoziazione di mercato. Le raccolte degli usi valgono dunque tanto poco che,

in caso di contestazione circa la esistenza e la estensione di una certa consuetudine, si va a finire, novanta volte su cento, in una controversia giudiziaria, in un conflitto tra prove e controprove, in una sentenza (di primo grado, di appello ed eventualmente anche di altro appello su delibera della Corte di cassazione) emessa, beninteso con valore limitato a quella sola controversia, dal potere giudiziario. «*Iura novit curia*» dicano per consolarsi i professori.

Eppure, a prescindere dal fatto che il nostro legislatore entro i limiti del «*secundum legem*» l'ammette e, fuori delle pochissime materie non riservate alla regolamentazione legislativa (dunque, «*praeter legem*»), la guarda con grande sospetto, ma in definitiva la tollera; a prescindere da ciò, la consuetudine non può essere lasciata da parte solo perché è un concetto scomodo. Il diritto non può derivare esclusivamente da leggi e da provvedimenti ad esse equiparati, perché quando il legislatore non rispetta la traccia indicata dalle consuetudini spontaneamente emerse o emergenti dall'ambiente sociale, inevitabilmente si determina la incomprensione e la disapplicazione delle sue volontà sino agli estremi della disobbedienza generalizzata di norme che vanno esageratamente contro le indicazioni di consolidate istanze sociali.

Nella Roma delle origini, come del resto in quasi tutte le comunità politiche dell'antichità, le prime manifestazioni del diritto, del *ius*, furono costituite (lo abbiamo già detto) appunto dalle consuetudini, dai *mores*, e più precisamente dai *mores maiorum*, dagli usi praticati dagli antenati (i *maiores*) e resi più stabili e fermi dal rispetto che verso i *maiores* si aveva non solo in quanto progenitori, ma anche in quanto esseri divinizzati (*di parentes*). Anche se gli annalisti e gli storiografi dei secoli successivi attribuirono la creazione del più antico *ius civile* a personaggi più o meno mitici (per esempio a Romolo, a Numa Pompilio, a Servio Tullio) o ad altre *leges regiae* o infine a quella raccolta di leggi fondamentali che furono le Dodici Tavole (una raccolta che Livio, 3.34.6, esalta addirittura come fonte di tutto il diritto pubblico e privato romano, come «*fons omnis publici privatique iuris*»), la realtà fu diversa. In gran parte questo vasto patrimonio emerse dai *mores maiorum*. Bisogna dar ragione, una volta tanto, al vecchio Catone il censore (quello del «*delenda Carthago*») quando vantava (stando a Cicerone, *de rep.* 2.1.2) il merito di Roma di essersi fatta da sé e di non essere stata artificialmente pianificata da Minossi, Licurghi, Draconi, Soloni ed altri esperti di «ingegneria costituzionale» dello stesso tipo.

L'alta importanza della consuetudine nella storia giuridica romana non impedì che ad integrarla (e persino, talvolta, a cautamente modificarla) sopravvenissero, per impulso di nuove istanze sociali, leggi ed altri provvedimenti pubblici, sia pure in numero decisamente inferiore a quello (di centinaia di migliaia) che caratterizza il giorno d'oggi specialmente in Italia. La decadenza dei *mores* sempre più accentuata a partire dal primo secolo avanti Cristo, si verificò anche sul piano della loro interpretazione, sopra tutto nel senso che divenne sempre più difficile ricordarli nei loro precisi contorni ed adattare le loro antiquate sembianze agli scenari dei tempi nuovi. Non altro il motivo per cui depo-

sitarî del vecchio *ius civile* divennero essenzialmente i giureconsulti, per cui i responsi di questi ultimi furono considerati una sorta di manifestazione autentica ed esclusiva di esso (cfr. Pomp. D. 1.2.2.12: «*ius civile in sola interpretatione prudentium consistit*») e per cui di alcuni istituti consuetudinari più frusti gli stessi giuristi si arbitrarono talvolta di affermare che «*in desuetudinem abiit*», che erano caduti in desuetudine ed erano quindi non più applicati né prevedibilmente più applicabili. Fu in questo modo che la *desuetudo* venne sempre più frequentemente considerata in Roma come consuetudine ormai «svalutata», priva cioè di convinta ed estesa applicazione da parte della comunità sociale. Ma appunto perciò, in quanto espressione solo di una consuetudine decaduta, la *desuetudo* non ebbe mai la capacità ed il riconoscimento di causa estintiva delle *leges* e dei provvedimenti normativi ad esse equiparati.

La situazione non è diversa al giorno d'oggi. La desuetudine può anche essere configurata, se si vuole, come causa di estinzione degli usi esistenti (i quali, in realtà, perdono la loro efficacia per il semplice effetto della loro «dis-solvenza in chiusura»). Ma in ordine alle leggi no. Anche se non vi fosse l'art. 15 delle Preleggi a vietarlo, non è ragionevolmente concepibile che essa sia in grado di scalfire l'influenza delle leggi e degli altri provvedimenti normativi che le sono espressamente anteposti.

7. *La soppressione delle leggi.* — Stabilito che la rimozione del diritto consuetudinario dipende dal fenomeno della evanescenza degli usi e che il venir meno della consuetudine di adeguarsi ad un certo comportamento (in altri termini, la desuetudine) non può oltrepassare i limiti degli istituti di diritto consuetudinario, restano da porsi almeno due domande. La prima domanda è come, in qual modo si rimuova il diritto non consuetudinario, cioè il diritto imposto da provvedimenti espliciti (eventualmente, anche non scritti) degli organi di governo preposti dalla costituzione alla formulazione dei comandi direttivi della società politica: domanda che ha particolare riguardo ai comandi «normativi», cioè non valevoli per un solo e specifico caso o per un solo e specifico destinatario, ma valevoli per un numero indefinito di casi o di persone che si trovino a realizzare in concreto una certa fattispecie ipotetica. La seconda domanda è se i provvedimenti del diritto non consuetudinario (quelli che volgarmente si chiamano, una per tutti, le «leggi») possano abolire le norme del diritto consuetudinario.

Quanto al primo punto, va premesso, completando le anticipazioni parziali già date, che nell'ordinamento italiano il diritto sgorga, prima che dagli usi e con prevalenza sugli stessi: anzi tutto, dalla Costituzione e dalle leggi così dette «costituzionali» che la integrano; subordinatamente, a termini degli artt. 1-8 delle Preleggi, dalle «leggi» così dette «ordinarie» e da altri provvedimenti pubblici (sui quali sorvoliamo) equiparati alle stesse; subordinatamente ancora, dai «regolamenti» governativi; in ulteriore subordinazione, da quelle «norme corpo-

* Sugli articoli delle Preleggi brevi note di commento e rinvii bibliografici in: G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*² (Padova 1992).

relative» che, pur dopo l'abolizione del sistema corporativo fascista, sono tuttora compatibili con i principi costituzionali e con le norme ordinarie sopraordinate. Ciò posto, si legga per intero l'art. 15 delle Preleggi: «Le leggi non sono abrogate che da altre leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore». Sintetizzato in latino, con le parole di un notissimo brocardo, «*lex posterior derogat priori*».

Facile a colpo d'occhio, ma non altrettanto facile ad una riflessione più approfondita. Se (come spesso avviene) manca la dichiarazione espressa (e inequivoca) di abrogazione da parte del successivo legislatore, quando può dirsi della legge nuova che «regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»? E, sopra tutto, in che consiste, e come si fa a stabilire con sicurezza, la «incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti»? Posto che tra Tizio e Caio insorga contestazione al riguardo, altro non si può fare, volendo evitare di «andare ai materassi», che ricorrere ai giudici ed affidarsi al loro responso. Ma i giudici decidono solo in ordine alla lite dedotta alle loro cure. Nulla esclude (e vieta) che altri giudici la pensino diversamente, anzi nulla esclude che gli stessi giudici cambino avviso decidendo altra controversia sul medesimo tema. Possibilità, questa, molto ridotta, anche se non del tutto esclusa, soltanto nei diritti anglosassoni (non però, menomale, nel nostro) dalla regola nota come «*stare decisis*»: regola in forza della quale i «precedenti» giurisdizionali devono essere, in molti casi, ritenuti vincolanti, salvo che non vi si opponga, nella successiva sentenza, un'accurata e ragionata reazione.

Da noi, in Italia, non è abilitata solo la legge successiva ad abolire («abrogare») la legge precedente. Un risultato analogo può essere raggiunto, a certe condizioni, anche dalla Corte costituzionale, ove questa, giudicando a termini dell'art. 136 Cost. e della legge cost. 11 maggio 1953 n. 7, pervenga alla dichiarazione di «illegittimità costituzionale», cioè di contrarietà ai dettami della Carta fondamentale e delle sue leggi integrative, di una legge o disposizione di legge (ordinaria) vigente. Per il che la legge dichiarata illegittima cessa di avere efficacia, salvo delibera diversa, dalla mezzanotte del giorno di pubblicazione della sentenza della Corte. Vi è, infine, un'altra possibilità: quella del «referendum» popolare di abrogazione di una legge ordinaria (o di disposizioni in essa contenute) a termini dell'art. 75 Cost. e della legge 25 maggio 1970 n. 352. In tale ipotesi taluni esaltati parlano (esattamente) di democrazia diretta, illudendosi però (del tutto inesattamente) che in un paese di circa sessanta milioni di abitanti la chiamata alle urne, per l'abrogazione di una norma di legge, di un totale di 45-48 milioni di cittadini (con rispetto di un «quorum» minimo del 50%) sia una manifestazione di buona democrazia e non di arruffato populismo. La recente esperienza (giugno 1995) di un referendum indetto su ben dodici diversi quesiti, taluno dei quali pressoché incomprensibile da persone di normale cultura e esperienza, ha confermato a chiarissime lettere, salvo che per gli esaltati di cui sopra, quanto sia controproducente in una grande nazione, fatta eccezione per poche questioni semplici e fondamentali, l'istituto referendario.

(A proposito. Una delle cause della decadenza di Roma antica sul piano della «democraticità» delle decisioni pubbliche fu costituita, e si fa male a non tenerlo ben presente, proprio dall'affidamento diretto ai cittadini, a tutti i sempre più numerosi cittadini della repubblica, del voto, per tacer d'altro, non solo in ordine alle elezioni delle supreme cariche di governo, cioè delle così dette magistrature, ma anche in ordine alle normative regolatrici della vita pubblica e privata, cioè alle così dette «*leges publicae*». Sia che le votazioni avvenissero nei solenni comizi centuriati, sia che si svolgessero nei comizi tributi o nei concili della plebe, i votanti divennero col tempo sempre più scarsi, sempre meno consapevoli della reale portata dei voti ad essi richiesti, sempre più facilmente orientabili in questo o in quel senso dal senato, dalle potenti famiglie che influenzavano di volta in volta il senato, infine addirittura dalle personalità dei vari capipopolo, ai quali la popolazione tutta e lo stesso ceto senatorio finirono per inchinarsi. Fu così che si dette adito dapprima al principato, di poi all'assolutismo imperiale, che è quanto dire alla fine della libertà e con essa, come sempre è avvenuto nella storia dei popoli, al crollo dello stato stesso. Non vi è dubbio, tornando all'Italia, che il Parlamento vi ha dato prove spesso mediocri, talvolta cattive o pessime; ma non vi è nemmeno dubbio, a mio avviso, che insistere nel nostro Paese con i referendum abrogativi ed introdurvi, come certi sconsiderati propongono, anche l'istituto dei referendum propositivi equivarrebbe a peggiorare di molto il clima di caos che in esso già oggi largamente è diffuso).

Veniamo ora al secondo quesito che ci siamo proposti. Possono le leggi e le altre fonti non consuetudinarie abolire gli istituti derivati dalla consuetudine e non rimossi o ancora non rimossi dalla dissoluzione della consuetudine stessa?

La risposta è indubbiamente affermativa: per dirla con gli inglesi, il Parlamento può fare tutto ciò che vuole, salvo mutare un uomo in donna. Ma facciamo attenzione, Inghilterra a parte, all'esperienza giuridica romana. Essa ci dimostra per chiarissimi segni che gli istituti del vecchio *ius civile* (quello formatosi tra i secoli VIII e IV avanti Cristo) rarissime volte, e solo entro strettissimi limiti, furono aboliti o riformati dalle *leges publicae*, dai *senatus consulta*, dagli editti giurisdizionali, dalle stesse costituzioni dei *principes* dei primi due secoli dell'età cristiana: messi da parte sí, ma eliminati irrevocabilmente e per sempre no. Forse la cautela romana è stata eccessiva ed ha prodotto indirettamente dei guasti, ma basta guardare alla facilità di certe riforme improvvisate, e comunque sempre frettolosamente operate, dagli imperatori del dominio per rendersi conto dei guasti certamente molto maggiori implicati dal facilismo legislativo in Roma. E quando da questa lontana esperienza si passi all'osservazione dell'iperlegislativismo dei giorni nostri in Italia, diventa più profonda (o dovrebbe) la convinzione che, con le nostre attuali centinaia di migliaia di disposizioni di legge, siamo sicuramente sulla strada, o meglio sulla china sbagliata: una china che Tacito (*ann.* 3.27.3) bollò, con riferimento a tempi della storia romana molto simili ai nostri, con la famosa (e mai abbastanza meditata) frase «*Corruptissima republica plurimae leges*». Tesi, la mia (e non solo la mia), che merita di essere sorretta, sia pur di volata, con un paio di esempi.

Un primo esempio può essere facilmente fornito dalla tanto celebrata «riforma del diritto di famiglia» varata dal Parlamento italiano nel 1975, per la precisione, con legge 19 maggio 1975 n. 151. Legge stracolma di buone intenzioni, né priva (tutt'altro) di novità degne di apprezzamento, ma spesso formulata con tanto ingenua disinvoltura da essere praticamente inapplicabile. Basti pensare che la potestà familiare è stata attribuita «en titre» ad ambedue i coniugi, ma che l'esercizio quotidiano della stessa è stato affidato al padre (e davvero non si capisce perché non si sia concesso ai due coniugi, visto che sono formalmente di pari grado, la scelta di essere l'uno piuttosto che l'altro l'esercente della potestà). Ora, che può fare la madre quando non si trovi d'accordo con le decisioni prese dal padre? Semplice, risponde la legge: essa ricorrerà nientemeno che al Tribunale dei minorenni, il quale, per chi non lo sapesse (e gli autori della legge del 1975 evidentemente non lo sapevano), non è sito vicino casa, ma è insediato nella città capoluogo del distretto di Corte di appello, cioè spesso a centinaia di chilometri di distanza dalla sede familiare. Tra ricorso, contro-ricorso, termini e indugi vari, una cosa è sicura: che il padre, al novanta per cento dei casi («chi la dura la vince»), l'avrà spuntata.

Ancora più interessante del primo (direi quasi allucinante) è l'esempio dato dalla «riforma del processo penale» entrata in attuazione nel 1989, su delega concessa con legge 16 febbraio 1987 n. 81, per effetto del decreto presidenziale 22 settembre 1988 n. 447: riforma a tutt'oggi ritoccata da ulteriori leggi e da alcune sentenze della Corte costituzionale, di cui il conto quasi sfugge e comunque qui non interessa. Il nuovo processo «quasi all'americana», basato sul rito accusatorio, cioè sulla contrapposizione tra accusa pubblica e difesa privata nella valutazione in dibattimento delle prove, è quotidianamente sotto gli occhi di tutti per le difficoltà e le accese controversie che suscita. Non mancano, anzi sono sempre più numerosi, coloro che oggi si chiedono se non sarebbe stato meglio tenere in piedi il processo inquisitorio di una volta, sia pur opportunamente sveltito e migliorato. Né era mancato, durante la prima e la seconda progettazione del nuovo processo, qualche modesto cultore del diritto romano che aveva già sommessamente avvertito di tener conto della esperienza poco felice vissuta dal rito accusatorio delle così dette *quaestiones perpetuae* in Roma.

Vanità delle vanità, lo ammetto, quella del cultore di diritto romano. E poi, per riprendere una famosa battuta dell'odioso Josif Vissarionovic Duzgavili, di quante divisioni dispongono i giusromanisti?

8. *I giuristi e la guerra di Troia.* — Le brevi divagazioni che precedono sono partite dalla lettura di uno squarcio del *Faust* goethiano. Mi domando se posso osare di chiuderle con la citazione di una commedia di Jean Giraudoux. La gente-bene, che fa sempre questione di livelli e di gerarchie, forse lo disapproverà (anche nel mondo della cultura esiste, ohibò, la gente-bene). Ma, tutto sommato, non è la prima volta. Ci provo. La citazione è relativa alla «pièce» dal titolo *La guerra di Troia non ci sarà* (*La guerre de Troie n'aura pas lieu*), recitata e diretta a Parigi da Louis Jouvet nel 1935, e riguarda più precisamente quella sce-

na (la quinta dell'atto secondo) in cui la flotta greca è già in vista delle coste troiane, ma Ettore, che è stanco di guerre e voglioso di proporre al ragionevole Ulisse una soluzione pacifica del conflitto originato dall'impresa amorosa di Paride, si rivolge per consultazioni ad un giurista di fama, il siracusano Busiride. Busiride, che crede di essere stato interpellato per sostenere le ragioni di Troia, gli enuncia almeno due buoni motivi per dimostrare che i Greci sono dei volgari invasori, ma Ettore replica infastidito che, al contrario, ha bisogno da lui di una tesi in forza della quale il senato troiano possa convincersi che, restituendo Elena a Menelao, l'incidente sia chiuso e i Greci vadano accolti in tutta amicizia come graditi ospiti. Il giureconsulto stupito accenna a qualche resistenza, cui Ettore freddamente replica che il diritto è la più efficace scuola dell'immaginazione e che mai un poeta ha interpretato la natura con libertà paragonabile a quella di un giurista nell'interpretazione della realtà sociale («Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité»).

Detto fatto, Busiride (sollecitatovi anche da qualche pacata minaccia) passa a sostenere, secondo i desideri di Ettore, le buone ragioni della pace. Sorvolando sull'episodio che successivamente impedisce, nella finzione scenica del Giraudoux, ad Ettore e ad Ulisse di mettersi d'accordo. Sta di fatto che alla fine la guerra di Troia, proprio come previsto dalla fatale Cassandra, ha avuto luogo, o almeno (meglio esser cauti) così pare. Ciò che qui interessa è la cruda verità trasmessaci, con la citata scena della sua commedia, da Jean Giraudoux: il quale (chi non lo ricordasse) era, al secolo, un alto e disincantato diplomatico e scrisse la sua opera in coincidenza con certe raffinate discussioni che si tennero nel seno della Società delle Nazioni, a Ginevra, per risolvere il punto se l'Italia, avendo subito (a suo dire) aggressione ai pozzi di Ual-Ual, fosse giustificata o meno nel reagire con la guerra contro l'impero di Etiopia. Una verità, quella che il Giraudoux fa intendere, molto semplice, anche se a prima vista paradossale. Stringi stringi, il diritto non è un «in sé» che produca autonomamente certi e ben determinati effetti, ma è un «quid» che si rivela attraverso l'intermediazione (chi sa se fondata o no, chi sa se espressa in buona fede o meno) di coloro che lo «deggono», che lo capiscono e che lo rappresentano al loro prossimo in un certo modo piuttosto che in un altro. Il diritto insomma è nelle disponibilità dei suoi oracoli: i giuristi. L'insegnamento ci viene, per molteplici e conformi affermazioni, dalla esperienza romana. Si legga in proposito, ad esempio, il detto di Sesto Pomponio (*sing. enchir.*, D. 1.2.2.13), per cui il diritto non può avere

* Sulla questione dei pozzi di Ual-Ual: A. DEL BOCA, *Il Negus, Vita e morte dell'ultimo Re dei Re* (Bari 1993) 116 ss. Sul passo di Pomponio in D. 1.2.2.13 e sul così detto «diritto giurisprudenziale»: A. GUARINO, «*Cottidie in medium produci*» (1969), ora in *PDR*. 5 (Napoli 1994) 319 ss.; ID., «*Voyelles*», in *Labeo* 41 (1995) 87 ss. [riprodotto in questo volume, *retro* 85 ss.]. Per il «diritto vivente» v.: E. EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht* (München 1920); MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus* 1988, 14 ss., con bibl. Il punto di vista della nostra Corte costituzionale è illustrato da M. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte Cost.*, in *Giustizia civ.* 45 (1995) 169 ss.

consistenza pratica senza che vi sia un giusrisperito che ad ogni occasione sia in grado di rappresentarlo alla comunità («*Constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in medium producere*»: testo così persuasivamente emendato, con lettura di «*medium*» al posto di «*melius*», da Vittorio Scialoja). Non solo la consuetudine vale come giuridicamente obbligatoria se ed in quanto (e perciò sino a quando) sia ritenuta tale dall'opinione generale (dalla «*communis opinio*»), quindi da coloro, i giuristi, che la orientano con la loro particolare esperienza. Anche le leggi, a ben riflettere, vivono per quel che di esse si capisce e si diffonde, in definitiva, sempre da chi?, dai giuristi.

È vero, verissimo, in linea di principio, che da vari secoli, trascorsa l'epoca dei sacerdoti abilitati ad interpretare il diritto (primi tra tutti, a Roma, lo abbiamo visto a suo tempo, i *pontifices*), l'interpretazione dell'ordinamento giuridico vigente è diventata una facoltà, vorrei dire un diritto subbiiettivo di tutti. Come non esiste il titolo professionale (tutti lo sanno) dei «filosofi», così non esiste (e non è tutelato a sensi di legge) il titolo di «giurista»: il signor Jourdan di Molière, già lieto della rivelazione di essere un prosatore, ne sarebbe ancor più soddisfatto. Ma cos'è, cosa non è, non mancano quotidianamente di farsi avanti, nella turba dei prosatori-giuristi, i più o meno rinomati e affidabili «intenditori», i *iurisperiti* (non sto parlando, per carità, dei dottori in legge), le interpretazioni dei quali fanno aggio sopra tutto quando (talora succede) sono tra loro approssimativamente conformi. E le opinioni dei giuristi passano, il più delle volte, ad essere quelle dei giudicanti, cioè degli organi dello stato preposti all'amministrazione della giustizia ed all'emissione, caso per caso, di vincolanti provvedimenti (particolarmente quelli che si dicono le sentenze). Ragion per cui, quando insorga questione giudiziaria (civile, penale o amministrativa che sia), non conta, in ordine ad essa, quel che dice o che intende il diritto: conta solo, anche se criticabile e criticato dal soccombente o da autorevoli «terzi», quel che stabilisce il provvedimento «definitivo», cioè non impugnabile o non più impugnabile.

Che significa tutto ciò? Significa che, si voglia o non si voglia, esiste una «realtà» sociale di cui nessuno è in grado di sapere con assoluta certezza se e quanto sia pienamente conforme alla verità del diritto: la realtà del diritto «applicato», del diritto «in senso materiale» o, come molti oggi usano dire, del «diritto vivente». La nostra Corte costituzionale, e con essa certa dottrina giurisprudenziale, si è tanto compiaciuta, da una ventina di anni a questa parte, della metafora del diritto vivente che vi ricorre sempre più spesso. Anzi fa di più: quando si sia formata un'interpretazione corrente, specie se «consolidata» in sede di Corte di cassazione, di una certa disposizione di legge, essa si adegua a quell'interpretazione ed è sulla base della stessa (non sulla base di un'interpretazione propria, alla quale rinuncia) che giudica se la disposizione sia costituzionalmente legittima oppure no.

Vi sarebbe molto da osservare circa questo allarmante indirizzo giurisprudenziale del Palazzo della Consulta, ma il mio parere critico vale poco o niente e

quello (del pari critico) di ben più quotati studiosi di diritto sarebbe troppo lungo da riassumere. L'essenziale è aver posto in evidenza il fenomeno del diritto vivente, o, se si preferisce, del diritto apparente («così è, se vi pare»), passando però a chiarire, in ordine ad esso, un paio di cose non del tutto ovvie. Anzi tutto, il diritto vivente non è stabile, ma muta col mutare della *communis opinio*, sicché il suo apparire e il suo scomparire ha molto in comune con la consuetudine e con le sue variazioni, dissolvenza compresa. Secondariamente, il diritto vivente abbraccia in sé, sin che dura, non solo la possibilità di applicazione del vero diritto vigente, ma anche la possibilità della disapplicazione dello stesso.

Il punto cui volevo arrivare è proprio quest'ultimo. Delle norme giuridiche non vi è solo la possibilità di una rimozione ufficiale e definitiva (della quale abbiamo parlato in precedenza), ma vi è anche la possibilità di una rimozione ufficiosa e in certa guisa «freudiana», della quale troppo poco si parla, mentre è il caso, a mio avviso, di «predicarla dai tetti» (cfr. Mt. 10.27: «*Quod in aure auditis, praedicare super tecta*»).

L'elenco delle ripetute, o addirittura ripetutissime violazioni di norme di leggi inderogabili, e in particolare di leggi penali, è, nel nostro paese ed ai tempi nostri, un elenco che nessuno ignora, anche perché talvolta, quando la misura è colma o le condizioni diventano miracolosamente propizie, finalmente scoppiano pochi, ma memorabili scandali («tangentopoli», «affittopoli», «invalidopoli», «parentopoli» e via elencando).

Mi limito a un solo esempio. A quello della «interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità», concretantesi in fattispecie che vanno dalla occupazione delle stazioni ferroviarie al blocco stradale: ipotesi che è prevista come delitto dall'art. 340 del Codice penale, ma che ormai si verifica con imperturbata frequenza, ad opera di persone o di gruppi di persone spesso comprensibilmente esasperati, e che assai raramente viene non dico repressa, ma addirittura denunciata come reato, a termini dell'art. 331 del Codice di procedura penale, da coloro che avrebbero il dovere di farlo (e che incorrono a loro volta in un reato quando omettono di farlo). Il diritto vivente sta, in questo e in moltissimi altri casi, puramente (e scandalosamente) nella disapplicazione, per tacito e generale consenso, del diritto vigente: una disapplicazione generalizzata che solo un personaggio di Orazio, noto (pare) per la sua dabbenaggine, Apella, sarebbe forse capace di ritenere anch'essa frutto di una interpretazione rispettabile delle norme sancite nei *libri terribiles* della legislazione italiana vigente (cfr. Horat. *serm.* 1.5.100 s.: «*credat Iudaeus Apella, / non ego*»).

Io penso, concludendo, che è ben vero (come ho, del resto, affermato durante tutta la mia vita di studioso) che solo dalla giustizia incarnata nei giudici dobbiamo attenderci il nostro più sicuro diritto. Ma penso anche che questa aspettativa, o meglio questa fiducia, è subordinata ad una condizione. Alla condizione che i giudici non siano soltanto preparati e in buona fede e attenti, ma interpretino ogni volta essi stessi, sulla propria personale responsabilità, il diritto applicabile al singolo caso da risolvere: senza cioè affidarsi ai «precedenti»

curiali, pur se autorevoli e ripetuti, e senza seguire passivamente gli insegnamenti ed i suggerimenti dei giuristi, pur se saggi e rinomati. Nessuno, su questa terra, è in grado di stabilire con certezza se essi, una volta pervenuti allo stadio supremo del loro operare (quello della «sentenza definitiva»), abbiano giudicato in modo impeccabile. L'essenziale è che essi, entro i limiti delle loro umane capacità, si siano in buona fede convinti che il diritto da applicare al caso concreto sia quello e non altro e che quel diritto sia tuttora vigente.

Quanto ai puri giuristi, sia reso onore alla nobile categoria. Li si chiamino tutti, sulle tracce di Ulpiano, *sacerdotes* («todos caballeros»). Li si proclamino pure, sempre sulle tracce di Ulpiano, cultori della *vera philosophia* (cfr. Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.1: «*iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*»). Si dica questo ed altro ancora, ma si ricordi che i giuristi appartengono in realtà, inevitabilmente, ad una gamma vastissima che va dagli astrusi trattatisti del «Professorenrecht» ai concreti opportunisti dello stampo di Busiride. E si ricordi altresì che essi, anche i più abili e influenti, «sparano a polverex»: al di là dei consigli e delle manifestazioni di pensiero (verbali o scritte che siano) non si spingono e non possono spingersi.

La corretta o scorretta applicazione del diritto vigente non può essere addebitata ai giuristi. Così come non può essere loro addossata la responsabilità della guerra di Troia.

9. *Fuorisacco*. — Per quanti condividono con me l'apprezzamento dello spirito francese, e di quello di un Jean Giraudoux in particolare, mi piace di stralciare dall'atto secondo, scena V, de *La guerre de Troie n'aura pas lieu* la duplice argomentazione, in raffinato linguaggio da Società delle Nazioni (ch'era l'ONU degli anni trenta), sviluppata da Busiride prima e dopo le minacce di Ettore.

BUSIRIS *prima maniera*: Premièrement ils ont hissé leur pavillon au ramat et non à l'écoutière. Un navire de guerre, princes et chers collègues, hisse sa flamme au ramat dans le seul cas de réponse au salut d'un bateau chargé de boeufs. Devant une ville et sa population, c'est donc le type même de l'insulte. Nous avons d'ailleurs un précédent ... Deuxièmement, la flotte grecque en pénétrant dans vos eaux territoriales a adopté la formation dite de face. Il avait été question, au dernier congrès, d'inscrire cette formation dans le paragraphe des mesures dites défensives-offensives. J'ai été assez heureux pour obtenir qu'on lui restituât sa vraie qualité de mesure offensive-défensive: elle est donc bel et bien une des formes larvées du front de mer qui est lui-même une forme larvée du blocus, c'est-à-dire qu'elle constitue un manquement au premier degré. Nous avons aussi un précédent.

BUSIRIS *seconda maniera*: Pour le premier manquement, par exemple, ne peut-on interpréter dans certaines mers bordées de régions fertiles le salut au bateau chargé de boeufs comme un hommage de la marine à l'agriculture? ...

Sans compter qu'une cargaison de bétail peut être une cargaison de taureaux. L'hommage en ce cas touche même à la flatterie ... Quant à la formation de face, il est tout aussi naturel de l'interpréter comme une avance que comme une provocation ... D'autant que les Grecs ont à leur proue des nymphes sculptées gigantesques. Il est permis de dire que le fait de présenter aux Troyens, non plus le navire en tant qu'unité navale, mais la nymphe en tant que symbole fécondant, est juste le contraire d'une insulte. Une femme qui vient vers vous nue et les bras ouverts n'est pas une menace, mais une offre. Une offre à causer, en tout cas ...

Si noti che i termini marinareschi «ramat» e «écoutière» non si incontrano nei vocabolari della lingua francese ed anzi, secondo alcuni esegeti, non appartengono a nessun lessico marinaresco della realtà. A garbato scherno dei cultori di Herman Melville (*Moby Dick*) e, prima di lui, di Richard H. Dana (*Two Years before the Mast*, 1842), questo linguaggio da lupi di mare l'autore l'ha molto probabilmente inventato. Del resto, è sicuro che la «trinella», il «matafione», il «gerlo», il «batticoffa», il «paranchino dei terzaruoli» eccetera abbiano lo stesso significato (quando pure hanno davvero un significato) su tutti i velieri? Guardiamoci nel bianco degli occhi: essi suonano altrettanto bene quanto il «ramat» e l'«écoutière», almeno per chi, come noi, non sia un esperto gabbiere di trinchetto. Al di fuori delle parti universalmente conosciute come essenziali, quali lo scafo o gli alberi (e il bagnasciuga, si intende), tutto il resto del lessico marinaresco è una volubile superfluità.

E a questo proposito, non so tacere un dubbio perverso. Che non si sia comportato allo stesso modo del meridionale (Haute-Vienne) Giraudoux l'altrettanto metidionale (*Samnium*) Labeone (persona anch'essa notoriamente portata all'ironia) quando, secondo la narrazione di Giavoleno (cfr. D. 50.16.242 pr.), fece parola, duemila anni fa, del misterioso aggeggio navale denominato «artemone»? Ciò che gli premeva era di mettere in chiaro che l'albero maestro è indubbiamente *pars navis*. Per dire che tanti altri amminicoli non contano, egli li riassunse tutti nel primo strano vocabolo, di sapore più o meno marinaresco, che gli venne in mente.

Di qui il tanto discusso periodo: *Malum navis esse partem, artemonem autem non esse Labeo ait, quia pleraeque naves sine malo inutiles essent*. Chi sa?

* Sulla questione dell'*artemo*, da ultimo: E. GUIDA, «*Artemon*: una vicenda semantica», in *Scr. Guarino* (1984) 1433 ss. A proposito delle complesse e variabilissime terminologie marinaresche, mi piace di segnalare, per puro spirito di sciovinismo, il solo *Dizionario di mariniera* del barone Giuseppe PARRILLI (Napoli, Stabilimento tipografico di Pasquale Androvio, 1866). Mi auguro che non vi sia qualche Capitone moderno cui venga fatto di spendere parole per dimostrare che la mia ipotesi su Labeone è infondata.