

Filippo Gallo

La consuetudine grande sconosciuta (*)

Tutti noi (voi che mi ascoltate e io che vi parlo) sappiamo che la consuetudine è, similmente alla legge, una fonte del diritto. Lo abbiamo appreso all'inizio del corso degli studi di giurisprudenza dalle lezioni e dai manuali istituzionali, trovandolo nel contempo stabilito nel *codice civile*: nell'art. 1 delle «disposizioni sulla legge in generale» ad esso premesse, nel quale la consuetudine è rappresentata col segno «usi». Tuttavia non conosciamo (preciso: nelle trattazioni a me note in materia non si conosce) a chi è dovuta la sua formazione e come si forma.

Il rilevato difetto di conoscenza – per quanto a primo aspetto sconcertante, se non addirittura incredibile – è stato dimostrato (almeno così ritengo) nel mio ultimo libro *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto* (Torino, 2012). Richiamo i dati più rilevanti messi in luce al riguardo:

- nella tradizione occidentale, a partire da Giustiniano (la ragione della delimitazione risulterà dal prosieguo della lezione), si sono formate, per la consuetudine, concezioni disparate e tra loro contrastanti;
- nessuna di tali concezioni trova rispondenza nei dati della realtà;
- la formazione della consuetudine non viene percepita in ambiti (quale, ad esempio, quello negoziale) in cui continua a sussistere (= a prodursi diritto in via consuetudinaria) sotto gli occhi di tutti: del legislatore, dei giuristi, dei giudici, pubblici funzionari e cittadini.

L'odierna lezione si inserisce nelle ricerche che conduco da tempo per la ricostruzione della *legum permutatio* giustiniana e il recupero degli elementi da essa rimossi dell'antica esperienza giuridica romana, i quali costituiscono, come soglio dire, nel loro insieme, l'eredità perduta del diritto romano. Mi paiono necessarie, per gli studenti a cui è rivolta la lezione, due puntualizzazioni: a) I temi indicati sono stati ignorati dalla scienza romanistica e, di riflesso, dall'intera scienza giuridica. Un esempio significativo è fornito, per la prima, dal pregevole volume di Lucio De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia* (Roma, 2007). Nell'ultimo capitolo, avente ad oggetto *Il tempo di Giustiniano. Codificazione e scienza giuridica tra passato e futuro*, sono specificamente considerate «la vicenda codificatoria» e la «riforma degli studi giuridici», disposta da Giustiniano parallelamente alla compilazione dei *iura*. Ebbene, nella trattazione manca ogni riferimento alla *legum permutatio* (testimoniata da Giustiniano nella costituzione *Omnem*, con cui dispose la riforma degli studi giuridici), agli elementi dell'antico diritto romano da essa rimossi, al compito primario dello storico del diritto di recuperarli e alla decisiva influenza esercitata dall'indicata *permutatio* (è iniziato da essa un nuovo corso della storia giuridica) nella tradizione romanistica occidentale. L'impostazione dello studioso riflette puntualmente quella della generalità dei romanisti. b) Finora sono rimasto isolato nella ricerca sui temi indicati che pure apre, a mio parere, una nuova stagione agli studi del diritto romano e della posteriore tradizione in Occidente. Allo stato, nella materia, posso solo autocitarmi. A chi, tra voi che mi ascoltate, avesse attrattive per il nuovo indirizzo, segnalato, per

*) Trascrizione integrata della lezione tenuta il giorno 5 dicembre 2012 nella sede distaccata di Cuneo della Facoltà giuridica torinese.

una prima informazione, tra i miei scritti, il volume *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* (rist. Torino, 2011) e l'articolo *La legum permutatio giustiniana rivoluzione giuridica ignorata della nostra tradizione. Introduzione al tema*, nel secondo volume degli «Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito» (Alessandria, 2011, p. 527 ss.).

Nella lezione considererò – senza pensare alla completezza, stante l'estrema vastità del tema in oggetto – un quadro di elementi atti ad evidenziare meglio l'assunto enunciato nel titolo.

Comincio dai contributi recati a proposito della consuetudine da John Gilissen, studioso di levatura internazionale, il quale riassume i suoi precedenti studi e in generale la conoscenza acquisita in materia nella voce 'Consuetudine', in «Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile» (III, Torino, 1988). Oltre che da questa voce, trarrò citazioni dell'elaborazione dello studioso belga dal volume *La coutume* (fasc. XLI della raccolta «Typologie des sources du moyen âge occidental», cur. L. Genicot, Turnhout, 1982), e dal saggio *La coutume comme source de droit dans l'évolution de quelques grands systèmes juridiques (Islam, Inde, Chine)*, in «La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali (Atti Convegno internazionale tenutosi presso l'Accademia dei Lincei dal 1° al 5 aprile 1986)», Firenze, 1991, p. 121 ss. (per questo saggio l'autore esplicita che le sue conoscenze «sont évidemment de seconde main»).

Nel citato volume del 1982, il Gilissen definì la consuetudine come «un ensemble d'usages d'ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe socio-politique donné, par la répétition d'actes publics et paisibles pendant un laps de temps relativement long». Poco dopo la definizione (riferisco le parole dello studioso) «fu adottata dal simposio organizzato dalla 'Società Jean Bodin per la storia comparata delle istituzioni' nell'ottobre 1984 a Bruxelles; in questo congresso la nozione di consuetudine fu esaminata, in un centinaio di interventi, in tutta l'evoluzione storica del diritto nei cinque continenti». Tali interventi furono quindi pubblicati nei quattro volumi dei «Recueils» della predetta Società, n. LI-LIV. Nel frattempo il Gilissen, che era nato nel 1912, decedette nel 1988. Devo dar conto della mia lacuna, costituita dalla mancata consultazione di tali volumi: essi non sono presenti nella biblioteca del dipartimento giuridico torinese e di altre biblioteche italiane a cui mi sono rivolto; la loro consultazione è possibile in Francia, dove tuttavia non mi sono stati possibili la trasferta e il soggiorno a tal fine occorrenti.

Il Gilissen ha rilevato che «la consuetudine è concetto di origine romana» da lui esplicitato nella definizione riferita, a cui è stato attribuito – impropriamente come si vedrà – valore universale.

Nell'esperienza romana non si è avuta un'unica nozione di consuetudine. Nelle fonti giuridiche a noi pervenute se ne rinvennero, per l'età pregiustiniana, due principali, rappresentate nel linguaggio giuridico con terminologia diversa: 'mos', 'mores', 'ius moribus receptum' (o 'inductum' o 'introducedum') l'una e 'consuetudo' l'altra. Mi limito a citare, tra i tanti testi in materia, D. 1.3.32 di Giuliano e C.I. 8.52(53).2, dell'imperatore Costantino, entrambi notissimi e ben conosciuti anche dal Gilissen, dal quale sono stati citati ed esaminati. Nel primo il giurista adrianeo spiega che i *mores*, avendo come le *leges* il fondamento nella volontà popolare, rivestono rango eguale alle medesime. Nel secondo l'imperatore Costantino, come ha rilevato il Gilissen (non è necessario soffermarsi qui sulla disputa interpretativa della congiunta menzione in esso della *ratio* e della *lex*), «a consacré la préminence de la loi – et de la raison – sur la coutume ...». Eppure lo studioso ha scritto che «le mot coutume est dérivé du latin *consuetudo*, qui avait déjà en droit romain le sens du terme juridique actuel coutume» e che «des Romains employent aussi *mos* ou *mores* dans le même sens». Non posso non rilevare che l'attribuzione del medesimo significato ai segni 'mores' e 'consuetudo' nelle fonti giuridiche romane non sarebbe immaginabile senza l'enunciazione a chiare lettere nel passo citato.

Tutto ciò mostra che anche il Gilissen non ha percepito nell'esperienza romana la formazione consuetudinaria costituita dalla recezione *moribus* ed è stato conseguentemente sviato nell'elaborare la definizione della consuetudine. Il diritto romano è senza dubbio più studiato e conosciuto, almeno in Occidente, del diritto islamico, indiano e cinese, come di quello delle popolazioni indigene

dell'Australia o dell'America del Nord e del Sud. Non si può escludere che l'adozione della predetta definizione abbia precluso la percezione della formazione consuetudinaria anche in tali diritti e negli altri studiati. Non si trova un oggetto sconosciuto ovvero immaginato, ma non esistente.

I concetti e le definizioni rappresentano (tendono a rappresentare) la realtà; se peraltro non sono ad essa aderenti, non la rappresentano, ma la deformano. La definizione della consuetudine enunciata dal Gilissen, alla quale è stato attribuito valore universale, non è rispondente ai dati della realtà. Non mi soffermo su di essa dal punto di vista della tecnica definitoria, essendo per se stesso decisivo il difetto rilevato, il quale contrasta con la specifica funzione, per cui l'operazione definitoria è stata apprestata e viene impiegata sul piano scientifico, di far meglio conoscere l'entità definita, non di offrire una rappresentazione distorta. Lo stesso Gilissen, nell'analisi della definizione adottata, ha precisato: «la consuetudine è *spontanea*» (corsivo dell'autore); «nessuna autorità crea la consuetudine, mentre la legge è opera dell'autorità sovrana o quasi sovrana. La consuetudine si fa, si crea da sola ...».

La connotazione essenziale del diritto nell'esperienza terrena, in cui tutto quanto esiste si distingue in naturale e artificiale, è l'artificialità, come aveva già enunciato il giurista romano Celso, definendolo *ars boni et aequi*. La precisazione espressa dal Gilissen pone di fronte all'alternativa tra due opzioni entrambe inaccettabili: la consuetudine non è un'entità giuridica; il diritto non è artificiale. In effetti, come tutti, anche lo studioso belga ha individuato, senza ombra di dubbio, nella consuetudine una fonte del diritto ed è del pari evidente a tutti (se pure il dato è abitualmente rimosso nell'elaborazione dottrinale) che il diritto, quale elemento culturale, è in tutto e per tutto opera dell'uomo, che lo produce, lo interpreta ed applica (come pure lo osserva e viola). Per quanto attiene all'artificialità non esiste differenza, ad esempio, tra il diritto e l'aritmetica: anche in quest'ultima l'addizione, la moltiplicazione, etc. sono state escogitate dall'uomo e sono da lui compiute in modo corretto o sbagliato.

Il Gilissen ha offerto una rappresentazione falsata della consuetudine. Non si può dire che egli, come tutti gli altri studiosi che non ne hanno percepito il connotato essenziale dell'artificialità, l'abbiano effettivamente conosciuta.

La distorsione indicata ha radice nella *legum permutatio* giustiniana: precisamente nella rielaborazione della formazione consuetudinaria del diritto, configurata in testi classici secondo l'*ars iuris*, nella prospettiva della *legum doctrina* da parte dei più preparati e fidati collaboratori giuridici di Giustiniano nelle *Istituzioni* imperiali, aventi anch'esse il rango di *leges*. Il complesso problema è stato da me esaminato nel già citato volume *Consuetudine e nuovi contratti*. Espongo, in rapida sintesi, i dati essenziali.

La produzione del diritto è un attributo della sovranità appartenente, in una visione primordiale come in quella più evoluta, ai componenti delle aggregazioni politiche costituenti il popolo. E' osservazione risalente che in tali aggregazioni il diritto si produce mediante la formazione consuetudinaria e la legge. Il giurista Salvio Giuliano elaborò in proposito una teorizzazione modulata sul diritto romano, della quale riassume i tratti salienti. Ciò che conta, per la produzione del diritto, è la volontà del popolo, titolare della sovranità. Esso (la parte, diversa nelle diverse esplicazioni, formata dai cittadini legittimati) può manifestarsi col voto nelle apposite assemblee oppure *rebus ipsis et factis*: col comportamento concludente, ad esempio stipulando, su suggerimento di un *iuris peritus*, un nuovo contratto non previsto nel sistema.

Nella teorizzazione giuliana non è esplicitato che, nelle esplicazioni diverse dal voto nelle assemblee popolari, i soggetti agiscono nella duplice veste di privati e di cittadini (membri del popolo sovrano). Nella prima veste sono (o comunque determinano) i destinatari degli effetti del nuovo atto posto in essere (che deve anch'esso risultare conforme al *bonum et aequum*); nella seconda esprimono il necessario e valido consenso ad inserirlo nel sistema: inserimento che avverrà, senza la legge, se e quando esso sarà in tal modo manifestato dalla generalità o almeno dalla maggioranza dei soggetti interessati.

Nel dominato (pure presentato come monarchia assoluta, *imperium Romanum* assolutistico, etc.) l'assetto giuridico-politico-istituzionale appare radicalmente mutato. Sono specificamente da segnalare due punti: la sovranità non appartiene più al popolo, ma all'imperatore, che, in via di principio,

può trasmetterla al successore già in vita o per il caso di morte. Non si stabilizzò, com'è noto, il principio dinastico, che pure ebbe applicazioni. I cittadini, per quanto ancora detti tali (*cives Romani*), sono in realtà ridotti a sudditi. Non è più configurabile, nella situazione, l'attribuzione al popolo del potere di creare diritto o comunque una sua partecipazione ad esso.

Giustiniano portò a compimento il nuovo assetto e soprattutto ne elaborò la teorizzazione, rappresentata come *legum doctrina*, la cui influenza non è ancora venuta meno nella tradizione romanistica. Secondo tale dottrina spettava esclusivamente all'imperatore la produzione come l'interpretazione del diritto, nella quale ultima rientrava sia l'elaborazione dottrinale che la storia del diritto. Le *leges* sovrapposte al diritto comprendevano sia il momento normativo che quello dottrinale, a sua volta comprensivo della storia del diritto. Si deve riconoscere che i maestri giustiniani ebbero concreta consapevolezza, vuoi del concorso dell'elaborazione dottrinale alla produzione del diritto, vuoi della dipendenza del diritto del presente da quello del passato (una diversa vicenda giuridica conduce ad un diverso diritto). Le compilazioni fatte apprestare da Giustiniano (anche quelle di *iura* – *Digesta* e *Institutiones* – elevate a *leges*) costituivano nel contempo i testi legislativi vigenti e quelli scolastici per la *cupida legum inventus*. Il compito dei giudici era circoscritto alla meccanica applicazione delle *leges* poste dall'imperatore e quello dei professori di diritto (in cui possono vedersi i giuristi del tempo) alla fedele trasmissione, senza interpretazioni personali, alle generazioni future del loro contenuto come sopra specificato.

Sono ancora da richiamare alcuni dati in merito alla *legum permutatio*, finora trascurata, come si è detto, dagli studiosi. L'esigenza di porla in essere fu avvertita quando maturò il disegno di trarre dai testi degli antichi giuristi (*iura*) un compendio, rappresentato come *templum iustitiae*, da utilizzare quale testo legislativo e scolastico. Tutti i collaboratori giuridici dell'imperatore avevano conoscenza almeno delle *Istituzioni* di Gaio, di opere (o parti di esse) di giuristi classici e delle raccolte di passi scelti delle medesime, che erano adottate nel corso degli studi giuridici, da essi seguito, anteriormente alla riforma operata da Giustiniano. E tutti avevano consapevolezza di divergenze presenti negli antichi *iura*, rispetto al diritto in vigore. Era in specie evidente, in essi, la mancata rispondenza all'assetto del dominato a proposito dei due punti fondamentali sopra considerati: occorre porre in essere, secondo il disegno giustiniano, la *legum permutatio*; in primo luogo le rappresentazioni e attestazioni dell'*ars iuris* dovevano essere conformate alla *legum doctrina*.

Nella costituzione *Deo auctore*, con cui diede l'avvio alla compilazione dei *Digesta*, Giustiniano prescrisse (§ 7) ai propri commissari di apportare agli antichi *iura* utilizzati tutti gli emendamenti (inserzioni, espunzioni, modifiche) occorrenti al fine perseguito. Ad opera ultimata, nella costituzione *Tanta* (§ 10) egli attestò che gli emendamenti effettivamente apportati ai testi classici utilizzati erano stati numerosi e rilevanti (la diversa formulazione, probabilmente anteriore, della stesura in lingua greca nella *Δέδοκεν*, non inficia l'attestazione delle manipolazioni compiute, almeno di norma, in conformità alle istruzioni impartite da Giustiniano).

Non mi occupo in via generale, nella mia lezione, del problema delle interpolazioni, per il quale rinvio al recente volume «Problemi e prospettive della critica testuale, Atti del seminario internazionale di diritto romano (Trento, 14 e 15 dic. 2007)», a cura di Massimo Miglietta e Gianni Santucci (Trento, 2011). Condivido il rilievo di Peter Groeschler che «spesso i romanisti non riflettono più» (aggiungo io a torto) «sulla loro posizione in merito alle interpolazioni», sicché «il metodo di lavoro nell'era del post-interpolazionismo è ... tutt'altro che definito», bensì, come precisa lo studioso, «piuttosto disperso e incerto». Di fronte al singolo frammento del *Digesto*, lo stato noto a tutti delle fonti preclude la presunzione vuoi dell'interpolazione, vuoi della genuinità, in adesione ai contrastanti indirizzi – ridottisi a mode – che si sono susseguiti. Solo l'esercizio, scevro da preconcetti, della critica testuale potrà mostrare se esso è da ritenere genuino o manipolato.

L'oggetto della *permutatio* perseguita da Giustiniano nei confronti degli antichi *iura* è indicato col segno '*leges*': si tratta di una rappresentazione ideologica falsata e falsante. Il grande legislatore rico-

nobbe che non è possibile neppure all'imperatore (partecipe dell'imperfetta condizione umana) prevedere e disciplinare tutto, ma non ebbe remore (forse, dal suo punto di vista, ritenne doveroso) falsificare la storia. Come si è detto, egli, con la *permutatio* compiuta nel campo giuridico (paragonata, tramite la citazione di Omero, allo scambio dell'oro col bronzo) sovrappose le *leges* al *ius* e sostituì la *legum doctrina* all'*ars iuris*. Tuttavia, nella costituzione *Deo auctore* (§ 1), egli rappresentò la vicenda giuridica di Roma, dalle origini al suo tempo, come *trames legum*, sebbene nella primitiva comunità romana le *leges* (intendo le *leges populi Romani*) non esistessero ancora. Tale comunità era retta dai *mores*, fra i quali assumevano rilievo quelli a cui era stato riconosciuto valore giuridico.

La contraddizione non è eliminabile: la sostituzione dell'oro, in luogo del bronzo, non è compatibile con la preesistenza del primo. L'ideologia ebbe il sopravvento sulla storia: il disegno giustiniano, secondo cui l'assetto legalistico doveva perdurare in ogni evo futuro, trovava appoggio nella sua falsata anticipazione alle origini di Roma. Con lucida preveggenza Giustiniano precluse nel contempo la libertà di critica: chiunque avesse osato mettere in luce (com'era, in fatto, agevole) l'intrinseca contraddizione tra la *permutatio* e la continuità, sarebbe stato colpito, senza concreta possibilità di difesa, con le pene gravissime del crimine di falso.

Tutti, secondo Giustiniano, avrebbero dovuto accettare entrambi i contraddittorii messaggi. In realtà, nella tradizione romanistica è prevalso e prevale tuttora il messaggio antistorico della continuità (mentre quest'ultima ebbe, come si è detto, carattere ideologico, la *permutatio* rispetto agli antichi *iura* venne effettivamente compiuta). Indico tre esplicazioni a mio avviso significanti: la scienza romanistica ha rimosso e non ha tuttora recuperato la *legum permutatio* realizzata da Giustiniano; nell'800 una corrente di autorevoli studiosi tedeschi (la pandettistica, ancora attiva – penso, in Italia, agli apporti di Emilio Betti – in una fase del '900) ha elaborato un insieme organico di concetti assunti a dogmi e ritenuti, come tali, applicabili a qualsivoglia diritto in ogni tempo e luogo; nella seconda metà del secolo scorso una parte rilevante di romanisti, dei quali non mancano tuttora epigoni, in reazione al precedente indirizzo interpolazionistico, ha accantonato, nello studio dei testi dei giuristi classici tramandati nel *Digesto*, il problema della loro manipolazione, non escludibile aprioristicamente per le ragioni sopra esposte nei riguardi di alcuno di essi, teorizzandone talora l'indiscriminata genuinità almeno sostanziale.

I problemi della critica testuale nei riguardi delle compilazioni giustiniane (*in primis* del *Digesto*) sono tuttora aperti, come mostra la stessa contrapposizione che si è avuta tra le semplificate posizioni della ricerca delle interpolazioni nei testi in esse utilizzate e la difesa della loro genuinità. Non è ancora arrivato il tempo di trarre le fila dei risultati conseguiti, ma occorre procedere nell'analisi, come cerco di fare in merito del tema considerato della consuetudine.

Muovo dalla *permutatio* operata da Giustiniano a proposito della sovranità, a cui è inerente il potere di creare diritto. Negli antichi *iura* la sovranità è riconosciuta al popolo, mentre nel sistema giustiniano, in consonanza con la *legum doctrina*, essa è appannaggio esclusivo del potere imperiale. Sul punto la *legum permutatio* venne operata da Giustiniano in via legislativa nella costituzione *Deo auctore*, § 7, con la falsificazione della *lex de imperio*. Com'è noto, quest'ultima veniva emanata, nel principato, per ogni successivo imperatore dopo Augusto (prudente fondatore del principato con la graduale concentrazione del potere nella sua persona). Giustiniano stabilì invece, come verità storica avente valore legislativo e perciò imposta a tutti, che essa aveva operato il trapasso storico di tutto il potere dal popolo all'imperatore.

Nella stessa costituzione Giustiniano aveva già affermato, sempre con valore legislativo e la preclusione di ogni contestazione, l'investitura divina del potere imperiale: '*Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est*'. L'ablativo assoluto non sembra bene reso nell'italiano «con il sostegno di Dio». L'*auctor* è colui che fa o determina. Lo confermano, nel contesto, l'enunciazione '*nostrum gubernantes imperium*' e la forma verbale '*traditum est*'. Grazie all'investitura divina Giustiniano considerava proprio l'impero (è inequivoco in proposito il plurale maiestatico '*nostrum*'), così come il donatario (o il compratore) considera propria la cosa consegnatagli dal do-

nante (o dal venditore).

Secondo le istruzioni impartite dall'imperatore, i compilatori del *Digesto* dovevano adeguare i *iura* in esso ricevuti, nei quali era contemplata la *lex de imperio*, alla falsificazione da lui disposta della medesima. L'esigenza dell'adeguamento si pose per il frammento ulpiano (1 *inst.*), con cui si apre il titolo 1.4 (*de constitutionibus principum*) del *Digesto*: *'Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat'*.

Il primo rilievo da fare è che i commissari giustiniani preferirono alla rappresentazione delle Istituzioni gaiane (1.5: *'Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem – sottinteso de imperio – imperium accipiat'*) quella delle istituzioni ulpiane, esprimente una visione per così dire intermedia tra quella della prima età imperiale e quella del dominato, fondata, come si è detto, nella teorizzazione giustiniana, sul trapasso storico di tutto il potere dal popolo alla carica imperiale.

Si constata, in secondo luogo, che l'adeguamento alla falsificazione compiuta da Giustiniano della *lex de imperio* è stato affrettato e approssimativo. La sola interpolazione sicura del testo ulpiano è quella della qualifica *'regia'* apposta alla legge in oggetto. Per altro verso nella scrittura ricevuta nel *Digesto* è rimasta la forma verbale *'conferat'* (corrispondente, dal punto di vista del popolo, a quella gaiana *'accipiat'* dal punto di vista dell'imperatore), palesemente non idonea a raffigurare il trapasso storico del potere dal popolo alla maestà imperiale.

A questa deficienza posero rimedio gli estensori delle Istituzioni imperiali (1.2.6), i quali hanno anch'essi utilizzato la rappresentazione ulpiana, sostituendo però, nel passaggio esprimente il conferimento del potere all'imperatore, il passato *'concessit'* al presente *'conferat'*.

E' certo che la deficienza rilevata dei compilatori del *Digesto*, rispetto al compito ad essi attribuito da Giustiniano, non precluse ai professori (in generale agli esperti di diritto) del tempo, come ai posteriori interpreti, la percezione dell'esclusiva spettanza all'imperatore, in forza dell'investitura divina e popolare, della sovranità e specificamente del potere di *leges condere* e *interpretari*, così come stabilito nella costituzione (o parte di costituzione) tramandata in C.I 1.14.2 e nella costituzione *Tanta*, § 21. E' parimenti certa la persistenza, se pure ignorata, dell'influsso della visione legalistica giustiniana in attuali esperienze giuridiche dell'Occidente.

La teorizzazione della consuetudine, in consonanza con la *legum doctrina*, venne elaborata nel nuovo manuale istituzionale dai commissari giustiniani, ai quali ne era stata affidata la stesura.

Giustiniano era convinto della necessità della preparazione dottrinale e storica per la formazione dei futuri uomini del diritto. Nel nuovo piano di studi da lui stabilito i primi quattro anni erano dedicati allo studio e apprendimento, sotto la guida dei professori, del manuale imperiale e dei primi 36 libri del *Digesto*. Nel quinto ed ultimo anno gli studenti dovevano sia apprendere da soli gli ultimi 14 libri del *Digesto* (completando così lo studio dei *iura*), sia *legere* e *subtilitate intelligere*, sempre da soli, il *Codex Constitutionum*. Il *Digesto* è da lui qualificato *'templum iustitiae'* e le Istituzioni imperiali dovevano contenere i *'prima fundamenta atque elementa totius eruditionis'* (si intende nel campo giuridico). Mediante l'elevazione a *leges* dei *iura* recepiti nel *Digesto*, Giustiniano li fece proprii (*'omnia ... merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas'*: *Deo auctore*, § 6). L'implicazione è evidente: l'elaborazione dottrinale e la ricostruzione storica, in quanto assorbite nelle *leges*, sono esclusivamente riservate per il presente come per il futuro, al pari della posizione dei precetti in senso stretto, all'autorità imperiale.

Secondo il disegno di Giustiniano, i *iura* recepiti nel *Digesto* dovevano essere rispondenti alla *legum doctrina* instaurata con la *legum permutatio*. Egli aveva affidato ai proprii commissari il compito di operare l'adeguamento, che non venne però sovente attuato in modo accettabile. In parecchi luoghi del *Digesto* sono rimasti elementi dell'antico diritto e delle antiche concezioni, incompatibili con la *legum doctrina*, secondo la quale il *ius* è assorbito nelle *leges*, la cui *conditio* e *interpretatio* sono esclusivamente riservate all'imperatore. La consuetudine peraltro esiste, così come esistono, nella realtà terrena, altre cose non desiderate, quali le malattie e, in specie per i contadini, la caduta della grandine. La solu-

zione venne trovata nella riduzione, in contrasto con la realtà, della consuetudine alla figura della *consuetudo secundum legem*, vale a dire prevista e mediante la previsione riconosciuta dal legislatore.

Per quanto qui specificamente interessa, nel *Digesto* sono conservate numerose testimonianze (alcune lo sono nelle stesse *Istituzioni* giustinianee) della recezione *moribus*, che aveva avuto, al contrario, rango eguale alla legge ed era spesso sinteticamente indicata, al pari del *ius moribus receptum*, col segno ‘*mores*’.

In particolare nel frammento 32 di Giuliano (84 *dig.*), con cui si apre, nel titolo 1.3 del *Digesto*, la trattazione dedicata alla *consuetudo*, si rinvengono ancora tratti essenziali della teorizzazione della recezione *moribus*, come si constata nel passaggio che segue: «poiché le stesse leggi non ci vincolano per nessun altro motivo se non per il fatto che sono state recepite per decisione del popolo, meritatamente sarà vincolante per tutti anche ciò che il popolo ha approvato senza alcuno scritto: infatti che differenza c'è se il popolo dichiara la propria volontà col voto» – nelle assemblee legislative – «oppure con il comportamento concludente?».

Non è dubbio che i commissari giustinianei intesero identificare la recezione *moribus* con la *consuetudo*, riducendo la prima alla seconda, menzionata, come si è detto, a differenza della prima, nella rubrica del titolo 1.4, a lato delle *leges* e dei *senatus consulta*. La manipolazione della scrittura giuliana è stata peraltro assai lontana dal fine perseguito. Così come ci è pervenuta, la frase con cui inizia, nel frammento, il § 1 (*‘inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum’*) si presenta equivoca. Essa può far pensare, come ha effettivamente sostenuto il Guarino, che l'elemento interpolato non sia la *consuetudo*, bensì il *ius moribus constitutum*. La tesi è peraltro infondata, come mostrano le testimonianze delle fonti e, a mio avviso, lo stesso senso comune. Le *Istituzioni* di Gaio, sicuramente classiche e il cui testo è stato scoperto ormai da due secoli, recano sicure testimonianze della recezione *moribus*, come dei singoli elementi dai quali essa è costituita, mentre ignorano, quale fonte del diritto, la consuetudine. D'altro canto non appare ipotizzabile l'interpolazione del *ius moribus constitutum*, dal momento che, nel sistema instaurato da Giustiniano con la *legum permutatio*, per un verso, era ammessa la sola *consuetudo secundum legem* e, per l'altro, l'indicato *ius*, presupponente la sovranità popolare, confliggeva con la *legum doctrina*, fondata sull'asserito (falsificato) trapasso storico di tutto il potere dal popolo alla carica imperiale.

Tutto ciò conferma la grave insufficienza dell'attività manipolatoria dei testi classici posta in essere per la consuetudine dai commissari giustinianei. A tale insufficienza posero rimedio, in materia, gli estensori del manuale imperiale.

Si è già rilevato che questo manuale doveva contenere, secondo Giustiniano, i *‘prima fundamenta atque elementa’* di tutto il sapere giuridico. La sua stesura venne da lui affidata ai più preparati e più fedeli tra i suoi collaboratori (*Imperatoriam*, § 1). Solo per quest'opera (diversamente cioè dal *Digesto* e dal *Codice*) l'imperatore dice di averla attentamente considerata (*‘et legimus et cognovimus’*) prima dell'approvazione.

La teorizzazione della consuetudine, in conformità – per quanto possibile – alla *legum doctrina*, è stata sintetizzata dai maestri giustinianei, nel quadro della distinzione accolta tra *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*, in due righe: *‘ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur’*.

I predetti maestri furono guidati da un lucido disegno. Essi ebbero presente la teorizzazione giuliana del *ius moribus receptum*, della quale mutarono i tratti portanti: alla *voluntas populi*, produttrice col comportamento concludente di tale diritto, sostituirono il *consensus utentium*, presupponente l'uso della consuetudine già esistente, ed al rango eguale alla legge, riconosciuto da Giuliano al diritto recepito *moribus*, sostituirono l'imitazione della medesima, implicante un ruolo ad essa subalterno, esplicitato in altre fonti, tra le quali la costituzione di Costantino, tramandata nel titolo *‘quae sit longa consuetudo’* nel *Codice* a noi pervenuto. Come si vede, è ignorata (più esattamente, rimossa) la formazione consuetudinaria, per la quale non appare chiarificatore il ricollegamento all'*usus*. Da un lato, infatti, l'uso esiste ed è riconosciuto anche per la legge; dall'altro, il suo oggetto (la consuetudine usata) è per forza di cose preesistente ad esso. Come si dirà, la formazione consuetudinaria ha con-

tinuato ad essere sconosciuta nella posteriore tradizione romanistica.

Nella nuova teorizzazione non figura il segno 'consuetudo', con cui la consuetudine è indicata nei titoli ad essa relativi del *Digesto* e del *Codice*. Nel contesto la consuetudine è rappresentata dalla locuzione 'ius ex non scripto', mediante la quale è stata identificata coi *mores*. In breve, nella teorizzazione in esame le locuzioni 'mores', 'ius ex non scripto' e 'consuetudo' sono denominazioni diverse della stessa entità costituita dalla consuetudine. Con essa i maestri giustiniani si proposero di fornire ai giovani studiosi del diritto del loro tempo e di quello futuro una chiave di lettura (di precomprensione ideologica) dei passi del *Digesto* e delle *Istituzioni*, nei quali sono rimaste testimonianze del *ius moribus receptum*.

L'obiettivo perseguito dagli estensori del manuale imperiale è stato raggiunto. La stessa teorizzazione giuliana, secondo cui la recezione *moribus* è fondata sulla volontà popolare e il diritto da essa prodotto ha rango eguale alla legge, è stata fagocitata nell'identificazione da essi insegnata con la *consuetudo*, non prodotta, ma solo usata dal popolo e subalterna alla legge. Per quanto sia stupefacente, neppure decenni di studio storico del diritto romano hanno condotto a sceverare la recezione *moribus* dalla *consuetudo*, se pure, come si è detto, da un lato, tratti portanti la contraddistinguono da quest'ultima e, dall'altro, essa risulti ampiamente testimoniata, oltre che nel *Digesto* e nel manuale imperiale, nelle *Istituzioni* di Gaio, nelle quali, come si è detto, non è viceversa menzionata la *consuetudo*, quale fonte del diritto. Il suo recupero ha avuto inizio con il mio corso in materia del 1971 (*Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*) ed è tuttora lontano dall'essere entrato nell'ottica della scienza romanistica.

Considero un'altra correzione apportata, nella prospettiva della *legum doctrina*, dagli estensori delle *Istituzioni* imperiali alla visione ricevuta nel *Digesto* dai suoi compilatori. Faccio così una digressione, avente peraltro una duplice giustificazione. Anche la correzione, che mi accingo a considerare, è ignorata dalla scienza romanistica. Essa inoltre è strettamente connessa con quella esaminata relativa alla consuetudine, avendo ad oggetto la stessa concezione del diritto, comprendente sia quello *ex scripto* che quello *ex non scripto*.

Tanto nel *Digesto* che nelle *Istituzioni* giustiniane il titolo iniziale reca la rubrica 'de iustitia et iure'. Nel *Digesto* l'*incipit* del titolo è costituito dal frammento con cui iniziava verosimilmente il manuale ulpiano. Pure gli estensori delle *Istituzioni* imperiali ebbero presente ed utilizzarono, nel redigerne il primo titolo, l'*incipit* ulpiano, da cui trassero la distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*. Siamo al nodo essenziale. Essi riferirono l'enunciazione ulpiana 'huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum', ma sostituirono volutamente alla precedente definizione celsina del diritto come 'ars boni et aequi', con la quale era enunciato dal giurista classico l'oggetto dello studio del diritto, la menzione, allo stesso fine, dei *praecepta iuris* di stampo giusnaturalistico «vivere onestamente, non nuocere ad altri, attribuire a ciascuno il suo». I predetti estensori hanno così dato l'avvio alla rimozione dalla scienza giuridica della definizione celsina del diritto e dell'artificialità ad esso connaturata.

Non è possibile, nella mia lezione, un'analisi dettagliata. Possono tuttavia rilevarsi dati, a mio avviso decisivi e non controvertibili.

I più fidati e preparati collaboratori di Giustiniano non videro nella definizione celsina del diritto uno dei 'prima fundamenta atque elementa' che dovevano essere esposti nelle *Istituzioni* imperiali e appresi dalla *cupida legum iuventus*. Il particolare che essi la espunsero dal brano utilizzato di Ulpiano fa ritenere che non l'abbiano proprio considerata tale. Non sfuggiva ai predetti collaboratori il dato dell'artificialità del diritto; peraltro, secondo la *legum doctrina*, che essi avevano contribuito ad elaborare, l'*ars iuris* era affare esclusivo della carica imperiale. Spettava cioè esclusivamente all'imperatore la produzione e interpretazione delle *leges*, nelle quali era sussunto il diritto e rientravano, unitamente alla posizione delle norme generali e astratte, l'elaborazione dottrinale e la ricostruzione storica. A tutti gli altri membri del popolo (soggetti, come sappiamo, al potere imperiale) ne era consentita la sola conoscenza e applicazione nelle diverse posizioni nelle quali operavano (giudici, funzionari governativi e amministrativi, privati cittadini). In più ai professori di diritto ne era prescritta la fedele

(più esattamente *pedissequa*) trasmissione ai giovani che si accingevano allo studio del diritto.

E' palese inoltre che il riconoscimento dell'artificialità del diritto avrebbe ostato alla configurazione della consuetudine come oggetto dell'uso, di cui era taciuta – e in tal modo celata – la formazione. Escluso, infatti, in via di principio che la consuetudine venisse formata dall'imperatore, unico *conditor* e *interpres legum*, come egli stesso si proclamava, restava solo la sua formazione da parte dei cittadini, la quale, peraltro, confliggeva col disegno giustiniano fondato sul falsificato trapasso storico di tutto il potere del popolo alla carica imperiale. Sarebbe sfumato il miraggio della *legum doctrina* e sarebbe crollato, insieme al fondamento, l'intero sistema ideato da Giustiniano.

Se pure nella disattenzione tuttora perdurante della dottrina romanistica, l'indicazione dell'oggetto dello studio del diritto, anziché con la definizione celsina, con i precetti «vivere onestamente», «non nuocere ad altri» e «attribuire a ciascuno il suo», è espressione di una concezione del diritto radicalmente diversa: gli estensori del manuale giustiniano hanno precisamente sostituito al dato dell'artificialità del diritto la visione ideologica della sua naturalità (si usa in proposito il segno giusnaturalismo). Sotto la spinta di indirizzi filosofici (e forse di istanze – a mio avviso, malintese – della religione cristiana) essi hanno considerato il diritto quale elemento naturale, così come Giustiniano voleva che fosse effettivamente considerato dai propri sudditi.

La visione e il sogno non cambiano però la realtà, nella quale il diritto è rimasto e rimane un elemento in tutto e per tutto artificiale: dal punto di vista dinamico una delle *artes* apprestate dell'uomo per appagare le molteplici esigenze umane che si sono poste e si pongono nella realtà terrena. Non diversamente, ad esempio, dal bicchiere, il diritto è per se stesso un elemento inerte fatto e usato (in conformità alla sua funzione, interpretato e applicato) dall'uomo.

La visione giuspositivistica confligge con quella giusnaturalistica. Giustiniano ritenne di coniugarle e farle coesistere nel proprio sistema. Da un lato le *leges* dovevano essere venerate (il verbo usato è *adorare*) e osservate da tutti, senza possibilità di contestazione e critica da parte di chicchessia, anche quando stabilivano falsificazioni storiche. Dall'altro lato non potevano non essere ritenute giuste e rispondenti alle esigenze umane (in una parola le migliori possibili), stante la loro ritenuta emanazione sotto l'ispirazione e con l'assistenza divina. In realtà la valenza giusnaturalistica è un mero *flatus vocis*. Tra l'altro gli stessi estensori del manuale imperiale hanno enunciato più avanti (1.2.11), in contrasto con la raffigurazione da essi esposta dell'oggetto dello studio del diritto, la distinzione tra i *iura* osservati *'apud omnes gentes'*, i quali, *'divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent'*, e quelli posti per se stessa da ciascuna *civitas*, i quali vengono invece sovente mutati *'vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata'*. Al di là degli abbellimenti verbali, il sistema giustiniano è rigorosamente positivistic (anzi esemplarmente legalistico).

Tuttavia non sono mancati, nella successiva tradizione romanistica, studiosi i quali, sotto la spinta di istanze esterne, hanno ritenuta preminente (se non addirittura assorbente) nella compilazione giustiniana, l'ispirazione del diritto naturale. Recentemente Wolfgang Waldstein, ammirato maestro del diritto romano, ha sostenuto che la definizione celsina del diritto come *'ars boni et aequi'* è espressione della visione giusnaturalistica. Non si può non constatare che, come ho rilevato più volte, l'ideologia fa vedere cose che non ci sono e nasconde cose che ci sono. L'*ars* si contrappone alla natura e l'aggettivo «naturale» esprime in coerenza un'essenza o qualità contrapponentesi a quella enunciata con la qualifica naturale. Il mare è naturale, ma la nave, come il diritto, l'aritmetica, la musica e in generale tutti i prodotti delle *artes* nell'esperienza terrena, sono artificiali.

La definizione celsina del diritto non è riducibile né alla visione naturalistica né a quella positivista, bensì è frutto di un'autonoma visione peculiare dell'esperienza giuridica romana. Essa è basata sul dato ad un tempo elementare e fondamentale dell'artificialità del diritto, la cui considerazione ha condotto all'individuazione, nel *bonum et aequum* (ragionevolezza ed eguaglianza), degli specifici criteri (si ribadisce criteri non principii con cui sogliono essere confusi) dell'*ars iuris*, ai quali devono cioè uniformarsi tutte le attività in cui essa si esplica, dando vita nella realtà al fenomeno giuridico. Esemplico brevemente in una duplice direzione.

E' al presente unanime (o pressoché tale) la convinzione che in Italia si richiedano profonde rifor-

me strutturali e mutamenti comportamentali (prima di tutto occorre, a mio avviso, cambiare la mentalità) per porre rimedio all'insostenibile degradazione in atto. I provvedimenti giuridici, nei quali dovranno necessariamente tradursi le auspiccate riforme, non sono peraltro scritti o comunque accessibili in qualche luogo. Essi devono essere escogitati, elaborati ed emanati da chi ha il potere-dovere di farlo.

I dittatori che emanarono leggi razziali perseguirono, nella loro distorta visuale, un fine ritenuto buono. I criteri della ragionevolezza ed eguaglianza, applicati in coerenza alla misura che ogni uomo trova in se stesso per vivere e determinare i rapporti con i consociati (il saggio Confucio parlava, in proposito, di «reciprocità»), ne mostrano *ictu oculi* l'aberrante disumanità.

Terminata la digressione riprendo il discorso dal punto a cui ero pervenuto: la mancata conoscenza della consuetudine, nella tradizione romanistica, dovuta alla precomprensione lasciata dagli estensori delle *Istituzioni* imperiali nella loro teorizzazione di essa. Come si è mostrato, nelle fonti è documentata l'insuperabile diversità esistita nell'esperienza romana tra la recezione *moribus* e la *consuetudo*, le quali furono fonti vive del diritto in fasi e assetti giuridici tra loro disparati. I maestri giustiniani identificarono le due figure, sussumendole entrambe nel *ius ex non scripto*. L'identificazione venne acriticamente accolta da successivi studiosi e appare ancora dominante nell'attuale scienza romanistica.

Adduco, quali esempi, l'interpretazione di Isidoro di Siviglia, nato quando era ancora in vita Giustiniano, e due citazioni dalla voce '*Consuetudine*' del Gilissen.

- Isid., *etbim.*, 5.3.2: '*Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta*'.

- Gilissen, p. 493: «Accursio, nel XII secolo, consacra in una glossa l'identificazione concettuale dei termini '*consuetudo*', '*usus*' e '*mores*'».

- ID., p. 509: «I glossatori, come Piacentino e Azone (attorno al 1230), riprendono la definizione delle *Istituzioni* (2,9) e del Digesto (1,3,32): *Consuetudo est ius non scriptum moribus populi diuturnis introductum*».

E' superfluo ricordare che pure la definizione della consuetudine elaborata dallo studioso belga e ritenuta valida per ogni tempo e luogo dell'esperienza umana, ricalca ancora la teorizzazione della stessa tramandata nelle *Istituzioni* giustiniane.

Il dato a mio avviso più sconcertante è che i successivi studiosi della consuetudine, anziché basarsi sulla realtà (*in primis* sulla indubbia artificialità del diritto) hanno assunto quale oggetto della propria elaborazione i concetti elaborati dagli studiosi precedenti, a cominciare dai maestri giustiniani. Appare esemplare, in proposito, l'argomentazione del maestro torinese Norberto Bobbio.

Constatato l'insuccesso delle «vie tentate per uscire dal circolo vizioso introdottosi tra la ripetizione e l'*opinio*, considerate come elementi costitutivi equivalenti della norma consuetudinaria», il filosofo del diritto indica, come unica soluzione rimasta per «spezzare» il rilevato circolo vizioso, l'eliminazione di «uno dei due termini», soggiungendo che, siccome l'eliminazione della ripetizione comporterebbe l'eliminazione della stessa consuetudine, «non resta che eliminare l'*opinio iuris*». Lo stesso studioso rileva, a proposito della formazione della consuetudine, che, mentre essa è in corso, le persone «contraggono unicamente un'obbligazione di fatto o naturale, che solo il tempo o la tradizione trasformerà in obbligazione generale e astratta, allorquando la serie delle ripetizioni sarà tale da aver ingenerato, mediante la forza dell'esempio, la convinzione o la credenza che osservare quella regola sia obbligatorio». Ancora di recente è stato scritto dal Gilissen che «la consuetudine» [ovviamente il diritto consuetudinario] «si fa, si crea da sola».

Non si può non riconoscere l'avvenuta rimozione della realtà, nella quale già i primi atti che hanno dato o danno, ad esempio, luogo alla formazione di nuovi contratti sono stati e sono validi e produttivi degli effetti voluti dalle parti, purché rispondenti ai criteri dell'*ars iuris*, costituiti dal *bonum et aequum* (nel nostro *codice civile*, al quale sono ignoti tali criteri, si richiede che «siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»). E' forse possibile credere nei sogni, ma non che il diritto consuetudinario, avente natura artificiale (precisamente culturale) come quello legislativo, si crei da solo: che, ad esempio, figure negoziali complesse, quali la *mancipatio* nell'antica esperienza romana e il contratto di *leasing* nella nostra recente esperienza si siano formate da sole. Appare innegabile la sostituzione alla realtà di un mondo virtuale elaborato dagli studiosi ed

esistente soltanto nella loro testa e rappresentazione.

Come si è detto, il distacco, in merito alla consuetudine, della rappresentazione dalla realtà ha avuto inizio con la teorizzazione della medesima ad opera dei maestri giustiniani. Mediante la falsificazione della *lex de imperio* Giustiniano aveva enunciato legislativamente, nella *cost. Deo auctore*, l'avvenuto trapasso storico di tutto il potere dal popolo alla carica imperiale. La falsificazione giustiniana era sottratta a verifiche e contestazioni dalla comminazione delle pene gravissime del crimine di falso contro chi avesse osato intraprenderle ed enunciarle. Essa era elevata a una sorta di dogma. Era perciò precluso ai commissari di Giustiniano riconoscere al popolo – così come avveniva ed è continuato ad avvenire nella realtà – la produzione del diritto consuetudinario, la quale non era, per altro verso, attribuibile all'imperatore.

I commissari prediletti di Giustiniano trovarono la via di uscita celandone la formazione, al qual fine sostituirono, nella loro teorizzazione, alla *voluntas populi*, che, estrinsecandosi nel comportamento concludente, produce la consuetudine, il *consensus utentium*, esprimente l'uso di una consuetudine già formata. Gli studiosi posteriori, nella tradizione occidentale, anziché risalire alla realtà, hanno abitualmente assunto, quale oggetto della propria elaborazione, la teorizzazione esposta nelle *Istituzioni* giustiniane e le determinazioni e variazioni ad essa recate.

Nella mia lezione posso solo esemplificare, spigolando tra i diversi indirizzi.

La consuetudine ha ricevuto particolare attenzione nella scuola storica, la quale ha accolto la visione giustiniana secondo cui essa è oggetto d'uso da parte dei consociati, al quale quindi preesiste. I grandi maestri di questa scuola ne hanno cercata e rinvenuta la preesistenza nella coscienza o spirito del popolo. La dottrina da essi elaborata, avente ancora largo seguito nell'insegnamento universitario, è stata sottoposta ad efficace critica da Norberto Bobbio. Formulo, da parte mia, due rilievi. Se la consuetudine fosse già esistente nella coscienza del popolo, sarebbe sufficiente la sua ricognizione. Invece si richiede, per la sua formazione, in sintonia coi maestri giustiniani, una pluralità di atti (il suo uso ripetuto). Nella produzione del diritto rientra anche la sua abrogazione. Orbene non riesco a percepire come possa configurarsi, nella coscienza o spirito del popolo, l'inesistenza di una determinata consuetudine prima della sua abrogazione, la quale si produce in via consuetudinaria con la sua prolungata disapplicazione fino alla caduta nel dimenticatoio.

Secondo un altro indirizzo, la consuetudine non è per se stessa fonte del diritto, ma assume valore giuridico, diventando così obbligatoria, in virtù del suo riconoscimento da parte del giudice. Uno dei più autorevoli elaboratori di questo indirizzo è lo studioso francese Édouard Lambert, sul quale ha verosimilmente influito il ruolo riconosciuto ai giudici nell'esperienza del suo Paese, per così dire a metà strada tra la visione creativa ravvisata nel *common law* e quella eminentemente ricognitiva tramandata dalla tradizione romanistica. Appare peraltro sicura sullo studioso francese la concorrente influenza derivata dalla teorizzazione dei maestri giustiniani. Esclusa, per impossibilità oggettiva, la formazione della consuetudine da parte del legislatore, nonché, per ritenuta carenza di potere (trasferito al primo o a propri rappresentanti) da parte del popolo, l'unica autorità rimasta in campo è il giudice. Indubbiamente, come il giurista, anche il giudice concorre alla formazione del diritto, se pure con apporto diverso dal primo. E' però, a mio avviso, un errore attribuire alle decisioni dei giudici la trasformazione dei semplici usi in norme giuridiche. Al livello teorico si rileva che la sovranità, di cui è attribuito il potere di creare il diritto, non è riconosciuta ai giudici, bensì al popolo. Al livello pratico è sotto gli occhi di tutti che già i primi atti, la cui ripetizione dà luogo alla formazione della consuetudine, sono produttivi degli effetti voluti dai soggetti che li hanno posti in essere. Il giudice non interviene su tali atti in via ordinaria ma eccezionale, quando sorgono tra le parti contestazioni tra esse non componibili, decidendo sulle domande poste dalle medesime. Non è dubbio che la consuetudine si forma con la generalizzata applicazione tra i soggetti interessati, ad esempio di una nuova figura contrattuale, anche se per essa non è stato richiesto (non si è avuto) l'intervento del

giudice. Al solito la considerazione della realtà cede il posto a quella della teorizzazione precedente, su cui si basa l'elaborazione successiva.

Escluso, da un lato, per colmare il vuoto lasciato dai maestri giustinianeî circa la formazione della consuetudine, che essa preesista nella coscienza del popolo, ed escluso, dall'altro lato, che la sua formazione sia dovuta al popolo (ai cittadini che lo formano), al legislatore e al giudice, non resta che la sua formazione spontanea. Questa via è stata percorsa verso la metà del secolo scorso, nella dottrina italiana, da due eminenti maestri: Norberto Bobbio e Santi Romano. Al Bobbio è dovuta la sua elaborazione dottrinale più compiuta. La teoria menzionata, accolta tra gli altri dal Gilissen, è al presente largamente diffusa nella scienza giuridica comparatistica.

Le argomentazioni del Bobbio e del Romano sono già state da me esaminate nel volume citato su consuetudine e nuovi contratti. Ribadisco qui sinteticamente la critica fondamentale, coinvolgente anche le determinazioni e varianti successive. Nell'esperienza terrena tutto ciò che si produce da solo è naturale, mentre tutto ciò che viene prodotto dall'uomo è artificiale. Come il restante diritto, anche quello consuetudinario è artificiale. La dottrina criticata rinnega la natura del diritto.

Recentemente Rodolfo Sacco ha raffigurato il diritto consuetudinario come diritto muto e la sua raffigurazione è stata ricondotta da suoi allievi alla dimensione tacita del diritto.

Anzitutto – a me pare – si deve muovere allo studioso l'appunto di avere anch'egli trascurato il dato fondamentale costituito dalla volontarietà del diritto (non confondibile col modo in cui la volontà viene manifestata), inerente alla sua artificialità. Non diversamente dal diritto stabilito dal legislatore, quello consuetudinario viene apprestato per appagare specifiche e talora contrastanti esigenze umane. Si pensi, nell'esperienza romana, alle molteplici applicazioni escogitate della *mancipatio*, dell'*in iure cessio* e della *sponsio*. Come per fare un'asola occorre considerare a che cosa essa serve e specificamente la grandezza del bottone che dovrà esservi inserito e da essa sganciato, così per l'apprestamento delle applicazioni indicate si è a volta a volta considerata l'esigenza che ciascuna di esse era destinata ad appagare.

In secondo luogo si deve evitare ogni possibile equivoco circa il significato e l'impiego del termine «muto» nelle diverse enunciazioni.

I maestri giustinianeî accolsero la distinzione del diritto nelle due specie del diritto scritto e non scritto, nella prima delle quali rientra il diritto posto dal legislatore e nella seconda il diritto consuetudinario. Dopo che fu inventata la scrittura i legislatori solerono enunciare le loro prescrizioni per iscritto, mentre il diritto consuetudinario continuò a rimanere non scritto. Rodolfo Sacco ha sostenuto che esso non è nemmeno enunciato verbalmente.

Sembra difficile escludere, nella teorizzazione dello studioso, una contraddizione. Egli muove dall'idea che il diritto consuetudinario costituisca una produzione spontanea, indipendente, come tale, dall'opera umana. L'idea contrasta peraltro con l'attribuzione ad esso della mutezza, che è propria dell'uomo. Nella rappresentazione del Sacco è muto il diritto prodotto dall'uomo al di fuori dell'uso della scrittura e dell'enunciazione verbale.

Soprattutto non appare possibile eliminare dal diritto consuetudinario la raffigurazione verbale. Sono fuori gioco i cd. atti muti, in merito ai quali si rileva comunque che rientrano in tale diritto, sia atti per i quali non si usa la parola (come avviene, ad esempio, nella raccolta delle lumache), sia atti per i quali, invece, si richiede, o almeno si usa abitualmente, l'enunciazione verbale e la stessa scrittura (ne sono esempio, per l'antica esperienza romana, la *mancipatio* e, per la nostra attuale, il contratto di *leasing*).

I maestri giustinianeî ricollegarono falsamente l'origine del diritto romano (*'ius nostrum'*), da essi distinto in diritto scritto e non scritto, alle città di Atene e di Sparta, scrivendo (*Iust. inst.* 1.2.10) che in tali città *'ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent, custodirent'*.

Essi avevano tuttavia ragione nel ritenere che senza la rappresentazione orale è impossibile la persistenza della consuetudine, la sua trasmissione da una generazione all'altra. Nessun romano sapeva

da sé come si faceva la *mancipatio* (ne conosceva cioè per scienza propria la formula e il rito), così come, al presente, nessun italiano sa da sé come si fa il contratto di *leasing* (ne conosce ed è in grado di apprestarne i formulari). Il primo lo apprendeva e il secondo lo apprende da altri. Da un punto di vista generale, ogni generazione lo apprendeva allora, come lo apprende adesso, da quella precedente. Il diritto muto (privo di enunciazione anche verbale) può esistere nella fantasia, non nella realtà.

La formazione consuetudinaria non pare riconducibile alla dimensione tacita del diritto. Anche a questo proposito occorre partire da lontano.

Giuliano, nella teorizzazione della sovranità popolare, della quale è prerogativa la formazione del diritto, indicò l'elemento produttivo del diritto consuetudinario (*'ius moribus receptum'*, sinteticamente *'mores'*) nel comportamento concludente del popolo (dei cittadini che lo compongono), mentre attribuì l'abrogazione per desuetudine del diritto in vigore al *'tacitus consensus omnium'*. Più tardi, nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (1.4), gli stessi *mores* sono definiti come *'tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus'*. A loro volta i redattori delle *Istituzioni* giustiniane, nella digressione già considerata concernente *omnes gentes* (1.2.11), indicarono i modi in cui ciascuna *civitas* produce il diritto (modifica i *iura* che *'ipsa sibi ... constituit'*) in una nuova legge (*'alia post lex lata'*) e nel *'tacitus consensus populi'*.

Come si vede, nei *Tituli ex corpore Ulpiani* e nelle *Istituzioni* giustiniane il *'tacitus consensus populi'* (*'omnium'* nella rappresentazione giuliana) è esteso dall'abrogazione in via consuetudinaria del diritto in vigore alla produzione del diritto consuetudinario. In questa estensione si coglie, a mio avviso, un'incomprensione.

Come avevano percepito i romani, l'abrogazione in via consuetudinaria del diritto in vigore si produce con la sua perdurante disapplicazione. A proposito della *conventio in manum* Gaio (*inst.* 1.111) insegnava ai proprii allievi che tutto il relativo *'ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est'* (per effetto della disapplicazione è caduto nel dimenticatoio). Giuliano enfatizzò nella sua teorizzazione il momento iniziale: l'accordo tacito di tutti (non espresso cioè né per iscritto né a voce e del quale è sottintesa l'osservanza) di non fare più uso di un determinato istituto o norma.

Non oso dire, in assenza di una disamina approfondita, che la teorizzazione del giurista romano sia la sola o la migliore possibile. Essa si presenta tuttavia plausibile, mentre non può reputarsi tale la sua estensione alla formazione in via consuetudinaria del diritto. In questa, per un verso, il preventivo tacito consenso generale non appare configurabile, difettando la diffusa conoscenza del nuovo istituto, non ancora recepito nell'ordinamento. Per altro verso, la formazione del diritto consuetudinario richiede la manifestazione di volontà della generalità, o almeno della maggioranza, dei cittadini portatori della sovranità, i quali la esprimono col comportamento concludente, consistente nell'applicazione del nuovo istituto, con cui dimostrano in modo inequivoco di volerlo nel sistema.

La riconduzione della formazione del diritto consuetudinario alla dimensione tacita del diritto riproduce le incomprensioni e le incongruenze riscontrate nella definizione dei *mores* tramandata nei *Tituli ex corpore Ulpiani* e nella digressione considerata delle *Istituzioni* giustiniane.

Nello stesso decennio – anni Quaranta – del secolo scorso, nel quale Norberto Bobbio e Santi Romano teorizzarono l'involontarietà del diritto consuetudinario, furono emanati, in Italia, il nuovo *codice civile* (nel periodo bellico, sotto il regime fascista) e la carta costituzionale (nel periodo postbellico, dopo la caduta del fascismo). In entrambi venne seguito, a proposito della consuetudine, la *communis opinio* del tempo, lucidamente espressa all'inizio del medesimo secolo da Pietro Bonfante: «Io ritengo ... che non vi sia posto per la consuetudine vera nella legislazione civile moderna, come non v'era più posto nella legislazione romana evoluta». Nell'enunciazione del riconosciuto maestro, non solo del diritto romano, la consuetudine vera è quella indipendente dal potere legislativo (non lo è, viceversa, quella prevista dalla legge) e la legislazione romana evoluta è quella giustiniana.

In sintonia con la predetta legislazione, nel *codice civile* del 1942 la consuetudine è ridotta agli usi, i quali sono bensì annoverati tra le fonti del diritto, ma con la limitazione della previsione legislativa, come risulta, in modo inequivoco, dal disposto dell'art. 12, comma 2, delle preleggi, rivolto

al giudice, ma avente portata generale: «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione» (come risulta dal contesto dell'articolo, legislativa), si fa (si deve) far ricorso, nell'ordine, all'analogia e ai principii generali dell'ordinamento giuridico dello stato.

Nella carta costituzionale la visione legalistica appare ancora più avanzata. La consuetudine sembra ad essa sconosciuta: certo non vi è menzionata. Non mi sfugge che, nella menzione della legge (nella disciplina della sua formazione), è implicito il richiamo alla consuetudine da essa prevista. Niente però prova che il dato sia stato considerato dai nostri padri costituenti. Pare certo, al contrario, che essi, come la dottrina del tempo, abbiano ignorato i limiti inerenti alla legge (ampliati, nel sistema configurato nella carta costituzionale, rispetto a quello giustiniano) e la funzione esercitata dalla consuetudine in ogni ordinamento.

Il disconoscimento della consuetudine determina il fraintendimento dello stesso fenomeno giuridico. Non è vero che nei sistemi giuridici moderni non ci sia più spazio per la consuetudine. Nella rappresentazione del Bonfante il problema è mal posto. L'esistenza o non esistenza di uno spazio per la consuetudine (come dice lo studioso, quella vera) non va cercata nella legislazione (nell'insieme delle leggi in vigore), bensì nel sistema giuridico, in cui coesistono la legge e la consuetudine.

Almeno nell'orizzonte della tradizione occidentale, di cui mi occupo, l'esigenza della formazione consuetudinaria del diritto non è mai stata superata. Essa consegue alla configurazione del diritto elaborata nell'orizzonte considerato in rapporto alla funzione ad esso attribuita. La consuetudine è persistita negli stessi ordinamenti che ne hanno vietato, al livello ufficiale, l'esistenza al di fuori della previsione legislativa, così com'è avvenuto nell'esperienza italiana posteriore all'emanazione del vigente *codice civile* e della carta costituzionale. Ne sono esempi, nell'ambito di cui mi sono finora occupato, i tanti nuovi contratti formati in via consuetudinaria, ma di cui è ignorato nella dottrina il modo di formazione, a causa del rilevato disconoscimento della consuetudine. Aggiungo, per inciso, che l'ostracismo nei confronti della consuetudine non è una peculiarità del sistema giuridico italiano vigente. Esso si rinveniva pure, ad esempio, nei sistemi giuridici dei Paesi comunisti, per i quali richiamo la notazione del Gilissen nella ricordata voce '*Consuetudine*' (p. 517): «La legge sola, espressione della volontà popolare, che nei fatti si riduce alla volontà dei dirigenti dei vari partiti comunisti, può realizzare» lo scopo dell'edificazione della nuova società (senza classi e senza diritto); «il diritto rivoluzionario è necessariamente legislativo. La consuetudine non è dunque» [preciso io nelle declamazioni ufficiali] «fonte del diritto». Sottolineo ancora che, contrariamente a quanto ritenuto dallo studioso belga, la consuetudine è stata operante anche nei predetti sistemi al di là delle sopravvivenze da lui quindi indicate (p. 518).

Riassumo, senza pretesa di completezza, una serie di dati a mio avviso rilevanti.

- Le leggi stabiliscono norme generali e astratte destinate a rimanere in vigore fino alla loro – di regola non preconstituita – modifica o abrogazione.
- Nessun legislatore (il rilievo è risalente sia nell'esperienza romana che in quella greca) è in grado, come si suol dire, di prevedere e regolare tutto. In specie non è in grado di assicurare, con i necessari interventi, il tempestivo adeguamento delle norme in vigore agli incessanti mutamenti che si verificano nella società. Non lo è l'organo legislativo unipersonale (quale fu, ad esempio, Giustiniano) e non lo è più ancora l'organo collegiale. In particolare non lo sono, nella disciplina della formazione della legge stabilita nella carta costituzionale, il bicameralismo perfetto e l'alto numero di membri della Camera (630) e del Senato (315), l'uno e l'altro sicuramente non preordinati alla rapidità delle deliberazioni. In più si aggiunge, in fatto, il crescente frazionamento dei partiti. Tuttavia l'appunto primario che rivolgo, nella prospettiva considerata, ai padri costituenti è un altro: la preclusione della formazione consuetudinaria del diritto al di fuori della previsione legislativa, basata, per un verso, sull'erroneo presupposto della sufficienza delle leggi all'appagamento dei bisogni umani a cui è preordinato il diritto e, per l'altro, non riuscita in fatto.
- Nell'esperienza umana la formazione consuetudinaria del diritto ha preceduto quella legislativa. Da tempo immemorabile e per una lunga era gli esseri umani hanno provveduto a regolare i rapporti che si ponevano nei raggruppamenti ai quali appartenevano senza preventivi interventi autoritativi.

- La legge (= l'enunciazione per iscritto di norme generali e astratte), apprestata successivamente, ha recato indubitabili vantaggi sia per la certezza del diritto che per l'eguaglianza del trattamento dei consociati. Tuttavia, da un lato, nell'esperienza umana, non sono mai venuti meno ritardi, rispetto alle esigenze, negli interventi legislativi e, in generale, lacune nel diritto in vigore; dall'altro lato, non pare possibile ritenere che, per effetto dell'apprestamento della legge, i membri dei raggruppamenti abbiano perduto il primordiale potere e l'attitudine ad appagare, con la consuetudine, le esigenze in campo giuridico che si sono via via presentate e continuano a presentarsi.

Un altro elemento fondamentale, su cui è stata determinante l'influenza della *legum doctrina* giustiniana, è la sovranità popolare.

L'art. 1, comma 2, della costituzione statuisce: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione». Considero il precetto sotto il profilo, che qui interessa, della produzione del diritto. In esso si coglie un capovolgimento, rispetto alla logica naturale degli incarichi e mandati che si usano nell'esperienza umana per l'appagamento di esigenze dei soggetti che li conferiscono o comunque di soggetti diversi dagli incaricati e mandatari. Non sfugge alla logica indicata l'art. 67 della costituzione, secondo cui i membri del parlamento esercitano bensì le loro funzioni senza vincolo di mandato verso i propri elettori, ma rappresentano la nazione composta dagli italiani, per il cui bene devono operare (analogamente a quanto avviene, ad esempio, nei rispettivi ambiti, per i rappresentanti sindacali nei confronti dei lavoratori). In contrasto con la logica menzionata (connessa con l'impossibilità di prevedere tutto), il comma citato ha rigidamente delimitato il potere del popolo titolare della sovranità e rappresentato nel suo insieme dai parlamentari eletti.

Il capovolgimento in esame deriva storicamente dalla falsificazione della *lex de imperio* compiuta da Giustiniano al fine di raffigurare il mai avvenuto trasferimento storico di tutto il potere da parte del popolo all'imperatore. Nella costituzione, il trasferimento storico alla carica imperiale è sostituito dalla periodica attribuzione da parte del popolo ai parlamentari di tutto il proprio potere, ad eccezione delle esplicazioni in essa fissate (per la produzione del diritto, il referendum abrogativo). La posizione riconosciuta ai cittadini, al di fuori di tali esplicazioni, è delineata nell'art. 50: «Tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità». La posizione raffigurata è quella di sudditi; i cittadini che devono «rivolgersi» alle Camere per «chiedere provvedimenti legislativi» sono esclusi – al di fuori del referendum abrogativo – dalla produzione del diritto.

Il capovolgimento rilevato nella rappresentanza e il sistema su di esso costruito nella costituzione confliggono con i supremi criteri della ragionevolezza ed uguaglianza, i quali guidano (devono guidare) ogni attività in cui si esplica il fenomeno giuridico. I cittadini, originari portatori della sovranità, non se ne spogliano e non ne sono spogliati – a prescindere dal referendum abrogativo – con l'elezione dei parlamentari. In particolare il conferimento ad essi della funzione legislativa non comprende la produzione in via consuetudinaria del diritto, oltre tutto non obiettivamente esercitabile dal parlamento, né implica che il popolo, il quale l'ha sempre esercitata, la perda. Tutto ciò già in via di principio e per forza delle cose, indipendentemente dal dato assodato che, da quando coesistono, la produzione della consuetudine, da parte del popolo, e quella della legge, da parte del monarca o di rappresentanti del popolo, si integrano reciprocamente nell'appagamento delle esigenze umane nel campo giuridico.

Secondo i giuristi romani, i quali avevano consapevolezza dell'artificialità del diritto (definito come *'ars'*), ogni elemento di esso deve presentare, insieme ai requisiti formali, quelli sostanziali, ravvisati nella ragionevolezza ed uguaglianza: gli elementi che recavano i primi, ma non i secondi, non avendo la sostanza del diritto, non erano ritenuti tali. La concezione dei romani ha trovato un'esplicazione fattuale nell'esperienza italiana. Il *codice civile* e la carta costituzionale hanno escluso la produzione in via consuetudinaria del diritto al di fuori della previsione legislativa. L'esclusione, contrastante, come si è mostrato, con i supremi criteri della ragionevolezza e della uguaglianza, è rimasta lettera morta. In effetti, sotto il vigore di tali codice e carta, è continuata la produzione dell'indicato

diritto consuetudinario ai fini dell'appagamento delle nuove esigenze, non appagabili o comunque non appagate tempestivamente dal legislatore, che si sono via via presentate.

Cerco di sintetizzare i risultati della mia ricerca.

Nell'ambito considerato, la rimozione dell'artificialità del diritto e la concentrazione dell'attenzione sulle concettualizzazioni elaborate in precedenza, anziché sui dati della realtà, ha condotto ad esiti che, se non fossero veri, non parrebbero pensabili:

a disconoscere in che cosa consiste e come si forma la consuetudine; la soluzione, al presente più accreditata tra i cultori della materia, che essa sia un mero fatto, che, come tale, si produce da solo, contraddice, in una con l'artificialità del diritto, la sua stessa natura;

a non percepire le esplicazioni della consuetudine esistenti nella realtà: la produzione da essa operata di nuove norme e figure giuridiche (quali i nuovi contratti), che pure è avvenuta e continua ad avvenire sotto gli occhi di tutti, ancora obnubilati dall'ideologia derivata dalla *legum doctrina* giustiniana.

.