

DIRITTO E LEGGE: ANALISI STORICO-COMPARATIVA DI UNA RELAZIONE CRITICA

Ignazio Castellucci

Prof. Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

INTRODUZIONE

L'analisi compiuta in questo scritto si svolge partendo da una indagine sulla collocazione della consuetudine nel sistema delle fonti di produzione del diritto, nel sistema giuridico giustiniano ed in quello argentino. Dai risultati di tale studio svolgo poi considerazioni di ordine più ampio sulla struttura del sistema giuridico nella tradizione di *civil law*, e sulla possibilità di rinvenire oggi, in America Latina, una epifania del sistema del diritto comune già vigente nell'Europa tardo-imperiale e medievale.

Tenterò di evidenziare come la concettualizzazione del sistema giuridico da ormai due secoli dominante in Europa, fondata sulla supremazia della legge scritta, non sia utile per dare soluzioni adeguate al problema di sistemazione teorica delle fonti giustiniane, che si rivela un vero rompicapo per il giurista positivista; mentre si riesce a vedere la luce sol che ci si ponga, con spirito libero ed aperto, da un punto di vista sicuramente diverso da quello oggi considerato "ortodosso", ma di certo più vicino alla realtà in cui era inserito l'oggetto dell'indagine.

Il lavoro verrà svolto partendo da una analisi di come la scienza giuridica ha tentato attraverso i secoli di interpretare la presenza nel *corpus* giustiniano dei frammenti relativi alla *consuetudo* ed al suo rapporto con la *lex* (soprattutto

D.I,3,32 e C.8,52) per tentare di comporre quella che da secoli appare una evidente antinomia all'interno del *Corpus Iuris*. Successivamente, si tenterà di applicare gli stessi discorsi al sistema delle fonti argentino, che pure presenta elementi per cui è possibile svolgere ragionamenti analoghi. Tratte alcune conclusioni dall'analisi appena indicata, si utilizzeranno le risultanze dell'indagine per proporre una ricostruzione del sistema giuridico dell'America latina (e non solo dell'Argentina) in chiave di *ius commune*, anche volgendo fugacemente l'occhio a qualche possibile applicazione "sul campo".

La ricostruzione proposta di seguito non è dunque (soltanto) una ricerca limitata ad individuare la corretta collocazione della consuetudine nel sistema delle fonti argentine. Essa vuole essere, invece, il punto di partenza per dare scientifico fondamento ad una ricostruzione che esca dal positivismo della supremazia dei codici, per andare a spaziare negli immensi e quasi inesplorati territori di un moderno sistema di *ius commune*, ben vivo e vegeto. O, quanto meno, per suggerire una diversa chiave di lettura dei sistemi giuridici del mondo di *civil law*, mediante il riconoscimento di un modello di sistema, sia pur recessivo o latente, basato sul *ius commune*, che opera confrontandosi dialetticamente con il prevalente modello "moderno" del diritto civile.

PARTE PRIMA

DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO

CAP. I: La *consuetudo* in generale

1. NATURA DELLA *CONSUETUDO*

La natura della *consuetudo* è descritta nel frammento D.I,3,32 (Giuliano) della compilazione giustiniana, nonché nel frammento D.I,3,35 (Ermogeniano): essa è individuata in "tutte quelle cose che il popolo approvò senza legge scritta" (D.I,3,32), a mezzo di un accordo tacito tra i *cives* (D.I,3,35).

Ciò in ossequio alla concezione preclassica per cui il *populus* è il titolare di ogni potere normativo, e da esso ripete il suo potere anche l'Imperatore¹, si

¹ Concetto sviluppato in GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, pag. 58 ss.

che la fonte consuetudinaria ha lo stesso valore della fonte scritta – essendo entrambe, sostanzialmente, espressioni dello stesso soggetto, il *populus*, titolare del potere di legiferare².

La consuetudine dei romani era dunque, probabilmente, nella concezione espressa dal frammento di Salvio Giuliano, diritto che – sebbene non scritto nelle tradizionali forme delle leggi curiate o centuriate o dei senatoconsulti – era al pari di quello scritto espressione della *stessa* volontà popolare. E pare opportuno precisare che il termine *consuetudo* è di origine postclassica, laddove il diritto “consuetudinario” dell’età classica, tramandato dall’età preclassica, non era altro che il *ius civile*, creato *moribus* e recepito attraverso la *interpretatio prudentium*³.

Nel momento in cui la potestà legislativa venne ad essere esercitata dall’Imperatore *ex iure proprio*⁴, cessò il fondamento politico-costituzionale della potestà popolare di creare diritto, attraverso la *lex* oppure *moribus*: in tale mutamento costituzionale trova radici la costituzione di Costantino di cui in C.8,52(2).

Resta il fatto che la *consuetudo* trova ancora cittadinanza nella compilazione, con questa nuova denominazione, e viene ivi riproposta, ormai nel VI secolo, ancora secondo le antiche concezioni classicheggianti, con espressa attribuzione di potere abrogativo della legge. Da questa presenza nella compilazione deriva un evidente problema di gerarchia delle fonti, per la capacità che il frammento di Giuliano riconosce alla *consuetudo* di derogare alla *lex*, che è ormai nel VI secolo solo quella di provenienza imperiale, e la presenza della opposta regola contenuta in C.8,52.

2. FORZA NORMATIVA IN RELAZIONE ALLA LEX: LA (APPARENTE?) ANTINOMIA TRA LE NORME DELLA COMPILAZIONE GIUSTINIANA

1. Il tentativo di comporre la antinomia tra i frammenti D. I, 3,32 e C. 8, 52 (2) ha dato vita ad un dibattito scientifico che dura da secoli, con gran quantità di studiosi che hanno preso posizione per la prevalenza dell’uno o dell’altro fram-

² Della autentica paternità giuliana di D.I,3,32,1, secondo cui la consuetudine può anche derogare la *lex* non dubita il GALLO, op.cit., pagg. 55-56; *contra*, G.LOMBARDI, *Sul titolo quae sit longa consuetudo*, in *SDHI*, 1952, pag. 41 ss.; quest’ultimo A. considera sostanzialmente giuliano il principio di cui in D.I,3,32, mentre considera il solo para.1 frutto di interpolazione successiva.

³ V. GALLO, cit., pag. 58, e LOMBARDI, cit., pag. 41. Ai fini del discorso che si sta svolgendo possiamo assimilare al *ius civile* anche il diritto pretorio, il secondo tanto quanto il primo avendo origine nella giurisprudenza e nella pratica.

⁴ Cfr. *Deo Auctore*, 7.

mento, e quindi in sostanza per la subordinazione o meno della *consuetudo* alla *lex* nel sistema delle fonti⁵.

Spesso gli studiosi di questo particolare argomento si sono dedicati allo studio della compilazione al fine di ricavarne, eliminando le eventuali interpolazioni, il diritto dell'età classica, e/o di studiarne l'evoluzione dall'età classica alla postclassica, studiando i diversi frammenti in relazione alla loro vera o presunta epoca di origine⁶.

Il punto che interessa in questa sede è invece il sistema *giustiniano*, onde possiamo limitarci a prendere atto del testo della compilazione come entità normativa complessa formata da precetti sostanzialmente emanati dal *legis lator* Giustiniano nello stesso momento⁷.

La difficoltà del trovare una soluzione certa al problema sistematico in questione è ben evidenziata in uno scritto del SOLAZZI⁸, che, pur propendendo per la tesi della supremazia della *lex*, conclude lo studio del problema evidenziando come esso non trovi soluzione univoca all'interno della compilazione⁹.

E' necessaria una breve esposizione di alcune tra le più significative opinioni degli studiosi. Verranno prima analizzate le posizioni di quegli Autori che hanno ritenuto che avessero pari forza "positiva"¹⁰, nel sistema Giustiniano, le norme emergenti dalla *consuetudo* e quelle poste dalla *lex*; successivamente verranno evidenziate le posizioni di segno opposto, articolando il discorso in due capitoli. All'interno di ciascuna di queste partizioni si possono poi individuare posizioni caratterizzate da diversi gradi di criticità (o acriticità), con accettazione più o meno motivata, da parte dell'autore di volta in volta esaminato, della posizione sostenuta. Verrà pertanto seguito un criterio di crescente approfondimento nell'ordine dell'esposizione delle posizioni dei diversi Autori, piuttosto che cronologico.

⁵ Il CALASSO, in *Medio evo del diritto*, Milano, 1954, riporta come lo SCIALOJA aveva rilevato l'esistenza di almeno quindici diversi tentativi di conciliare i due frammenti discordanti, dal medio evo al suo tempo.

⁶ Per tutti vedansi ad esempio i già citati lavori di GALLO, *Interpretazione...* e di G.LOMBARDI, *Sul titolo...*

⁷ Cfr. la costituzione *Deo Auctore*, 11

⁸ *La desuetudine della Legge*, in *Arch. Giur.*, 1929.

⁹ Su cui *infra*.

¹⁰ Il termine "positivo", di origine recente, viene intenzionalmente utilizzato tra virgolette, trattandosi di concetto moderno, che forse, come si vedrà, potrebbe non essere appropriato per descrivere i caratteri delle norme del diritto antico. Quale che sia il senso di tale aggettivo, il porlo tra virgolette ha il senso di ricordare, soprattutto a chi scrive, che il descrivere dei fenomeni mediante termini dal senso univoco può essere fuorviante qualora i detti termini vengano utilizzati al di fuori del loro naturale contesto; nel caso di specie le virgolette hanno il senso di una "attenzione" del sottoscritto volta ad evitare qualsiasi autoproiezione, perniciosissima visto il terreno su cui ci muoviamo.

CAP. II: Tesi della pari forza normativa di *consuetudo* e *lex*

1. TESI FONDATE SU MERE DISTINZIONI TERMINOLOGICHE RELATIVE AL SENSO DA ATTRIBUIRE A “*CONSUEUDO*”

Una distinzione risalente, che mi pare però non trovi riscontro nelle fonti, è quella operata dal DONEAU, che distinse tra la *consuetudo*, capace di derogare alla legge, e la *desuetudo*, impossibilitata a farlo¹¹.

Altra tesi che giustifica la esistenza nella compilazione dei due frammenti ci viene dallo JHERING, che ipotizzò come la norma di cui in C.8,52,2 fosse relativa ai rapporti tra una *lex* ed una consuetudine che ancora non fosse divenuta *diritto consuetudinario*¹².

Una analoga teoria venne formulata dal PUCHTA, che distinse tra consuetudine, caratterizzata oltre che dal ripetersi del comportamento anche dalla *opinio necessitatis* nei consociati, e mero “uso esteriore”, privo del suddetto elemento psicologico: ma è una distinzione che mi sembra non trovare riscontro nelle fonti¹³.

2. TESI FONDATE SU UN IPOTIZZATO RAPPORTO DI SPECIALITÀ TRA NORME IN (APPARENTE) ANTINOMIA

Lo SCIALOJA¹⁴ dà una ragione dell’origine di C.8,52(2), rinvenendola nel caso, particolarissimo, che ha dato vita forse al frammento, di un rescritto imperiale decidente su un caso di *lex* nuova che non veniva osservata in ossequio ad una consuetudine precedente¹⁵.

Una teoria somigliante aveva già propugnato il SAVIGNY¹⁶, spiegando C.8,52(2) come regola data per un caso particolare, di una *consuetudo* non generale ma particolare, rispetto ad una *lex* generale. Secondo questi Autori Giusti-

¹¹ Riportato da ALLENDE, *Las costumbres*, La Plata, 1976, pag. 8.

¹² Tesi riportata dallo SCIALOJA nello scritto di cui sopra, che riferisce di come tale tesi gli sia stata sottoposta dallo stesso A. tedesco in una sua lettera.

¹³ “Arbitraria” la definisce il FERRINI: cfr. le sue lezioni tenute nell’ambito del corso di diritto romano tenuto a Pavia nell’A.A. 1898-99, raccolte da alcuni suoi allievi nel volume *Lezioni di Diritto Romano*, Pavia 1899, pag. 69.

¹⁴ *Sulla Const.2 Cod* ..., in Arch.Giur. 1880, vol.XXIV, 420 ss; con attacchi piuttosto violenti al LANDUCCI, che sosteneva la prevalenza della fonte imperiale sulla *consuetudo*; vedasi LANDUCCI, *Una celebre Costituzione dell’Imperatore Costantino*, Padova, 1885.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Nel suo *Sistema del diritto romano attuale* (trad.it. 1886 a cura di Scialoja).

niano avrebbe inserito il frammento C.8,52(2) quale norma speciale per fattispecie del genere.

Il FERRINI ebbe a sostenere la pari forza positiva della *consuetudo* rispetto alla *lex*; ciò fece al termine di una ampia panoramica sulle teorie che si erano succedute nel tempo¹⁷.

Questo A. sostenne come “la dottrina di Giuliano è poi confermata da tutto lo sviluppo del diritto romano. Sono infatti assai frequenti in tale diritto gli esempi di leggi abrogate dalle consuetudini”¹⁸.

Il Ferrini porta ad esempio la desuetudine di istituti addirittura previsti nelle XII tavole, quali la *gens* o il matrimonio *cum manu*. L’Autore insiste nella sue tesi osservando come: “...questa costituzione di Costantino¹⁹ parve sempre *poco conforme al diritto*, anche ai suoi tempi, giacché il principio di Salvio Giuliano è accettato anche da Giustiniano nei Digesti, e dopo Costantino le leggi continuarono ad essere abrogate per desuetudine”²⁰.

Osserva, inoltre il Ferrini: “...la legge di Costantino non può avere quella portata e quell’importanza che a prima vista le si attribuirebbe. Dopo Costantino infatti il diritto continua a mutarsi per il disuso... la costituzione C.8,52,2 non è un editto generale, ma solo un rescritto inviato ad un magistrato provinciale. Un principio generale non si poteva modificare se non con una legge generale”; e ne trae la conclusione per cui il frammento C.8, 52(2) non è incompatibile con D.I,3,32.1²¹.

3. OSSERVAZIONI CRITICHE

DONEAU: La distinzione tra *consuetudo* e *desuetudo* non mi pare trovi riscontro nelle fonti, risultando evidente una certa forzatura nel tentativo di giustificare per questa via la pari forza della *consuetudo* rispetto alla *lex*.

JHERING e PUCHTA: anche qui è palese il tentativo di ricostruire un sistema in cui *diritto consuetudinario* e legge abbiano pari forza; ma desta perplessità la distinzione tra consuetudine e diritto consuetudinario, in cui il secondo viene ad esistenza in un momento logicamente posteriore alla prima²². E’ in contrasto con la stessa fonte giustiniana il concepire il diritto consuetudinario come nascente non dalla esistenza della consuetudine stessa, ma da un qualche diverso fatto formale che ne sancisca, successivamente, la giuridicità.

¹⁷ *Lezioni...*, op.cit.. La panoramica sulle diverse soluzioni date al problema è alle pagg. 67-72.

¹⁸ Così, testualmente, si legge nelle citate *Lezioni*, a pag. 64.

¹⁹ Il riferimento è ovviamente alla C.8,52 (2).

²⁰ Così, testualmente, è riportato a pag. 66.

²¹ Ivi, pagg. 74-75.

²² Così anche SCIALOJA, op.cit.

Certo, così accadeva in epoche precedenti, quando i *prudentes* “dichiavano” le norme nate *moribus*, che erano sì preesistenti, ma comunque venivano, per così dire, “scoperte” con la enunciazione del giurista, permettendo quindi, almeno in via teorica, di distinguere tra consuetudine (esistenza di un *mos*) e diritto consuetudinario (risultato della estrapolazione della norma giuridica dal *mos* stesso ad opera del giurista).

Le fonti giustinianee, invece, prescindono del tutto dall’attività giurisprudenziale; il tenore di D.I,3,32,1 sembra dare valore al solo fatto della esistenza della regola comunemente osservata, affinché nasca la norma; onde mi pare che non si attagli al diritto *giustiniano* la distinzione compiuta dallo Jhering tra consuetudine e diritto consuetudinario.

Oltretutto, nella ricostruzione di Jhering la prevalenza della consuetudine sulla legge scritta sarebbe funzione di un fatto tutto sommato formale, esteriore ed occasionale, quale è la dichiarazione ad opera dei *prudentes*, che avrebbe il potere in buona sostanza di creare una norma o di attribuirgli un livello superiore, per così dire, nella gerarchia delle fonti. Ma una simile ricostruzione contrasta con l’essenza stessa del *ius civile* e della sua natura di diritto immanente, meramente dichiarato dal giurista.

Infine, sarebbe assente dalla compilazione la norma realmente necessaria, quella cioè che chiarisce il rapporto tra legge scritta e l’altra fonte – la consuetudine “dichiarata”.

SCIALOJA, SAVIGNY, FERRINI: una pecca fondamentale di tali ricostruzioni mi sembra sia in ciò che esse non spiegano perché Giustiniano avrebbe inserito il frammento nella compilazione facendolo apparire come regola generale sui rapporti tra *Lex* e *consuetudo*, anziché precisare la fattispecie molto particolare che avrebbe dato origine a C. 8,52.

Scialoja evidenziava inoltre il caso di una Costituzione di Costantino in materia di concubine, che nelle Novelle di Giustiniano viene abrogata “vista la sua desuetudine”²³; osserva però il Solazzi come tale abrogazione abbia operato proprio perché sancita da una Novella di Giustiniano²⁴, che ne avrebbe “legalizzato” la inoperatività *di fatto*, a conferma della impossibilità per la consuetudine o desuetudine, per sé sola, di derogare *legittimamente* alla legge.

Quanto al Ferrini, l’indicazione, quale esempio di forza abrogante della desuetudine, della desuetudine di istituti quali il matrimonio *cum manu* mi pare in realtà un argomento debole: non sembra dubitabile il rango di fonte primaria della consuetudine in età arcaica e repubblicana: il nodo da sciogliere è il valore

²³ Nov. 89 c.15.

²⁴ Nel già citato scritto “*La desuetudine della legge*”.

della *consuetudo* in età giustiniana, ed al riguardo poco chiariscono i citati esempi addotti dal Ferrini, dato che l'età imperiale aveva già recepito la scomparsa sia della *gens* come entità giuridicamente rilevante, sia del matrimonio *cum manu*.

Più valida potrebbe essere la considerazione (sempre del Ferrini) per cui un editto scritto per un caso specifico difficilmente può aver voluto dettare un principio generale.

Tuttavia questa considerazione, se potrebbe corroborare l'idea che sotto l'impero di Costantino la consuetudine ancora avesse, in generale, forza pari alla legge, non proverebbe comunque la permanenza di tale forza anche sotto Giustiniano, che è il punto che in questa sede interessa. Anzi, il fatto che il rescritto di Costantino fosse "particolare" renderebbe ancor più chiara la volontà di Giustiniano di togliere alla *consuetudo* ogni forza normativa, dal momento che quella costituzione "speciale" venne poi trasformata in regola generale, come è evidente dalla lettera del *Codex*; interpolando per di più tale costituzione con l'aggiunta della parola *lex*, dopo l'enunciazione della soggezione della *consuetudo* alla *ratio*, argomento quasi insuperabile in favore della sovraordinazione della *lex*, nel sistema giuridico diviso da Giustiniano²⁵.

Dunque, attenendosi alla sola stretta lettera della compilazione, non soddisfano le teorie fondate sui possibili casi particolari che avrebbero dato origine (nelle ipotesi dello Scialoja, del Savigny e del Ferrini) a C. 8, 52(2); casi di cui non rimane traccia nel frammento inserito nel *Codex* da Giustiniano.

Si torna a rilevare, in un'ottica sistematica, la antinomia formale e sostanziale delle due norme, *così come inserite nella compilazione*.

CAP. III: Tesi della prevalenza della *lex* sulla *consuetudo*

1. TESI FONDATE SU MOTIVAZIONI STORICO-POLITICHE

Il CALASSO spiega l'esistenza di C.8,52(2) con il momento storico in cui fu Imperatore Costantino, rilevando come il frammento sia espressione di una epoca nuova, in cui la nuova situazione politico-costituzionale (l'A. parla di "tragica crisi") imponeva un ribaltamento del sistema delle fonti "classico", di cui è invece espressione il frammento di Giuliano D.I,3,32; ammette quindi la preminenza della fonte scritta²⁶. Così anche il BIONDI, che rileva come non vi

²⁵ E' questo l'argomento principale della teoria di GALLO circa la mancanza di forza giuridica della *consuetudo* nel diritto giustiniano, su cui v. *infra*.

²⁶ Cfr. Il già citato *Medio evo...*, a pag. 53;

sia contraddizione tra i due frammenti "...ove li riportiamo alla epoche da cui provengono"²⁷.

Alcuni Autori danno rilievo alle consuetudini solo in quanto fonti dell'antico *ius civile*, che veniva *enunciato*, non creato, dall'opera esegetica dei pontefici e dei *prudentes*; omettendo poi del tutto di costruire un sistema del diritto *giustiniano* che tenga conto della *consuetudo* di cui ai frammenti in esame, e che disciplini le consuetudini successive. Così, ad esempio, il GUARINO, che subordina alla *lex* la consuetudine, intesa come il vecchio *ius civile* elaborato dai *prudentes* in base ai *mores* antichi²⁸. Così anche il DE FRANCISCI, che omette del tutto perfino di *nominare* la consuetudine nell'elenco delle fonti in periodo postclassico²⁹.

Il GROSSO, invece, accompagna l'esposizione delle fonti dichiarandosi apertamente, e semplicemente, a favore della superiorità formale della *lex* sulla *consuetudo*, "*nonostante il contrario tenore del framm. 32,1*"³⁰.

2. LA POSIZIONE DI SOLAZZI

Il SOLAZZI dimostra come già in età classica la *consuetudo* fosse sicuramente subordinata alla *lex*, sulla base di un rescritto di Traiano al proprio legato Plinio, in cui tale supremazia della *lex* veniva esplicitamente sancita. Prosegue quindi dimostrando come tale supremazia si sia consolidata sotto Costantino, in virtù della Costituzione di cui in C.8,52(2). Argomenta quindi come tale supremazia sia probabilmente rimasta anche in età giustiniana, nonostante il contrario significato del frammento di Giuliano, recepito nella compilazione.

Il Solazzi spiega l'inserimento del frammento 32,1 come avvenuto "...ri-copiando distrattamente" da interpolazioni pregiustinanee, mentre i soli frammenti 32 pr. e 33 esprimerebbero la volontà del legislatore; ricostruzione che trova aperto sostegno anche nello SCHULZ³¹. Ma il Solazzi ammette anche come questa sia solo una sua ipotesi, e riconosce la difficoltà di scegliere tra le

²⁷ *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1952, pagg. 40-41

²⁸ GUARINO, *Profilo storico delle fonti del diritto romano*, Catania 1944, pag. 6 ss.

²⁹ DE FRANCISCI, nella sua *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1968, dedica un capitolo al sistema delle fonti per ognuna delle tre parti del volume, dedicate ai tre diversi periodi in cui egli ripartisce l'arco dell'esperienza giuridica romana. Nella terza parte, dedicata al periodo 235-565 d.C., non vi è il benché minimo accenno all'esistenza della *consuetudo* come fonte.

³⁰ *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1946, pagg. 102 e 145.

³¹ A pag. 12 dei *Principi*, questo A. si dichiara a favore della supremazia della *lex*, allegando appunto la dimostrazione datane dal SOLAZZI.

opposte ricostruzioni offerte dal fr. 32,1 in antitesi ai fr.32, pr., e 33, evidenziando come, quale che sia la scelta effettuata dallo studioso, restino sempre dei dubbi ineliminabili.

3. LA TESI DI GALLO

Il GALLO ricostruisce il sistema giustiniano in modo da dare alla *consuetudo* un valore di fonte solo *secundum legem*³². Questo Autore, prende le mosse dalla considerazione che nel diritto giustiniano vengono descritte le fonti includendovi (*Institutiones*) plebisciti, senatoconsulti, editti, *responsa prudentium*; mentre “è certo e noto a tutti” che tali istituti non fossero più fonti, nel diritto giustiniano³³. Considerando poi che anche il titolo terzo del libro I del Digesto si intitola *de legibus senatusque consultis et longa consuetudo*, congettura come “qualcosa di simile, se pure meno vistoso, si nota a proposito della consuetudine”³⁴.

L’A. osserva come la enunciazione contenuta in D. I,3,32,1 appaia incompatibile con quella di cui in C.8,52,2; e come entrambe siano incompatibili con D.I,3,33³⁵. Considera quindi come il Digesto contenga espressioni di concezioni giuridiche provenienti da epoche diverse; e come anche alla consuetudine, con il succedersi del principato e del dominio, sia toccata “in definitiva la sorte toccata a tutte le fonti collegate con le strutture repubblicane”³⁶.

Osserva altresì che l’origine del frammento di cui in C.8,52(2), è in una costituzione che faceva riferimento solo alla subordinazione della consuetudine alla “ragione”, mentre il riferimento alla legge vi è probabilmente stato interpolato dai compilatori, a conferma della volontà di Giustiniano di togliere alla *consuetudo* la forza positiva pari a quella della legge che aveva avuto in passato³⁷; ciò significherebbe, inoltre, che Costantino non stabilì per legge la subordinazione della consuetudine alla legge, ma alla sola *ratio*.

In sostanza, la trattazione delle diverse fonti nella compilazione risponderebbe ad una esigenza storico-dottrinale, mentre il valore giuridico-“positivo” è innegabilmente (solo) quello della compilazione stessa, che cancella tutto il diritto precedente, e della successiva legislazione imperiale³⁸.

³² GALLO, *La consuetudine nel diritto romano* (?); *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, pagg. 217 ss..

³³ *La consuetudine...*(?), pag. 99

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Op.cit.*, pag. 103.

³⁷ V. *La consuetudine...*, cit., pagg. 107 ss.

³⁸ Osserva l’A., nel citato *Interpretazione e formazione...*, a pag. 223, come la riserva di legiferare dell’imperatore sia la sola garanzia di completezza ed autosufficienza del sistema.

Il valore “positivo” riservato alla compilazione, a sua volta, non significa quindi che tale “positività” debba estendersi agli istituti del precedente sistema giuridico, *semplicemente descritti nelle enunciazioni* teorico-dottrinali di essa. Il valore puramente storico della esposizione nella compilazione di concezioni classiche, a fianco al valore “positivo” della normazione imperiale, era già stato sostenuto dal RICCOBONO³⁹.

Anche un autore argentino, l'ALLENDE⁴⁰, ha ricostruito il sistema evidenziando come la norma di cui in C.8,52(2), emanata da Costantino, fosse norma cronologicamente successiva rispetto a quella di cui in D.I,3,32, risalente al tempo di Giuliano, e che quindi, ad essa parzialmente sovrapponendosi, valesse ad escludere l'ammissibilità delle consuetudini *contra legem*, “*dejando en cambio como estaban las cosas en relación a la costumbre “secundum legem” y “praeter legem”*”.

Giustiniano avrebbe perciò confermato tale regime, accogliendo entrambe le norme integralmente (compresa la parte di D. I,3,32 in contrasto con C. 8,52,2) per dar conto del divenire storico del sistema. Conseguo a tali ricostruzioni l'attribuzione alla *consuetudo* di valore “positivo” solo se previsto dalle norme “positive” della compilazione, o dalla legislazione imperiale successiva.

Ricostruzione di certo coerente con il sistema di potere tipico del dominato, che comunque consente una certa flessibilità al sistema, permettendo di recepire le consuetudini provinciali che integravano localmente il “diritto comune imperiale”, attraverso il richiamo compiuto da Ulpiano, D.I,3,33.

4. LE TESI DI SCHERILLO E LOMBARDI

Una ricostruzione che presenta analogie con quella del Gallo testè esaminata è quella, come già accennato, dello SCHERILLO⁴¹; tesi che giustifica la coesistenza delle due norme attribuendo al frammento contenuto nel Digesto la funzione di ricostruire una dottrina della consuetudine, descrivendo la stessa da un punto di vista puramente ontologico; attribuendo invece al frammento del *Codex* il carattere di norma pratica, che risolve in concreto un problema di gerarchia delle fonti.

G.LOMBARDI⁴², sebbene non esprima chiaramente una sua tesi in proposito⁴³, sembra avere una posizione simile a quella espressa da Scherillo⁴⁴.

³⁹ *Lineamenti di storia delle fonti e del diritto romano*, (anno? città?), p. 147.

⁴⁰ Op.cit., pagg. 8-9.

⁴¹ voce *Consuetudine (diritto romano)*, in *Nov. Digesto It.*, Torino, pag. 301 ss.;

⁴² Nel già citato scritto *Sul titolo...*

⁴³ A pag. 72 dello scritto citato l'A. esplicitamente dichiara di voler “accantona(re) per il momento il problema dogmatico di conciliazione nell'ambito della Compilazione”.

⁴⁴ Tale ricostruzione mi sembra che emerga da una lettura “tra le righe” del citato scritto del LOMBARDI; in particolare, vedasi a pag. 61, l'*incipit* del terzo paragrafo.

Lo Scherillo, infine, ricostruisce il sistema aggiungendovi che, se la consuetudine contraria alla legge non può abrogare quest'ultima, questa può invece essere abrogata dalla desuetudine⁴⁵.

5. OSSERVAZIONI CRITICHE

CALASSO, BIONDI, GUARINO, DE FRANCISCI, GROSSO: tutte le ricostruzioni di questi autori, di natura storica o storico-politica, sull'origine di C.8,52(2), risultano storicamente convincenti; è importante rimarcare, come meglio si vedrà *infra*, che esse non risolvono, né del resto tentano di risolvere, da un punto di vista puramente sistematico, la (apparente?) antinomia *voluta* da Giustiniano con la presenza dei due antitetici frammenti nel Digesto; salvo accettare la tesi del Solazzi, per cui i frammenti circa la pari forza della *consuetudo* rispetto alla *lex* sarebbero stati inseriti nella compilazione quasi "per distrazione" – tesi sostenuta anche da Schulz⁴⁶.

Mi sembra inoltre di poter muovere una critica alla tesi di Scherillo: L'A. ricostruisce il sistema giustiniano in modo da avere una *consuetudo* incapace di derogare alla *lex*, ma al contempo distingue da essa la desuetudine, e la pone in posizione di preminenza, ritenendola capace di derogare la norma scritta.

Quest'ultima tesi, comunque non certo nuova⁴⁷, mi pare di poca accettabilità⁴⁸, potendosi muovere ad essa critiche molto simili a quelle che si possono rivolgere alla opposta tesi sostenuta dal Doneau⁴⁹. Infatti, da un punto di vista formale, consuetudine e desuetudine dovrebbero avere uno stesso regime e posizione gerarchica rispetto alla *lex*, venendo esaminati congiuntamente nel Digesto; da un punto di vista sostanziale, credo che spesso difficile sia l'individuare la soglia tra *desuetudine* e *consuetudine contraria* rispetto ad una norma di legge.

Soprattutto, da un punto di vista politico, le stesse ragioni che avrebbero consigliato l'Imperatore a stabilire la supremazia della legge rispetto alla consuetudine valgono, e forse anche maggiormente, ad escludere una supremazia della desuetudine rispetto alla legge.

⁴⁵ *Ibid.*, pag. 307.

⁴⁶ Nei già citati *Principi*, a pag. 12.

⁴⁷ Già un ignoto giurista di età giustiniana ipotizzo tale soluzione dell'antinomia in un'opera sulle antinomie apparenti della compilazione, detta l'*Enantiofane*; riportato dal FERRINI, *op.cit.*, pag. 66.

⁴⁸ Anche il FERRINI, riferendosi ovviamente a quanto espresso nell'*Enantiofane*, critica la distinzione definendola un semplice "gioco di parole, più che un risultato esegetico"; *op.cit.*, pag. 66.

⁴⁹ Di cui sopra, al cap.II.

CAP. IV: Considerazioni

1. DIVERSITÀ DI TIPI DI NORME ALL'INTERNO DELLA COMPILAZIONE, CON DIVERSA NATURA E FUNZIONE

Il problema pregiudiziale a quello in esame, è forse proprio quello di stabilire se attraverso lo studio della compilazione si voglia ricostruire o meno un sistema unitario autointegrato e coerente, composto di norme tutte dotate di pari natura e “positività”, sullo stampo dei codici moderni, a prescindere dalla rispondenza all’effettivo sistema vigente nell’Impero di Giustiniano⁵⁰; oppure se si voglia capire il sistema giustiniano così come era “vivente” nel tempo che gli fu proprio, prescindendo stavolta dalla necessità (tutta moderna) di avere un sistema intrinsecamente “perfetto”⁵¹.

Nella prima ipotesi, possiamo accettare qualsiasi ricostruzione che permetta alle due norme di coesistere conservando ciascuna pari valore gerarchico-formale; acquistano quindi pari dignità scientifica i tentativi di ricostruzioni dello Scialoja, dello Jhering, del Puchta – anche se nessuno di quei tentativi risolve convincentemente il problema interpretativo, legato all’antinomia tra i frammenti in esame, ed anche se nessuna di quelle ricostruzioni, poi, sia effettivamente corrispondente all’ordinamento vigente al tempo di Giustiniano.

Il limite di fondo di quegli esercizi di ricostruzione consiste proprio nel voler utilizzare un corpo normativo proveniente da un certo momento storico, e fondato su una ideologia del sistema specifica di quel contesto, per farne scaturire un sistema aderente alle totalmente diverse concezioni in voga al tempo di quegli studiosi, funzionante secondo i principi razionalistici, positivisti e sistematici sviluppati in età moderna.

Quelle ricostruzioni nascono, insomma, viziate da un pregiudizio, che ha imposto ai loro autori di ricostruire sistemi giuridici necessariamente aderenti alla concezione moderna, e quindi, almeno tendenzialmente, consistenti in un corpo normativo “chiuso”, intrinsecamente privo di ambiguità o antinomie. Conferma dell’esistenza di un errore di fondo sia il fatto che, nonostante il livello eccelso delle menti che si sono affaticate a tentare di risolvere il problema dell’antinomia, è pacifico che nessuna tra quelle ricostruzioni abbia fornito risultati convincenti ed univoci.

⁵⁰ In una prospettiva di *usus modernus pandectarum*, analoga a quella su cui si fondò la scuola storica tedesca, cui seguì, nella successiva evoluzione, la scuola pandettistica.

⁵¹ Nel senso appena chiarito di insieme di norme che, dotate tutte di uguale natura di norme “positive”, si compongono in un sistema autointegrato e privo di antinomie.

Oltretutto, anche nelle ricostruzioni di quegli studiosi che si sono avvicinati al problema con approccio sistematico e positivista, occorre sempre introdurre – il che è del tutto incoerente con quell’approccio – un elemento “esterno” di tipo storico ed extratestuale per far quadrare, e neppure troppo bene come si è detto, i conti: per Jhering e Puchta occorre inserire un distinguo non rinvenibile in alcuna fonte tra mero uso esteriore e diritto consuetudinario già dichiarato dai *prudentes*; per Scialoja occorre considerare C.8,52(2) come norma affatto speciale rivolta ad una fattispecie particolare non dichiarata nella norma stessa, a dispetto dell’evidente carattere generale del frammento così come ritagliato, interpolato ed inserito nella compilazione dai commissari giustinianeî.

Mi sembra più corretto, liberandoci del pregiudizio che distorceva la visione di quegli studiosi, tentare una ricostruzione del sistema leggendo le fonti in base al contesto storico-politico da cui provengono, e cercando di pensare il problema come lo avrebbero pensato gli stessi romani – che di certo non intendevano il diritto come un sistema autoreferente ed isolato dagli aspetti politici, storici, sociali in cui il sistema vive ed opera⁵².

Alla luce delle risultanze delle ricerche degli studiosi, contenute nelle opinioni sopra riportate, nonché dei brevi rilievi critici svolti, mi sembra di poter ritenere accettabili le posizioni di quegli A. che nell’analizzare la (apparente?) antinomia tra i frammenti giustinianeî C.8,52(2) e D.I, 3, 32, hanno ritenuto esistente, nel diritto romano giustiniano, la supremazia della *lex* rispetto alla *consuetudo*; ciò soprattutto grazie agli studi del Gallo da una parte, e del Lombardi e dello Scherillo dall’altra (salvo, per quest’ultimo, la critica di cui più sopra relativa alla distinzione tra *consuetudo* e *desuetudo*), che spiegano la coesistenza dei due frammenti nella compilazione senza necessità di interpretazioni evidentemente forzate.

Le due tesi testè menzionate presentano qualche analogia: e precisamente in ciò che in entrambe si riconosce l’esistenza di diverse nature caratterizzanti le diverse norme presenti all’interno della compilazione.

Un apparente elemento di differenziazione sembra sia invece in ciò che mentre Gallo⁵³ giustifica la presenza di norme non “positive” con ragioni di esposizione storica, lo Scherillo ed il Lombardi attribuiscono a queste norme una funzione “dottrinale”, ovvero scientifica: riconoscendo quindi un valore, per così dire, “attuale” (riferito naturalmente all’epoca di Giustiniano) a norme che, pur non essendo “positive” nel senso contemporaneo del termine, conservano una

⁵² Quasi scontato, a questo punto, è il richiamo alla norma con cui si apre il Digesto (Celso, D.I,1,1): *ius est ars boni et aequi*.

⁵³ Come già il RICCOBONO, op.cit.

propria, intrinseca, “validità”, esprimendo dei valori giuridici dotati di esistenza propria, e che possono solo essere descritti, ma non mai creati o soppressi, da una *lex imperiale*.

La differenza tra queste due posizioni (esposizione storica v. ricostruzione dottrinale) è tutto sommato apparente: se prescindiamo dalla ottocentesca concezione dell’*isolierung* del sistema giuridico e dal testualismo astratto, *l’esposizione storica delle successive stratificazioni del diritto è proprio uno dei modi della ricostruzione dottrinale del diritto stesso, ed uno degli strumenti possibili dell’interpretazione delle norme legislative*.

Norme legislative che sono espressione dell’*imperium* dell’autorità politica e che in un dato momento vengono a sovrapporsi allo stato del diritto (*ius* e *lex*) preesistente, per dare forma, stabilità e direzione all’evoluzione di un sistema complesso nel tempo.

Non a caso, credo, sono stati gli storici del diritto del XX secolo come Grosso, De Francisci e gli altri sopra ricordati, anziché i “sistematici” del XIX secolo come Scialoja, ad avvicinarsi alle fonti romano-giustinianee con spirito più libero, e probabilmente a riuscire a vedere correttamente la realtà dei romani attraverso le fonti stesse⁵⁴.

Pare di poter dire che quello sopra indicato sia il senso più probabilmente attribuibile, in generale, al fatto che la compilazione giustiniana fosse principalmente costituita dai due *corpora*, chiaramente distinti, del *Digesto* e del *Codex*, al fine di raccogliere separatamente il *ius* e la *lex*.

Le due norme, o le due fonti se vogliamo, si pongono tra loro in posizione *non antinomica, ma dialettica*, per così dire, all’interno di un contesto pluralista, in cui i due diversi sistemi di produzione di norme interagiscono.

E si comprende meglio anche la coesistenza del frammento D. I, 3, 32, espressione di *ius*, e di C. 8, 52(2), espressione di *imperium*.

Una fenomeno comparabile è rinvenibile nel mondo di *common law*: tra gli strumenti interpretativi della legge scritta vi è la c.d. *mischief rule*, per cui si fa riferimento allo stato del diritto precedente, ove esso appaia oscuro, ambiguo o contraddittorio, ai fini della interpretazione di un successivo *statute*, che si presume promulgato proprio al fine di dare certezza e direzione al sistema, imponendo autoritativamente una soluzione⁵⁵.

⁵⁴ Lo studio di questa antica *vexata quaestio* è un campo ideale per esporre come la ricerca storica può essere finalizzata alla pura conoscenza oppure, per così dire, “orientata” a fini di supporto, giustificazione o conferma di idee del tutto contemporanee.

⁵⁵ Su cui può vedersi qualsiasi testo basilare sul diritto angloamericano, come, ad esempio, U.MATTEI, *Common Law*, Torino, 1992, pagg. 255-256.

In casi del genere, ovviamente, l'analisi storica dello stato del diritto precedente alla norma autoritativa si fa tutt'uno con l'analisi dottrinale, diventando la chiave di lettura della legge successivamente emanata.

Legge che va a sovrapporsi al *common law* preesistente, che interagisce con la legislazione in maniera dialettica: l'apparente contrasto tra una regola giurisprudenziale di *common law* e una norma di origine legislativa non viene certo considerata una antinomia, ma viene visto in chiave storica e considerato semplicemente come espressione del percorso evolutivo del sistema, composto da una componente di natura immanente (*common law*), e da una autoritativa (*statutory law*) che sulla prima – che necessariamente presuppone – si innesta.

Non pare inopportuno ricordare, a questo punto, che quanto al sistema delle fonti anche il diritto romano nasce, per così dire, “di *common law*”, e che gli studi storici hanno permesso ormai di seppellire le ricostruzioni ottocentesche del diritto romano in chiave razionalista e sistematica.

Anche un altro ragionamento può aiutare a chiarire il discorso: nella tradizione continentale dei secoli XIX e XX si sono verificati relativamente spesso casi di vuoto legislativo, con materie disciplinate dal diritto in via puramente giurisprudenziale, nella assenza di norme di legge scritta⁵⁶.

Le leggi scritte che in un simile caso intervengono successivamente a regolare la materia, a ben vedere, si sovrappongono al precedente sostrato dottrinale e giurisprudenziale – che di solito recepiscono.

Da un punto di vista storico, la giurisprudenza e la dottrina preesistenti alla legge avranno *realmente ed efficacemente* regolato quella materia, creando regole di *diritto* e reiterandone l'applicazione, prima della emanazione della *legge* scritta – che sopraggiunge a dare stabilità e direzione alla disciplina giurisprudenziale, sommandosi e sovrapponendosi ad essa.

Le incertezze dottrinali e giurisprudenziali saranno eliminate o ridotte; le regole giurisprudenziali (*ius*) anteriormente emanate saranno caducate o modificate dalla norma autoritativa (*lex*) ove con essa contrastino; saranno da essa assorbite, ove vi siano riprodotte; e continueranno a vivere ed essere applicate ove disciplinino aspetti trascurati dal legislatore.

⁵⁶ Molti sono i casi del genere rinvenibili nella storia antica e recente del diritto europeo. Qualche cenno a situazioni simili rinvenute in Argentina, in relazione al diritto al nome o ai diritti dei congiunti sulle salme dei defunti, verrà svolto *infra*; ma in quasi ogni paese di *civil law* situazioni simili si sono verificate, con riferimento a questa o quella materia, ogni volta che la realtà della vita abbia superato le previsioni del legislatore: basti pensare, ad esempio, a quanti problemi pratici legati alle biotecnologie, alle attività scientifiche sugli embrioni o alla fecondazione *in vitro* sono stati risolti dai tribunali di moltissimi Paesi prima delle emanazioni delle rispettive leggi statuali regolanti quelle materie.

Solo con una forzatura legalistica può affermarsi, in questo caso, che la materia sia regolata dalla legge, con una giurisprudenza che si limita meramente ad applicare la legge ai casi concreti, interpretandola; e specialmente in relazione alle regole giurisprudenziali sugli aspetti non espressamente regolati dalla legge successiva, che continuano a trovare applicazione più in virtù della loro preesistenza alla legge che quali interpretazioni di quella. Così come è una forzatura rinvenire l'origine della regola giurisprudenziale nella legge, pur in assenza della legge stessa, richiamandosi ai principi generali del sistema – principi che in casi simili provengono più spesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nazionale o straniera, che non dalle regole più o meno generali rinvenibili nei codici.

Rispetto alla contemporanea presenza nella compilazione giustiniana del *Digesto* e del *Codex*, la distorsione legalistica dei sistematici del XIX secolo trovava modo di operare per il solo e semplice fatto che entrambe le parti della compilazione erano state formalmente sanzionate dal legislatore Giustiniano – il che imponeva a quei giuristi (ad esempio Scialoja, Jhering, Puchta, come già detto) di tentare ad ogni costo di far quadrare i conti, nonostante l'evidentemente diversa natura ed origine delle regole della compilazione.

La formale sanzione di tutta la compilazione probabilmente non significava necessariamente, al tempo di Giustiniano, che occorresse ricostruire un sistema isolato e perfetto, che desse un senso ed un valore “positivo” a tutte le regole della compilazione, considerate di pari rango e natura: questa è stata soltanto un frutto della ideologia giuridica sviluppatasi in età moderna e culminata nel legalismo franco-tedesco del XIX secolo.

2. ANTINOMIE ALL'INTERNO DELLA COMPILAZIONE E LORO SOLUZIONE, CON RIFERIMENTO ALLA COSTITUZIONE *TANTA*, 18 E 21

Giustiniano certamente ed espressamente ha affermato, nel realizzare la compilazione, di voler togliere validità ad ogni altra fonte precedente⁵⁷. Lo stesso Giustiniano ammette che il testo della compilazione possa presentare delle ambiguità, e che queste debbano essere risolte *esclusivamente dall'imperatore*⁵⁸.

Ciò significa, quindi, che la compilazione non è staticamente perfetta; essa è certo innovativa nel senso che abroga tutto il preesistente diritto, ponendosi come fonte tendenzialmente unica e totalizzante⁵⁹, ma è comunque perfetta

⁵⁷ Cfr. *Deo Auctore*, 11.

⁵⁸ Cfr. la cost. *Tanta*, 18 e 21.

⁵⁹ Cfr. la cost. *Deo Auctore*, 11.

tibile, e va perfezionata partendo dalla compilazione ed aggiungendo, togliendo o modificando, *solo* secondo il volere dell'Imperatore⁶⁰. “Completa” è quindi, nell'idea di Giustiniano, *non* la compilazione, come fonte in sé, ma l'insieme-fonte costituito *e* dalla compilazione *e* dalla persona dell'Imperatore, che vivono come in una simbiosi⁶¹. Lo *ius* è il sistema di regole presupposto dal sistema della normazione imperiale, che certo non può vivere di vita propria senza un tale apparato sullo sfondo – così come la legge scritta inglese presuppone il sistema del *common law* per poter funzionare.

Nella “completezza” divisata da Giustiniano non si cercava l'*isolierung*, né la perfezione formale del sistema delle norme compilate, quanto invece l'affermazione di una supremazia di tipo *politico* dell'Imperatore, sul sistema stesso e sulle sue varie fonti: un sistema del quale egli era il vertice assoluto, che funzionava attraverso le *leges* e gli altri strumenti della tradizione, ma in cui era riservato all'Imperatore ogni potere ultimo.

In una tale ottica può ben essere ipotizzabile la presenza nella compilazione di norme “positive” (le sole “norme” come le intendiamo oggi) e di norme “solo” teoriche (che non sempre sono, in senso contemporaneo, delle “regole applicabili”)⁶². E ciò senza che tale doppia natura delle statuizioni debba essere prevista in altra norma scritta, al fine di precisare, dei due diversi tipi, gli elementi caratterizzanti e la forza vincolante, o il modo per risolvere il contrasto tra esse: comunque una eventuale ambiguità non avrebbe creato particolari imbarazzi all'interprete, tenuto sempre e soltanto a rivolgersi all'Imperatore; né ovviamente all'Imperatore stesso, che poteva decidere liberamente sulle questioni interpretative. Ed anche, probabilmente, dal momento che dovrebbe apparire *icto oculi* (e nulla esclude che ai giuristi del tempo realmente apparisse) la natura “teorica” o “positiva” delle diverse enunciazioni collezionate nella compilazione.

In sostanza, tornando alle ricostruzioni di Gallo e Scherillo, esistono nella compilazione sia norme “positive” che enunciazioni con carattere storico e/o dottrinale⁶³.

Norme precettive *ratione imperii* e norme descrittive di fenomeni di normatività *iuris*. La natura storico-espositiva, o teorico-dottrinale di D.I,3,32 serve a spiegare la natura della *consuetudo*, e non cozza con la norma posta da C.8,52(2),

⁶⁰ Tanta, cit.

⁶¹ Cfr. GALLO, *Interpretazione...*, p. 221, ed in particolare la nota (2).

⁶² Un esempio contemporaneo di tale “stile” legislativo è costituito dal *Código civil* redatto dal Vélez Sarsfield, tuttora vigente in Argentina, su cui *infra*.

⁶³ Mi riferisco per brevità a questi due AA.; il discorso è estensibile anche, rispettivamente, al RICCOBONO ed al LOMBARDI.

essendo quest'ultima, invece, regola "positiva" di soluzione del conflitto pratico tra le fonti, posta *ex imperio* dal legislatore.

A fianco alla normazione imperiale contenuta nel *Codex*, ed anzi molto prima di questa, si rinviene nell'esperienza romana e medievale l'esistenza di un grandioso sistema di diritto non scritto (la *ars boni et aequi* del frammento di Celso, D.I,1,1); sistema che spesso può cedere il passo di fronte alla *lex scripta* di fonte imperiale, applicabile in virtù dell'*imperium* del *legis lator*⁶⁴, ma che non cessa di essere parte dell'ordine naturale delle cose.

*Ius non ex scripto*⁶⁵, che ha intrinseca validità *iuris*, o se vogliamo *ex arte boni et aequi*. La preesistenza del diritto è un fenomeno che l'Imperatore può dunque soltanto *descrivere*, richiamando le elaborazioni dei giuristi contenute nei Digesto⁶⁶. Il sistema della legge ed il sistema del diritto (a sua volta formato dalle regole di origine giurisprudenziale e dalle consuetudini) sono, nell'esperienza romana e medievale, due diversi sistemi di produzione di regole, che esistono, interagiscono, a volte si sovrappongono; e altre volte si ignorano. I tentativi di *reductio ad unum* svolti dai sistematici specie nel secolo XIX, e finalizzati a ricostruire un sistema "positivo", autointegrato e coerente che tenesse conto di tutte le regole della compilazione, erano evidentemente esperimenti del tutto antistorici.

Resta il dato storico del tentativo di Giustiniano di pervenire al totale dominio del sistema, di cui è testimonianza *Tanta*, 18 e 21. Mi pare di poter rilevare un legame chiaro tra il sogno di Giustiniano e quello di Napoleone, realizzato tredici secoli dopo in un contesto ben diverso, nel quale erano giunti a maturazione i presupposti culturali e politici che un tale dominio della legge sul diritto hanno potuto permettere.

Giustiniano, nel suo disegno di totale asservimento del *ius* all'*imperium*, probabilmente non ha avuto il successo che sperava⁶⁷, come risulta dagli studi storici che, superando ogni velleità sistematica, hanno finalmente potuto rinvenire nell'esperienza tardo imperiale, sia d'oriente che d'occidente, ed in quella medievale, un contesto di sostanziale pluralismo giuridico.

⁶⁴ GALLO ritiene che il termine *legis latoris* di cui in D.I,3,32,1 sia stato inserito dai commissari giustinianei al posto del termine originale giuliano "*populi*" (*Interpretazione...*, pag. 57).

⁶⁵ Cfr. D,I,3,33.

⁶⁶ Una simile concezione è del resto sottesa alla affermazione del Ferrini, già riportata, per cui la costituzione di Costantino di cui in C.8,52(2) "*parve sempre poco conforme al diritto*"; affermazione che l'A. non porta però alle estreme conseguenze, tentando infatti di ricondurre il sistema ad unità nell'ambito della compilazione quale fonte suprema.

⁶⁷ Abbiamo già potuto ricordare come le leggi imperiali continuassero anche dopo *Tanta* ad andare desuete, come nel caso di *Nov.* 89, 15: una costituzione emanata da Giustiniano per ufficializzare una abrogazione di una precedente legge imperiale già avvenuta nei fatti.

Già Giuseppe Grosso, nel suo *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*⁶⁸, intitolava un capitolo a “La pluralità di ordinamenti giuridici” usando anche nel testo, indifferentemente, il termine oggi più in voga di “pluralismo”⁶⁹ per descrivere la complessità del diritto romano, entità frutto della combinazione di numerosi sistemi di produzione di regole (la *familia*, il *ius civile*, il *ius honorarium*, il *ius gentium*, la *lex...*).

Anche il Biondi parlava già negli anni '30 del XX secolo di “complessi giuridici autonomi, che si collocano l'uno accanto all'altro in un rapporto di indifferenza e, bene spesso, anzi ignorandosi formalmente a vicenda”⁷⁰.

Studi più recenti hanno sostanzialmente confermato tale ricostruzione del fenomeno giuridico romano e medievale, costituito in una esperienza complessa, pluralista, e caratterizzata tanto nell'occidente quanto nell'impero orientale dalla coesistenza su stessi territori del diritto “ufficiale” con quello volgare, dal ruolo primario delle consuetudini, dalla crescente importanza a partire dal IV secolo del diritto di fonte ecclesiastica⁷¹; pluralità cui corrispondeva la pluralità delle autorità politiche e delle giurisdizioni⁷².

Per risolvere il problema della prevalenza dell'una o dell'altra fonte l'indagine va dunque spostata sul piano dell'effettività, piuttosto che su quello della astratta individuazione di una formale gerarchia delle fonti in base ad una analisi testuale delle regole pervenute.

In fondo, ogni meccanismo di produzione di regole può creare proprie regole sulla gerarchia delle diverse fonti – solitamente tendendo ogni sistema o fonte ad autocollocarsi in posizione preminente; ma in un contesto pluralistico anche queste regole sulla gerarchia delle fonti sono soggette, come le altre, alla concorrenza delle regole di origine diversa, e sono passibili come le altre, a seconda dei casi, di essere disapplicate, o di andare desuete, o di essere abrogate; o di essere semplicemente ignorate.

⁶⁸ La cui prima edizione risale al 1948; il testo si riferisce alla seconda edizione, Torino, 1967, capitolo secondo, pagg. da 27 ad 85.

⁶⁹ La letteratura sul pluralismo è vastissima. Per tutti, GUADAGNI, voce *Legal Pluralism*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*.

⁷⁰ In *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, pag. 26.

⁷¹ CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, specialmente pagg. 25-65; CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, *passim*; STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, pagg. 24-29; significative tracce di quanto si afferma emergono anche dallo studio di P.LAMMA, *Oriente e occidente nell'opera storica di Agazia*, nel volume *Oriente e occidente nell'alto medioevo*, Padova, 1968, pagg. 96-112.

⁷² Fino a giungere, ad esempio, alla singolare coesistenza per un lasso di tempo considerevole dei due imperi d'occidente e d'Oriente nelle regioni dell'Italia meridionale, su cui v. il saggio *I due imperi nelle fonti letterarie*, in LAMMA, *op.cit.*, pagg. 231-337; v. anche CORTESE, *cit.*

Sarà chi in concreto abbia il potere di decidere il caso ad applicare, tra le diverse norme a sua disposizione, di origine diversa, quella che gli sembrerà fornire il risultato migliore in relazione al caso – concretizzando così l’idea del *ius* quale *ars boni et aequi* – ogni qualvolta la sua decisione abbia probabilità di risultare effettivamente applicata.

E, d’altra parte, una analoga valutazione fondata sulla probabile effettività della decisione sarà alla base della scelta, da parte del singolo, dell’autorità da adire – tribunale ecclesiastico o corte feudale, funzionario imperiale o autorità consuetudinaria che sia. In un contesto pluralista è l’effettività della norma, non la sua maggiore o minore legittimità, a costituire il fulcro del meccanismo di soluzione dei conflitti, come pure della scelta fra le varie giurisdizioni.

In un tale contesto è perciò ben possibile che si rinvenano applicazioni di norme giurisprudenziali, dottrinali o consuetudinarie contrarie alla legge scritta – pur in presenza di norme di legge che proclamano la superiorità della norma scritta su quella di provenienza diversa –, in conformità all’essenza pluralista e complessa del sistema del diritto romano e medievale.

PARTE SECONDA

DIRITTO ARGENTINO

BREVE PREMESSA SUL SISTEMA DEL *CÓDIGO CIVIL*

Il *Código Civil* redatto dal VELEZ SARSFIELD, ed entrato in vigore in Argentina nel 1871⁷³ presenta caratteristiche uniche rispetto agli altri codici moderni della famiglia giuridica di tradizione romanistica; esso è infatti composto di precetti racchiusi in articoli, come è usuale, ed inoltre dalle annotazioni che Vélez ha fatto di seguito a ciascun articolo. Le annotazioni sono osservazioni dottrinali svolte dal compilatore del codice, con richiami e riferimenti al diritto della compilazione giustiniana ed alla scienza giuridica successiva⁷⁴. Per chiara statuizione legislativa il *Código* è entrato in vigore *integralmente*, comprendendo sia gli articoli che le note⁷⁵.

⁷³ Lo stesso codice è anche stato vigente in Paraguay dal 1876 al 1979.

⁷⁴ Inserite dal Vélez “*para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto*”; così nella *Nota de remisión* del Vélez, che accompagnava il libro primo del *Código*.

⁷⁵ L.340 del 1869 (*Ley de sanción del Código civil*); andando quindi oltre le intenzioni del compilatore (cfr. nota precedente).

Il *Código* è quindi un esempio di opera legislativa composta di norme “concrete” e di dottrina⁷⁶, in cui entrambe le componenti hanno “formalmente” pari forza positiva⁷⁷, senza che per questo manchino norme positive contrastanti con alcune costruzioni dottrinali⁷⁸. Gli interpreti di quel codice ritengono che, al di là del pari valore formale, gli articoli del *Código* pongano i precetti normativi, mentre le annotazioni del compilatore abbiano mero valore storico-dottrinale⁷⁹; ed in base a tale considerazione sciolgono le eventuali antinomie tra articoli ed annotazioni⁸⁰.

CAP. I: La *costumbre* in generale

1. NATURA DELLA *COSTUMBRE*

La *costumbre*, secondo l'ordinamento argentino, è quella fonte di norme giuridiche costituita dal comportamento costante dei consociati secondo una regola ritenuta vincolante⁸¹; è, in sostanza, la concezione universalmente recepita oggi nei paesi di tradizione giuridica romanistica, per la quale gli elementi della consuetudine-fonte vengono indicati comunemente con i sintagmi *usus diuturnus* ed *opinio iuris seu necessitatis*⁸².

2. FORZA NORMATIVA IN RELAZIONE ALLA *LEY*

L'art.17 del *Código*, nella sua stesura originale, dava cittadinanza ai soli usi che fossero richiamati dalla legge, con esclusione quindi non solo degli usi *contra legem*, ma anche di quelli *praeter legem*; riprendendo la norma vigente prima del *Código*, e posta nella *Nueva Recopilación* di Filippo II di Castiglia del 1567, Leggi 3 e 11, libro 3 titolo 2, “*que derogaron las leyes romanas, y la 4 y 6,*

⁷⁶ Le *notas* sono comunemente ritenute, in Argentina, “il primo trattato di diritto civile argentino” (DIAZ BIALET).

⁷⁷ Ma è comunemente disconosciuto, sia in dottrina che in giurisprudenza, il valore positivo delle annotazioni. Per tutti, BORDA, *Derecho civil* - parte general, Buenos Aires, 1989, pag. 85.

⁷⁸ Esempi “classici” al riguardo sono il contrasto tra gli artt. 2311 e 2312, e la annotazione del primo; nonché l'incongruenza tra l'art.1148 e la nota ad esso relativa.

⁷⁹ Vedasi il già citato volume di BORDA, pag. 85.

⁸⁰ Tale metodo interpretativo, come si è visto più sopra, è sotteso alle ricostruzioni del sistema giustiniano proposte dal GALLO e dallo SCHERILLO, in sede di interpretazione della (apparente?) antinomia tra i frammenti C.8,52,2 e D.1,3,32.

⁸¹ Cfr. ALLENDE, *Las costumbres*, La Plata, 1976, pag. 2; BORDA, op.cit., pag. 47.

⁸² Cfr., per la dottrina italiana, FRANCESCHELLI, voce “Consuetudine (diritto moderno)”, in *Nov.Dig.It.*, e la dottrina ivi citata.

Tit.2, partida 1a”, come recita testualmente la nota del Vélez all’art.17⁸³. La legge di riforma del *Código*, L.17.711 del 1968 ha novellato il detto art. 17 ammettendo la giuridicità anche degli usi *praeter legem*, riavvicinando il sistema al diritto romano⁸⁴.

Ma molto notevole è il fatto che già prima del 1968 vi fossero in Argentina *costumbres praeter legem* che venivano riconosciute vincolanti dagli operatori del diritto, comprese le Magistrature togate, come ad esempio in materia di diritto della persona al nome⁸⁵, o in materia di regime giuridico di beni particolari, quali sepolcri e tombe^{86 / 87}, o di non-beni in senso giuridico, quali le salme dei defunti⁸⁸.

In quel Paese è sempre stato ben noto ed accettato, ad esempio, che “*algunas instituciones romanas, como la herencia yacente y las fundaciones, no admitidas por el Código, funcionan no obstante ello en la vida judicial*”⁸⁹

Ancor più notevole è il fatto che in alcuni casi i giudici di quel Paese hanno riconosciuto vigenza a consuetudini contrarie a norme imperative di legge, ritenute desuete: si è deciso che è valida la pratica di fare offerte con segni o gesti durante la aste, nonostante l’art.16 *Código de Comercio* faccia espresso divieto al banditore di accettare offerte non espresse “*con voz clara e inteligible*”; altre decisioni giudiziali hanno deciso la caducità di regolamenti del traffico caduti in disuso⁹⁰.

⁸³ Da tale annotazione si può argomentare come il codificatore argentino ritenesse che il sistema delle *Siete Partidas*, così come “*las leyes romanas*”, dessero alla *consuetudo* pari forza positiva rispetto alla legge scritta.

⁸⁴ Su come la L.17.711 abbia riavvicinato il sistema argentino al diritto romano vedasi ARGÜELLO, *¿Continua la transfusión del derecho romano en la Argentina?*, scritto e pubblicato negli atti del *IV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano* - S.ta Fe, 20-22 giugno 1985; L’A. evidenzia come il Vélez sia stato influenzato per alcuni aspetti anche dal dogmatismo tedesco, e come ciò lo abbia spinto ad allontanare in alcuni punti il sistema argentino dal diritto romano; evidenzia altresì come la riforma del 1968 ve lo abbia riavvicinato.

⁸⁵ Cfr. BORDA, cit., pag. 48. La consuetudine ha regolato tutta la materia fino alla emanazione della prima legge sul nome, del 1943.

⁸⁶ Che evidentemente sono ritenuti beni meritevoli di un diverso regime giuridico nel sentimento giuridico argentino, nonostante l’assenza, nel *Código*, di un trattamento speciale: i giudici, invocando *las costumbres del país*, ne hanno stabilito la inalienabilità ed impignorabilità.

⁸⁷ Altri esempi sono riportati in FERNANDEZ-GOMEZ LEO, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Buenos Aires, 1984, pag. 7, alla nota 16.

⁸⁸ Vi è, al riguardo, una nutrita serie di decisioni dei tribunali, pubblicate sulla rivista *La Ley* negli anni ’30 e ’40 del XX secolo.

⁸⁹ ELGUERA, *Influencia del derecho romano en el Código civil argentino*, in *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli 1953, pag. 417.

⁹⁰ Riportati come esempi “classici” da quasi tutti gli Autori che hanno scritto sulla questione.

Sono casi, quelli sopra citati, che qualcuno potrebbe ritenere delle situazioni-limite, o comunque di importanza residuale: ma, da un altro punto di vista, si può osservare che invece la materia del nome o dei sepolcri è attinente alle sfere più alte della persona, al limite della sacralità, e che quindi la *costumbre* sia intervenuta “di prepotenza” per dare la necessaria tutela ad aspetti che la legge scritta, sul punto “distratta”, non assicurava.

In particolare, come si vedrà, è diffusa tra gli studiosi la concezione (o, più appropriatamente forse, la *percezione*) della esistenza di un *derecho* che sia qualcosa di diverso rispetto alla *ley*, e naturalmente preesistente ad essa; concezione che permette di giustificare le *costumbres* contrarie alla legge.

CAP. II: Tesi della pari forza normativa di *costumbre* e *ley*

1. L'INDIPENDENZA DELLA *COSTUMBRE* DALLA *LEY*

Un Autore argentino (BORDA) scrive al riguardo: “...*la vida del derecho es tan vigorosa, que más de una vez los tribunales se han visto forzados a admitir la derogación de la ley por la costumbre y a reconocer el predominio de ésta sobre aquélla... hasta los dioses mueren y lo mismo ocurre con las leyes; se gastan a la larga por el uso y se hunden en el olvido, lo mismo que las instituciones y las palabras*”⁹¹.

Si nota la contrapposizione operata dall’A. tra *derecho*, da una parte, e *ley* e *costumbre* dall’altra: quasi il *derecho* fosse una entità trascendente e superiore, non una mera “somma” delle norme prodotte dalle due fonti. Questa posizione non è condivisa da tutta la dottrina argentina⁹², ma è comunque sintomatica dell’esistenza laggiù di dottrine giuridiche “inconsuete”, che si fondano su correnti di pensiero diverse da quelle cui siamo stati abituati in Europa continentale nel corso del XIX e XX secolo.

Va inoltre detto che Borda è stato uno dei giuristi che più hanno influenzato la riforma del *Código* del 1968, contenente tra l’altro la “apertura” di cui sopra (cap.I para.3a.) alla *costumbre*. Concezioni del tutto analoghe a quelle di Borda sono state espresse anche da SPOTA, uno altro dei massimi civilisti argentini della prima metà del secolo XX⁹³.

⁹¹ Nell’articolo *La reforma del Código Civil*, in *El Derecho* (28).

⁹² Ad esempio, ALLENDE, che critica proprio tale ultima affermazione, in *Las costumbres*, cit., pag. 11.

⁹³ vedasi il capitolo III, *Costumbre y jurisprudencia: sus efectos en la transformación del derecho*, nel *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1947, Tomo I,1, pag. 391 ss.

E' da evidenziare come una simile concezione possa ravvisarsi anche nelle parole del Ferrini, per cui la C.8,52(2) sarebbe stata "ritenuta *poco conforme al diritto*"⁹⁴. Il Ferrini ha cercato però, forse con scarsa coerenza, di comporre l'antinomia in un sistema in cui la *grundnorm* fosse nella compilazione stessa, e la stessa consuetudine ripetesse dalla compilazione la propria normatività.

Una tesi simile a quella del Borda sostiene ALTERINI, che evidenzia, forse un poco forzatamente, come l'abrogazione del testo originale dell'Art.17 a seguito della riforma del 1968 abbia dato cittadinanza alla *costumbre contra legem*⁹⁵. Forzatura oltretutto inutile, dal momento che subito dopo osserva come "*no corresponde a la ley, sino a la Ciencia del Derecho, establecer si la costumbre puede o no derogarla; dicho en otras palabras: si la costumbre no pudiese derogar a la ley, seria innecesario que ésta así lo dijera, y si la costumbre pudiese derogarla de nada valdria la afirmación contraria contenida en la ley*"⁹⁶.

CAP. III: Tesi della prevalenza della *ley* sulla *costumbre*

1. SECONDO UNA CONCEZIONE "EUROPEA-PIRAMIDALE" DEL SISTEMA

SALVAT⁹⁷ e, più recentemente, ALLENDE⁹⁸, rappresentano quella parte della dottrina argentina che, aderendo a concezioni tipicamente europeo-contemporanee, ricostruisce il sistema in maniera "piramidale", ponendo al vertice dello stesso la legge scritta: ponendo cioè il *Código* in posizione di vertice, e quindi sovraordinata rispetto alla *costumbre*, che solo può avere normatività se e nella misura in cui la legge scritta lo permette.

2. IN UNA RICOSTRUZIONE NON "EUROPEA-PIRAMIDALE" DEL SISTEMA

In un non molto recente commentario al *Código*⁹⁹, viene sostenuta una teoria della *costumbre* assai singolare, perché pur subordinando la stessa alla *ley*

⁹⁴ Nel passaggio tratto dalle sue *Lezioni di Diritto Romano*, pag. 66, già menzionato nella prima parte di questo lavoro.

⁹⁵ *Derecho privado*, Buenos Aires, 1977.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Tratado de Derecho Civil Argentino*, 10ma ed., Buenos Aires, 1958, pagg. 207-208.

⁹⁸ *Las costumbres*, La Plata, 1976

⁹⁹ *Código Civil y leyes complementarias – comentado, anotado y concordado*, diretto da

quanto a forza normativa, si viene a fondare la prevalenza della *ley* su motivi diversi da quelli normalmente adottati dai giuristi positivisti.

La dottrina della *costumbre* sostenuta in quell'opera è quella per cui a nulla può valere la legge scritta al fine di limitare (o escludere) la normatività di un qualcosa che è intrinsecamente normativo e che quindi non ripete la propria normatività dalla legge: i due fenomeni della *costumbre* e della *ley* si formano in maniera indipendente, ed il loro valore relativo può essere una mera questione di fatto: la legge in concreto viene applicata in Argentina (quasi sempre) con prevalenza sulla consuetudine, in ossequio ad un principio di prevalenza del diritto scritto su quello non scritto (*principio de preeminencia legislativa*): “*Un pueblo no puede, como sistema, crear normas contrarias a las leyes establecidas por sus autoridades, porque entonces no existiría tal autoridad. Solo podría hacerlo como excepción*”¹⁰⁰.

Nulla potrebbe la legge scritta se, come a volte succede, venisse di fatto ad essere superata da una consuetudine, cosa ben possibile, sebbene *como excepción*.

Data infatti la indipendenza tra consuetudine e legge, potrebbe benissimo andare desueta la norma scritta che prescrive la prevalenza della legge sulla consuetudine: “...*el problema de la desuetudo no puede solucionarse en la propia ley*”¹⁰¹. I due fenomeni normativi si muovono dunque su piani diversi, sebbene normalmente interagiscano l'uno sull'altro¹⁰².

Premessa la indipendenza delle due fonti, gli AA. concludono come detto per la prevalenza del diritto scritto, per il detto principio di prevalenza della legislazione scritta. E' però importante notare come la prevalenza della *ley* venga giustificata non tentando affatto di regolare la *costumbre* all'interno del codice, ma considerando un sistema più vasto, in cui la *ley* prevale in virtù di un principio di ordine; *ratione imperii*, per così dire.

E' di immediata percezione l'analogia con il sistema giustiniano così come ricostruito nella prima parte di questo scritto, in cui le norme del *Codex* costituiscono la normazione “positiva” cui fanno da contrappunto le norme del *Digesto*, descrittive di un sistema più vasto; ed in cui quelle prevalgono su queste sulla base di motivazioni sostanzialmente simili.

BELLUSCIO, ed il cui tomo 1, che ci riguarda, è opera di quattro Autori: Garbino, Lavalle Cobo, Pardo e Rivera.

¹⁰⁰ Op.cit., pag. 95.

¹⁰¹ Ibid., pag. 96. Concezione “trasversale”, comune anche a chi non ritiene che la *costumbre* possa superare la *ley*; cfr. la citazione fatta *supra*, cap.II para. 1, dal volume di Alterini.

¹⁰² Ibid, pag. 95.

CAP. IV: Considerazioni

**1. IPOTESI DI ASSENZA IN ARGENTINA DEL DOGMA DELLA
NECESSITÀ DI UN SISTEMA CODICISTICO AUTOINTEGRATO
DI TIPO EUROPEO**

Quanto al sistema giuridico argentino, le sopra citate “anomalie” in materia di forza vincolante della *costumbre* rispetto alla *ley* inducono a qualche riflessione: i casi in cui la *costumbre* è stata ritenuta valida fonte di norme, nonostante il contrario disposto dell’art. 17 *Código* sono casi sintomatici di una visione del sistema giuridico non strettamente positivista, in cui i giudici possono riconoscere vigenza a norme consuetudinarie anche contro il precetto della norma scritta sulla gerarchia delle fonti (e cioè il citato art.17 *Código*); segno che nella coscienza giuridica di quel Paese non è – o non era, al momento di quelle decisioni – così forte e radicato come in Europa il dogma di fondo della necessaria autosufficienza del sistema legislativo. Sembra, piuttosto, che il sistema di leggi scritte poggi su un certo “spirito giuridico” della Nazione (“*las costumbres del país*”); “spirito” che può adattare l’ordinamento legislativo alle proprie necessità anche con strumenti “non ortodossi”¹⁰³.

Questa affermazione potrebbe apparire fantasiosa; d’altro canto, il non ammettere l’esistenza di una qualche sorta di *grundnorm* che giustifichi la disapplicazione di una norma primaria sulla gerarchia delle fonti porta irrimediabilmente alla conclusione che in Argentina non vi sia un sistema giuridico funzionante, e che gli operatori del diritto di quel Paese, compresa la Magistratura, siano caratterizzati da una certa “indisciplinatezza” nei riguardi di un maldestramente leviatanico Ordinamento laico-positivo, che passivamente sopporta le intemperanze dei suoi sottoposti. Conclusione forse da scartare, a fronte di una spiegazione assai più semplice:

**2. IPOTESI DI UN DIVERSO SISTEMA, IN CUI LA *COSTUMBRE*
E/O LA “*TRADICIÓN ROMANISTA*” SIANO FONTI NON
SUBORDINATE ALLA *LEY***

Resta a questo punto da ricostruire il sistema secondo quanto detto, e quindi da stabilire cosa sia *el derecho*, questo *qualcosa* preesistente e/o sovraordinato al *Código*.

¹⁰³ In un’ottica legalistica, naturalmente.

Una parte autorevole della dottrina argentina ritiene che *el derecho* sia il diritto romano, ritenendo che in Argentina sia esistito, e sia tuttora in corso, il fenomeno della *recepción* del diritto romano¹⁰⁴, che viene a costituire oggi la “*doctrina de nuestro código civil*”¹⁰⁵, al punto che “*esto impone una conclusión en el debate contemporáneo acerca del valor del Derecho Romano. Probada su recepción definitiva, probado que él está en el derecho actual, que es actual, que es la norma misma muchas veces, ya la discusión acerca del valor del Derecho Romano es ociosa, y la actitud metódica es estudiarle para captar su valor científico*”¹⁰⁶.

In altre parole, lo studioso argentino dovrà ricostruire il sistema attraverso una interpretazione “romanista” del *Código* e delle *notas*, piuttosto che attraverso “*la doctrina jurídica alemana o francesa, como propias u otra sistemática cualquiera... interpretando una realidad por los conceptos que convienen a otra... córrese así el riesgo de formar un pseudo Derecho Civil Argentino, al interpretar nuestro sistema por doctrinas ajenas a él*”¹⁰⁷.

Il processo di *recepción*, lungi dall’essersi concluso con il *Código* del 1871, è proseguito fino ai giorni nostri ed è tuttora in corso¹⁰⁸.

E’ stato osservato come le peculiari caratteristiche del *Código* permettano, anzi *impongano* all’interprete il superamento della “cristallizzazione del diritto connaturata al metodo codificatorio”¹⁰⁹; l’inserimento nel *Código* della dottrina romanista contenuta nelle *notas*, dottrina *positivamente*¹¹⁰ inserita nel sistema, ha il senso di “in forma autoritativa riapr(ire) il cammino per il lavoro del giurista, volto al miglioramento (traduc[endo] l’espressione di Pomponio D.I,2,2,13) del diritto”¹¹¹.

Non è a questo punto del tutto esorbitante il considerare quanto il *Código* somigli, considerando l’insieme costituito dall’articolato e dalle note, all’insieme giustiniano del *Codex* e del *Digesto*, dove la funzione delle note-*digesto*-dottrina romanista, espressione di *ius*, è quella di giustapporsi alla normazione

¹⁰⁴ Cfr. DIAZ BIALET, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba, 1951.

¹⁰⁵ DIAZ BIALET, op.cit., pag. 53.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Id., pag. 54.

¹⁰⁸ Tanto che esso è stato più recentemente definito come fenomeno di *transfusión* del diritto romano nell’ordinamento argentino (ARGÜELLO, *¿Continúa la transfusión del derecho romano en la Argentina?*, cit.)

¹⁰⁹ CATALANO, *Osservazioni sul romanesimo di Vélez Sarsfield*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di SCHIPANI, Padova, 1991, pag. 9.

¹¹⁰ Termine stavolta usato nel senso corrente.

¹¹¹ CATALANO, op.cit.

dell'articolato-*codex*, espressione di *imperium*. Diventa possibile ipotizzare l'esistenza di un sostrato di *ius romanum commune*, rinvenibile nella tradizione e, perché no, sviluppato dall'interprete ove necessario, in prospettiva evolutiva, al quale si giustappone dialetticamente il sistema della *lex* del legislatore argentino. E' probabilmente questo il senso della "interpretazione romanista" invocata da Diaz Bialet.

Derecho de juristas lo ha llamado un autor (Koschaker), de un derecho no basado exclusivamente en la autoridad de la ley positiva sancionada por el legislador sino existente por sí mismo y coordinado por la razón. Roma, por la labor de sus jurisprudencistas, creó un cuerpo de doctrina jurídica razonada, contrastada con las costumbres heredadas de los antepasados, no debida a la voluntad del Estado aunque reconocida por él, que culminó con la obra de los jurisprudencistas clásicos que supieron combinar magistralmente el espíritu liberal de la equidad con el elemento estabilizador de la "legalidad" ¹¹².

In conclusione, in risposta all'interrogativo se el *derecho* sia un sistema di diritto consuetudinario; sia una sorta di "diritto naturale"; sia una sorta di *volksgeist* argentino; sia diritto romano; sia, perché no, ad un tempo, più di una delle "entità" appena elencate, o addirittura tutte queste, va ricordato come la popolazione argentina sia quasi completamente di ascendenza europea, discendendo da colonizzatori spagnoli, che hanno portato con loro le loro concezioni e valori, non solo nel campo giuridico; come lo spirito giuridico del popolo argentino sia pertanto una coscienza giuridica collettiva sviluppata sulla base di valori europei, ed in particolare romano-canonici ed iberici, la cui prima elaborazione scientifica locale è compiuta nelle *notas* del *Código*; come anche l'idea di diritto naturale, richiamata nel *Código* nella nota all'art.16 ^{113 / 114}, nel senso di astratta normatività fondata sulla ragione non può che essere, per l'uomo argentino, rispondente nei suoi precetti materiali alla *ratio* su cui sono fondati i suoi valori; come anche le consuetudini di questo popolo, pertanto, non possono che derivare da quelle ispaniche, e quindi, mediatamente, dal diritto comune romano-canonico.

Tutto ciò ricordato, non è infondato il credere che le quattro "entità" sopra elencate (consuetudini; coscienza giuridica della Nazione; *ratio* o diritto "na-

¹¹² SUSSINI, *Los estudios de Derecho Romano*, in *La Ley*, 88, pag. 906.

¹¹³ Che riconduce i *principios generales del derecho*, di cui all'art.16, ai *principi naturali* del diritto di cui all'art.7 del C.C. austriaco, affermando la conformità dell'art.16 *Cód.* al citato art.7.

¹¹⁴ L'idea sembra ben presente in DIAZ BIALET. cfr. *La recepción...*, cit., pag. 54; *El espíritu...*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di SCHIPANI, Padova, 1991, pag. 15.

turale”; diritto romano) possano, in pratica, sovrapporsi, se non coincidere del tutto. E risulta forse inutile discutere della possibilità di considerare *el derecho* come *ratio*, o come *volksgeist*, o come insieme di consuetudini; le norme materiali e l’impianto generale di questo sistema che è *el derecho latinoamericano* rappresenteranno sempre, comunque, *il sistema del diritto romano*, in una sua moderna epifania. O, se vogliamo, *un sistema romano di diritto*, prodotto dell’evoluzione ininterrotta di quelli che furono il diritto romano, giustiniano, comune, iberoamericano.

PARTE TERZA

QUALCHE RISULTATO DELLA COMPARAZIONE

CAP. I: Diritto Romano e Diritto Argentino

1. DIFFERENZA TRA IL CONCETTO ROMANO DI CONSUETUDINE E QUELLO ARGENTINO (E, IN GENERALE, CONTEMPORANEO)

Un punto che mi sembra degno di nota, anche se è questione forse di sfumature in una definizione che è grosso modo la stessa, è il fatto che la scienza giuridica moderna caratterizza l’elemento psicologico della consuetudine quasi come un “subire” la norma: il “credere”, appunto, da parte dei consociati, che il comportamento costituente l’elemento materiale della consuetudine, sia (già) disposto da una norma giuridica.

Laddove la *consuetudo* di cui in D.I,3,32 è caratterizzata da un elemento direttamente *volitivo* da parte del *populus*: *...nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt...nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*

Sembra mancare, nelle dottrine moderne di cui poco sopra, la chiara coscienza dell’insieme dei consociati circa il potere degli stessi di creare diritto: la dottrina del “credere che un certo comportamento sia conforme a diritto (c.d. *opinio iuris*)” nasce forse da ideologie e/o sistemi in cui i consociati sono fondamentalmente dei *destinatari* di norme, da altri poste.

Diversamente, la dottrina della *consuetudo* espressa da Giuliano e ripresa nel noto passo del Digesto da Giustiniano, esprime una concezione opposta – di sovranità popolare, si potrebbe dire.

2. ANALOGIE TRA IL SISTEMA GIUSTINIANEO E QUELLO ARGENTINO COME SOPRA RICOSTRUITO, QUANTO AL SISTEMA DELLE FONTI

Molte sono, su questo punto, le analogie tra i due sistemi presi in esame, che l'analisi comparativa ha permesso di rivelare e forse di meglio comprendere.

Entrambi i sistemi si basano *principalmente* (ma, abbiamo visto, non esclusivamente) su un'opera di compilazione composta di diverse parti, cui l'interprete può, o forse deve, attribuire diverso valore e/o normatività.

Lo stesso rapporto che potrebbe esserci stato tra il *Codex* ed il *ius* in generale, quale *ars boni et aequi*, decantato nelle enunciazioni del *Digesto*, può ipotizzarsi esistente tra il *Código civil* argentino (escluse le note) ed il *derecho*, per il quale *las costumbres* o le annotazioni del Vélez agli articoli non sono che la cartina di tornasole.

Come si è visto, autorevoli Autori argentini individuano nel *derecho romano* o nella *tradición romanista* questo sistema generalissimo, alcuni al punto da ritenere che in Argentina sia esistente un sistema fondamentale di diritto (romano) non scritto, cui si aggiunge il *Código*, il cui articolato ha natura di *lex scripta*¹¹⁵, ma complessivamente consistente in una singolare raccolta di *leges* e di *iura*.

In entrambi i sistemi esaminati in questo lavoro la compilazione si presenta ai suoi destinatari come legge totalizzante, che non ammette fonti da essa non previste e disciplinate, salvo che poi, in concreto, si verifichino dei cedimenti di fronte alla forza naturale delle cose.

In Argentina abbiamo numerosi casi documentati in cui i giudici hanno apertamente "sfidato" la legge "scritta". Ma anche gli studi storici dei romanisti e medievalisti hanno dimostrato che di fatto anche nel tardo impero romano l'effettività della legge imperiale non era sempre superiore alla effettività delle consuetudini, romane e provinciali¹¹⁶. Del resto, persino nella Francia della prima metà del XIX secolo ancora vi erano tribunali che applicavano, in aperta violazione delle norme sulle fonti contenute nel *Code Napoléon* ed a volte anche in contrasto con le sue norme sostanziali, regole previgenti, consuetudini, norme di creazione giurisprudenziale¹¹⁷.

¹¹⁵ Per tutti, DIAZ BIALET, opere citate.

¹¹⁶ Rinvio ancora, per tutti, al volume di Caravale, *Ordinamenti...*, cit.

¹¹⁷ Ne riferisce, ad esempio, R.C. van CAENEGEM, in *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002, pagg. 71-72. In generale, sulla gradualità della transizione avvenuta in Europa dal vecchio sistema delle fonti al sistema "moderno" fondato sulle codificazioni statuali, vedansi anche i due saggi di P.CARONI, *Le codificazioni del diritto privato ed i loro postulati di fondo*, e *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?*, ripubblicati entrambi nel volume

Insomma, il fenomeno rinvenuto in Argentina non è una novità.

Fondando le decisioni sul *diritto* anziché sulla *lex scripta* (e quindi su D.I,3,32), già i magistrati romano-orientali decidevano le controversie sottoposte alla loro attenzione, quando lo ritenevano giusto, in senso difforme o contrario alla legislazione imperiale, *ex arte boni et aequi*, applicando il diritto (volgare), di cui erano componente essenziale le consuetudini locali.

CAP. II: Un Derecho común latinoamericano?

1. LA “TRADICIÓN ROMANISTA” COME FATTORE DI UNIFORMITÀ IN AMERICA LATINA

Risponde al comune sentire di molti giuristi latinoamericani che la *tradición romanista*, oltre che fondamento storico delle diverse legislazioni nazionali, costituisca una sorta di patrimonio comune latinoamericano¹¹⁸; ciò forse anche grazie alla notevole (almeno rispetto ai paesi europei) presenza del diritto romano nei rispettivi codici civili: i codici latinoamericani “storici” del secolo scorso sono opera di romanisti¹¹⁹, che li hanno creati sulla base delle antiche leggi ispaniche, fondate sul diritto romano-canonico, quando non direttamente sulle norme della Compilazione giustiniana.

I codici latinoamericani successivi si sono tutti ispirati più o meno largamente a quei modelli.

Molti giuristi latinoamericani si sentono dunque quasi “affratellati” da un diritto sostanzialmente simile, aiutati in ciò dalla lingua comune, o comunque dall’esistenza in tutto il continente di due sole lingue, di comune radice neolatina ed iberica¹²⁰. Essi sono inoltre portati a ritenere che il diritto romano, in cui tutti i diversi sistemi nazionali hanno trovato origine, possa essere un diritto

Saggi sulla storia della codificazione della collana Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, diretta da P.Grossi, Milano, 1998.

¹¹⁸ Vedansi i due saggi di CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, e *Il diritto romano attuale dell’America latina*, entrambi nel volume *Diritto e persone*, Torino, 1990, rispettivamente pag. 89 e 121, e la bibliografia ivi richiamata.

¹¹⁹ E, precisamente, Andrés Bello, venezolano, elaboratore del *Código civil* cileno del 1855; Augusto Teixeira de Freitas, brasiliano, autore di un *Esboço* di codificazione che, sebbene non sia divenuto un codice civile, ha influenzato tutta la scienza giuridica latinoamericana, e Dalmacio Vélez Sarsfield, argentino, elaboratore del *Código* argentino del 1871.

¹²⁰ Realtà che si percepisce nei due saggi di CATALANO sopra citati, *Diritto romano attuale...* e *Il diritto romano*.

tuttora “esistente”¹²¹, utile alla comprensione ed interpretazione dei diritti nazionali ed anche a certi “minuti” fini pratici¹²², evidenziando dunque come il pensiero degli autori argentini di cui sopra (cap.I para.2) sia diffuso nell’intero continente¹²³.

Se si ammette che *el Derecho* del sistema argentino sia analogamente esistente negli altri Paesi dell’America latina, ci troviamo a dover prendere atto del fatto che l’America latina, in un *continuum* storico-giuridico che apre orizzonti immensi alla ricerca, può essere considerata dal punto di vista ordinamentale come un unico sistema di diritto comune, in cui è ancora vigente il diritto di Giustiniano, o meglio quel diritto di cui quello di Giustiniano non è stato altro che un precedente stato evolutivo, mutato nei secoli nella parte del *ius* – mediante l’innesto del diritto canonico e delle tradizioni ispaniche, della dottrina e così via – e via via modificatosi anche nella parte delle *leges* col variare dei *legis latores* che si sono succeduti.

2. QUALCHE APPLICAZIONE NEL DIRITTO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

La suddetta percezione della esistenza di principi giuridici comuni ai paesi e popoli dell’America latina è stata studiata fino a sviluppare quei principi “comuni” onde poterli applicare a quelle fattispecie coinvolgenti più ordinamenti nazionali che sono i contratti transnazionali. L’elaborazione dei principi di un ipotetico *derecho comun latinoamericano* ha il risvolto pratico di favorire una uniforme interpretazione (a livello continentale) di contratti e/o strumenti normativi transnazionali.

Ad esempio, riguardo alla convenzione internazionale sulla vendita internazionale di beni mobili (c.d. “Convenzione di Vienna” dell’11 aprile 1980), alcuni scritti di J. ADAME GODDARD¹²⁴ e di M.VILLELA¹²⁵ mostrano una ricerca volta a rinvenire, attraverso una interpretazione romanista della convenzione, una più compiuta disciplina di alcuni aspetti del fenomeno “vendita inter-

¹²¹ Termine volutamente generico; potrebbe anche dirsi: “valido”.

¹²² Mi riferisco ad esempio agli scritti di ADAME GODDARD e di VILLELA, in materia di Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, di cui *infra*.

¹²³ Mi riporto, per brevità, ai giuristi richiamati da CATALANO nei due saggi da ultimo citati.

¹²⁴ *La regla periculum est emptoris aplicada a la compraventa internacional de mercaderías, e La obligación del vendedor de entregar las mercancías, según la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, interpretada a la luz del derecho romano clásico.*

¹²⁵ *O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias*, in *R.Inf.Legisl.Brasilia*, ott./dic. 1981, pag. 135 ss.

nazionale”; ricerca i cui risultati, quanto meno a livello continentale, sono suscettivi di trovare largo consenso e riscontro pratico.

Un altro possibile laboratorio per l’ipotizzato sistema di diritto comune latinoamericano potrebbe essere costituito dai *Principles of International Commercial Contracts* dell’UNIDROIT¹²⁶.

Una interpretazione degli stessi *Principles*¹²⁷ in chiave romanistica porterebbe la scienza giuridica del continente alla elaborazione di una dottrina del contratto che possa risultare valida e concretamente applicabile in maniera uniforme almeno nelle transazioni tra Stati del continente¹²⁸, tanto con riguardo al diritto sostanziale per disciplinare le fattispecie di volta in volta in esame¹²⁹, quanto anche con riferimento ai problemi di conflitto di leggi¹³⁰.

A parte il benefico influsso che l’interpretazione dei *Principles* potrebbe ricevere dall’impegno della scienza romanistica e civilistica di quel continente, questa dell’interpretazione degli strumenti normativi transnazionali¹³¹ potrebbe essere a sua volta una sfida capace di stimolare la scienza giuridica latinoamericana a sviluppare ed a far giungere a piena maturità la forse geniale intuizione del sistema del *derecho común latinoamericano*.

¹²⁶ Roma, 1994. Opera compilativa puramente dottrinale (non recepita da alcuno strumento normativo nazionale o internazionale), nella quale sono stati ricostruiti i principi generali del contratto internazionale, mediante un lavoro di comparazione ed estrapolazione tra i diversi sistemi giuridici, tenendo conto delle peculiari esigenze dei traffici internazionali e sottoposto ad un processo continuo di revisione ed aggiornamento (una seconda versione dei *Principles* è stata pubblicata nel 2004). Opera non “positiva”, ma dotata, nelle intenzioni dell’UNIDROIT, di autorità dottrinale e forza persuasiva discendenti dall’elevato livello scientifico e dalla vastità del campo della ricerca ad essa opera sottesa; di astratta “validità”, si potrebbe parlare, a prescindere dalla sua (assenza di) “positività”. Un moderno *Digesto* dei contratti internazionali?

¹²⁷ Curiosamente, anche i *Principles* sono strutturati su un articolato e su un apparato di commento che lo accompagna...

¹²⁸ Un primo tentativo di avvicinarsi ad una lettura “romanistica” dei *Principles* è costituito dalla pubblicazione del volume collettaneo a cura di M.J.BONELL e S.SCHIPANI, “*Principi per i contratti commerciali internazionali*” e *il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996.

¹²⁹ Seguendo la scia degli scritti citati di ADAME GODDARD e della VILLELA in materia di Convenzione di Vienna.

¹³⁰ Cui fa cenno, sempre a proposito di Convenzione di Vienna, la VILLELA, op.cit..

¹³¹ La cui produzione costituisce uno delle moderne tendenze del diritto privato: l’UNIDROIT ha anche promosso, più recentemente, la elaborazione di *Principles of Transnational Civil Procedure*; anche a livello europeo, del resto, l’ormai risalente progetto Lando ha prodotto i *Principles of European Contract Law*, la cui portata uniformante a livello continentale, quanto meno per il formante dottorale, non può essere negata.