

STUDI SU ORIGINE ED ATTUALITÀ DEL SISTEMA ROMANO

Nuova serie – 1

RICCARDO CARDILLI

**FONDAMENTO ROMANO
DEI DIRITTI ODIERNI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

I

DIRITTO ROMANO E DIRITTI ODIERNI

1. *Contro il diritto romano?*

Il diritto romano è pilastro della storia e della cultura in Eurasia, in particolare in Europa, e quindi in America Latina. Inizio queste «Premesse» con il concetto fondamentale di «diritto romano vivente» del Venerabile Giorgio La Pira, professore di diritto romano, padre costituente e sindaco di Firenze: vedi il carteggio pubblicato dalla Fondazione La Pira, *Diritto romano vivente. Caro Catalano...* 1967-1975. *Cinque lettere e quattro telegrammi di Giorgio La Pira*, a cura di R.A.A. Alabiso e L. Rosa, Firenze, 2017, p. 5 (lettera del 10 agosto 1970).

Eppure ideologie che nella storia europea hanno agito negli ultimi secoli e ne hanno condizionato gli sviluppi, si sono orientate contro il diritto romano. Tra queste segnalo, in ordine storico, il marxismo (e poi anche il leninismo), il nazionalsocialismo e il normativismo. Le critiche, pur da prospettive anche molto diverse, si incontrano su un punto, un minimo comun denominatore: il sistema giuridico romano sarebbe portatore di valori sbagliati, in quanto strumento di conservazione di un modello di società ingiusta che si vorrebbe, invece, cambiare.

*

Le profonde differenze ideologiche da cui queste critiche partono – in contesti storici, seppur ravvicinati nel tempo, anche molto

diversi – sono già un segnale della natura cangiante con la quale il diritto romano si può presentare agli occhi dell'osservatore.

A. La critica al sistema giuridico romano che venne fatta da Karl Marx e Friedrich Engels nel **Manifesto del partito comunista** nel 1848 non è in realtà un attacco al diritto romano, ma al diritto romano borghese, cioè alla sua reinterpretezione ottocentesca in chiave liberale, quale fondamento giuridico della nuova società tedesca dell'Ottocento. Marx ed Engels sono, infatti, pienamente consapevoli della natura storica del diritto romano borghese e liberale, quale risultato della reinterpretezione ottocentesca della codificazione giustiniana operata dalla scuola storica di Savigny, realizzando un sistema di diritto fortemente ancorato a categorie formali e in un ordine concatenato logicamente.

I punti nevralgici contro i quali si scaglia la critica marxiana sono:

- la proprietà privata (e si badi, non la proprietà come tale);
- il contratto di lavoro salariato (e si badi, non il contratto come tale);
- la successione ereditaria, quale strumento di conservazione nel tempo delle diseguaglianze di nascita.

Sul punto torneremo nei contesti specifici di trattazione (§§ 13, 14, 20). Qui sia sufficiente notare che la critica è, in questo caso, pienamente consapevole della storicità dell'uso del diritto romano nel pensiero giuridico tedesco dell'Ottocento, non confondendosi semplicisticamente (come invece accadrà nella critica nazista) il diritto romano con il nuovo diritto privato borghese maturato nella scuola pandettistica tedesca. Ciò che Marx prima e le teorie marxiste poi (ed anche gli sviluppi leninisti) combattono, quindi, non è tanto il diritto romano come tale, ma la sua versione liberale al servizio della nuova società capitalistica dell'Ottocento.

L'impostazione marxista sembra, quindi, in realtà, porre in risalto l'importanza dello studio storico del diritto romano (Luigi Raggi, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 1955-1956, 557 ss.).

B. Un'altra critica si incontra nel **Programma del Partito Nazionalsocialista Tedesco** del 24 febbraio del 1920, programma tristemente noto per aver stabilito i punti programmatici dei futuri sviluppi della politica nazista, si stabiliva all'art. 19 che:

«Pretendiamo la sostituzione del diritto romano al servizio dell'ordine materialistico mondiale con un diritto comune tedesco»
[*Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht*].»

La presa di posizione nazista contro il diritto romano è netta. Si chiede la sua sostituzione quale attuale diritto in Germania in ragione della sua natura di diritto straniero, che non rappresenterebbe il vero e puro diritto del popolo tedesco, nella utopica concezione della 'purezza' di un diritto quale espressione esclusiva della presunta purezza della 'nazione' tedesca. La critica nazista si scaglia, altresì, su una considerazione del diritto romano quale diritto vigente al servizio delle forze economiche e politiche (quelle che i nazisti qualificano giudaico-finanziarie) che il nazismo intendeva abbattere definitivamente. Al diritto romano, il nazismo vuole contrapporre un diritto comune tedesco, quale presunta espressione di un diritto proprio del popolo tedesco. In realtà, la critica non riuscì a portare alla sostituzione del Codice civile tedesco del 1896, entrato in vigore il 1 gennaio 1900, nel quale proprio la reinterpretazione del diritto romano operata dalla Pandettistica tedesca vedeva il suo fondamentale precipitato.

C. Un'altra critica al diritto romano viene elaborata tra le due guerre mondiali da **Hans Kelsen**, attraverso la sua prima teorizzazione, nel 1934, della «**dottrina pura del diritto**» (**reine Rechtslehre**). Kelsen reputa necessario liberarsi del patrimonio concettuale ereditato dal diritto romano, in quanto viziato da una prospettiva soggettivistica ed individualistica, che sarebbe di impedimento alla costruzione di una teoria del diritto libera dai condizionamenti politici, morali e religiosi, così da farne una degna scienza positivista. Il diritto romano, invece, sarebbe stato costruito in modo che tale

presunta necessaria 'purezza' del giuridico (nella prospettiva kelseniana) non potesse realizzarsi, dato il modo di lavorare dei giuristi romani, i quali operavano a livello di responsi e consulenze ai privati, al fine di riconoscere o negare un'azione a tutela del singolo per la situazione che si vantava lesa.

Il diritto romano, in sostanza, per Kelsen, sarebbe necessariamente costruito come un diritto al servizio del soggetto attraverso il riconoscimento di una trama di azioni a tutela dei diritti individuali, trama nella quale sarebbe impossibile elaborare una «dottrina pura del diritto», da intendersi quale dottrina giuridica che separa nettamente (secondo una pseudo conquista di purificazione appunto) il diritto dalle scelte di valore politiche, sociali e religiose connaturate nella società nella quale il diritto opera.

Per Kelsen, quindi, ai romani ed al loro diritto era preclusa la realizzazione di un «diritto puro» in ragione del ruolo ineliminabile di mediazione che il ceto dei giuristi romani aveva nella attuazione dei valori di quella società in regole e soluzioni giuridiche, determinando così una costante osmosi tra i valori sociali, politici, religiosi ed economici e il diritto da loro espresso. Nella utopica ricerca di un «diritto puro» risultato della corretta applicazione di una «dottrina pura del diritto» sarebbe essenziale per Kelsen liberarsi di questa gabbia concettuale e contenutistica (propria della eredità del diritto romano) che vincolerebbe inesorabilmente la prospettiva giuridica dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, condizionandone inesorabilmente gli esiti. Costruire un nuovo diritto che si liberi di tale ingombrante lascito, significa per Kelsen modificare lo stesso significato del diritto, non più quale fenomeno della società caratterizzato dal contenuto sostanziale della regola giuridica, ma quale contenitore formale caratterizzato soltanto dalla sua validità.

In sostanza, la regola è considerata giuridica non perché valutata in termini di giustizia (ad esempio perché attua una soluzione percepita come giusta dalla coscienza sociale di una comunità in un certo momento storico), ma perché è validamente posta secondo l'iter formale di creazione della regola giuridica in quell'ordinamento e in quel momento storico, a prescindere dal suo contenuto. Ed

allora è il contenitore che caratterizza per Kelsen il giuridico e non il contenuto.

D. Nel secolo scorso, la cultura giuridica italiana è caratterizzata dalla teoria istituzionale del diritto di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, prima edizione Pisa, 1918; seconda edizione con aggiunte Firenze, 1945).

Giuseppe Grosso, professore di diritto romano (diventerà Sindaco di Torino nel 1965), parla del diritto romano come «fondamento ed elemento vivo di una tradizione» ed «elemento fondamentale di una civiltà e di una tradizione» (*Premesse generali al corso di diritto romano*, quarta edizione, Torino, 1960 [la cui prima edizione è del 1940], p. 7 e p. 12) ed ancora di «fattore vivo di civiltà» (*Le idee fondamentali del diritto romano*, Torino, 1958, p. 9).

Proprio all'interno di una visione tesa a porre in risalto il rapporto complesso tra *ius civile* e *lex publica* da un lato e tra *ius civile* e *ius praetorium* dall'altro, Giuseppe Grosso utilizza l'idea del pluralismo degli ordinamenti giuridici per sottoporla ad una riconsiderazione critica (si vedano in particolare sia le *Premesse generali* sopra richiamate, pp. 134-138, sia i *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, seconda edizione Torino, 1967, pp. 27-86).

Sviluppi di questa linea interpretativa (contrari sia a Kelsen, sia a Santi Romano) si trovano ancora oggi in studi della 'Scuola di Torino': da *Diritto e persone I. Studi su origine e attualità del sistema romano* (1990) di Pierangelo Catalano a *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* (2010) di Filippo Gallo.

* *

Il cambio di prospettiva indotto dalla teoria di Hans Kelsen porta il giuridico contemporaneo a disinteressarsi dei contenuti del diritto ed a concentrarsi sulla forme valide di sua espressione, venendo ad assumere la struttura normativa del discorso giuridico la sua caratterizzazione essenziale, svilendo gli aspetti contenutistici e teleologici, escludendo così la giustizia o l'eguaglianza

dai parametri interni di valutazione critica del diritto, collocati come fini programmatici di una società democratica nelle carte costituzionali.

Nelle pagine che seguono vorrei che queste tre critiche al diritto romano non vengano dimenticate, ma restino impresse nella memoria del lettore. Il mio intento è, infatti, quello di evidenziare come, in una prospettiva al contrario, il sistema giuridico romano non sia in realtà, né il demonio della conservazione e dell'immobilismo, né un totem di cui liberarsi, né un contenuto messianico di liberazione delle società moderne dai mali che le affliggono, ma sia, però – questo sì –, un poderoso strumento di critica al giuridico contemporaneo, che proprio nella raffinatezza dei percorsi concettuali e sistematici ereditati dal diritto romano, ha finito per annidare dietro il velo della forma e della purezza, alcuni forti nodi ideologici che stanno bloccando inesorabilmente la società attuale in uno spazio di diseguaglianze ed ingiustizie, finendo per escludere il diritto dagli strumenti di rinnovamento e miglioramento delle società attuali, a tutto favore di altri strumenti che si sono considerati e continuano a considerarsi trainanti, quali l'economia. Entra chiaramente in gioco anche la forte caratterizzazione statualista del giuridico contemporaneo, inidonea a gestire le dinamiche in atto oramai da più decenni, dirette ad erodere modelli economici territoriali chiusi a favore di una interazione economica sovranazionale, con irreversibili (sembrerebbe) conseguenze negative sul piano delle fiscalità nazionali e della distribuzione stessa della ricchezza nella società.

Il diritto romano è, infatti, la grammatica profonda del diritto odierno. Se il primo viene studiato nel suo significato e comparato a quest'ultimo, ne finisce per svelare i condizionamenti ideologici e la natura politicamente orientata di molte delle scelte normative esistenti, presentate spesso con la falsa veste della coerenza delle soluzioni logico-formali.

Ciò a mio avviso è la finalità primaria dell'affinamento e della maturazione di una capacità critica nelle nuove generazioni di studenti di giurisprudenza, che possa portare ad un loro contributo nella società futura attraverso l'individuazione di soluzioni giu-

ridiche concretamente migliori, frutto di un'arte orientata alla costruzione di una società umana più giusta, in una tensione di miglioramento della stessa grazie al diritto. Cioè il diritto non come contenitore formale di regole valide, ma come contenuto sostanziale di regole di convivenza pacifica che si orientino verso l'obiettivo di una società più giusta. Il diritto in sostanza come arma civile e pacifica di lotta alle disuguaglianze e alle ingiustizie.

2. *Il diritto romano nella storia giuridica*

Per uno di quei paradossi che spesso la storia realizza, lo strumento di maggiore diffusione del diritto romano nella storia mondiale, cioè la **Codificazione** realizzata dall'imperatore romano **Giustiniano** negli anni dal **529 al 534 d.C.**, ha rappresentato anche l'allontanamento dal modello di *ius* di cui esso era stato la grande rappresentazione.

L'imperatore romano Giustiniano, infatti, permutò l'enorme lascito giuridico rappresentato dalla tradizione delle opere dei giuristi romani classici (II sec. a.C.-III sec. d.C.) con la legge dell'imperatore. Quelle opere erano arrivate nelle biblioteche dell'Impero Romano d'Oriente nel VI secolo dopo Cristo piene di soluzioni giuridiche concretamente rappresentative di un sapere fondato sull'autorevolezza del ceto dei giuristi, a Roma un ceto socialmente aristocratico anche in chiave intellettuale. La trasformazione di queste soluzioni non nei contenuti, ma nella forma di produzione e nella loro vincolatività, quali regole giuridiche imposte dall'Imperatore romano, rafforzava ed accentrava nel potere imperiale esclusivo quello della creazione del diritto. Tale *permutatio legum* rese l'*interpretatio* dei giuristi romani dei secoli II a.C.-III d.C. (*iuris prudentia*) *lex* dell'Imperatore.

La **Codificazione di Giustiniano (529-534 d.C.)**, chiamata nel medio evo *Corpus iuris civilis* (Corpo del diritto civile), consta di tre parti:
a) le **Istituzioni**, in 4 libri scritti in lingua latina, seguono una tripar-

tizione sistematica in persone, cose (corporali e incorporali), azioni e sintatticamente costruite in terza persona, in modo chiaro per avvicinare gli studenti alla conoscenza del diritto, insegnandogli i 'primi elementi'. In realtà, pur dietro questa parvenza di testo impersonale, anche le Istituzioni imperiali sono espressione di un'architettura debitrice dei contenuti delle opere istituzionali dei giuristi dell'epoca classica, ricostruita con conoscenza e acribia dai giuristi dell'epoca giustiniana, in particolare Teofilo e Doroteo, coordinati da Triboniano; b) i **Digesti**, contengono frammenti di opere dei giuristi romani classici, per lo più composti in lingua latina (sebbene vi siano anche pochi frammenti di giuristi romani tratti da loro opere scritte in greco), divisi sistematicamente in parti (sette), libri (cinquanta), frammenti. Delle 7 parti soltanto le prime cinque sono nominate (i *prota, de iudiciis, de rebus, umbilicus, de testamentis*) in quanto le uniche parti del Digesto studiate dagli studenti dell'epoca, secondo la riforma degli studi giuridici operata da Giustiniano stesso, insieme alle Istituzioni e al Codice; c) Il **Codice**, in 12 libri, composti in lingua latina (sebbene vi siano contenute anche costituzioni imperiali in lingua greca).

Da tenere distinta da questa opera di codificazione saranno le raccolte private delle costituzioni di Giustiniano successive al 534 d.C., dal 535 d.C. al 565 d.C., chiamate *Novellae*. Se ne conoscono una in lingua greca, e due in lingua latina (peraltro non complete rispetto alla versione greca): l'*Epitome Iuliani* e il c.d. *Authenticum*.

La forma 'codice' è funzionale a questo mutamento epocale del ruolo del diritto nell'Impero romano, non in quanto idonea ad intaccare i contenuti del discorso giuridico, che restano ancorati alla forma del linguaggio specializzato e del dibattito tra gli esperti, quale elemento caratterizzante il sapere giuridico classico, ma in quanto definitiva fissazione di un principio di monopolio autoritativo del potere imperiale di creare diritto.

Il *ius* non è più l'espressione di una lettura della realtà sociale operata da un ceto (quello dei giuristi) al quale è riconosciuto dalla comunità dei consociati (ai quali quel ceto appartiene) l'*auctoritas* di competenza (in una carica di investitura per così dire più democratica che non autoritativa, sebbene con una

connotazione in chiave 'aristocratica' in senso proprio), ma è quanto l'imperatore stabilisce in quanto ha l'*imperium* per farlo in base alla sua investitura da parte del popolo attraverso la legge (*lex de imperio*).

In realtà si tratta di una dialettica non nuova che si pone fin dall'inizio della storia di Roma e che per comodità può essere descritta in termini di dialettica tra *ius* e *lex*, sebbene nell'alta repubblica tale dialettica esprimeva soprattutto un valore di «riforma» della legge rispetto ai valori tradizionali espressi nel consuetudinario *ius*.

In principio c'era il *ius* (in realtà vedremo più avanti che è meglio parlare al plurale di *iura*). Roma, infatti, non nasce su un principio naturalistico-nazionalista, ma su un principio politico-volontaristico. Le diverse comunità italiche insistenti nell'area dell'antico Lazio (*Latium vetus*) erano caratterizzate da una complessità etnica notevole. Si hanno comunità latine, umbre, sabine, osce ed etrusche. Ognuna con la sua lingua, la sua religione, la sua forma sociale di convivenza, la sua struttura politica, le sue forme di sfruttamento economico di sussistenza. La decisione di fondare Roma sul Palatino, quindi, non deve immaginarsi come qualcosa di ineluttabile (un po' come la nascita moderna della Francia come stato-nazione), né come qualcosa che si innesta in una realtà storica primitiva, di arretratezza economica e sociale. Nell'ottavo secolo a.C. nel *Latium vetus* si hanno già comunità politiche stanziali e strutturate in comunità cittadine. L'Italia preromana è già una realtà particolarmente dinamica. Roma, quindi, non nasce *ex nihilo*, ma quale scelta consapevole di una volontà politica di diverse comunità di unirsi e fondare una nuova città.

Da ciò si evince che i romani non sono mai stati una «nazione» in senso moderno, ma sono stati l'unione consapevole (e politicamente fondativa) di un insieme di comunità etniche, con un problema fin ab origine di integrazione dei suoi membri e di difficoltà di costruire in chiave unitaria la cittadinanza, attraverso un cemento sociale e religioso comune che limitasse i pericoli di una facile disgregazione della neo-comunità fondata.

Terminologicamente – ed a fini di facilitazione della comprensione nei lettori – chiamerò *gentes* queste comunità preciviche e *mores* questi *iura* delle comunità gentilizie che scelsero di diventare una *civitas* unitaria, appunto quella romana.

La **fondazione di Roma il 21 aprile del 753 a.C. sul Palatino** resta quindi un fatto storico di importanza capitale nella storia del Mediterraneo, in quanto è il tentativo di realizzare un laboratorio dell'integrazione nella forma politica della 'città', nel quale fin dallo statuto di fondazione stesso la finalità non era quella di porre una comunità al di sopra delle altre (come in altre realtà storiche dell'antichità mediterranea), ma quella di costruire un *populus Romanus* che non era in nessun modo caratterizzato da vincoli etnici o (per così dire, in senso moderno) nazionalistici. Il principio è, invece, quello politico-volontaristico di unirsi, con il sogno di costruire un unico popolo, un comune diritto, una società aperta.

Ed è proprio nello sforzo di non tradire il patto originario tra i gruppi fondatori, che Roma è stata in grado di realizzare un *ius civile* quale diritto fondamentale della neo-cittadinanza romana, rispetto ad una complessa realtà giuridica di consuetudini differenziate delle diverse *gentes* originarie e poi di quelle che a mano a mano vengono a far parte della comunità di Roma.

Come si comprende già, anche una nozione quale quella del *ius civile* non si presta ad essere tradotta semplicisticamente in termini di 'diritto civile', in quanto essa assunse un significato che con terminologia giuridica moderna andrebbe reso in termini di diritto fondamentale della comunità di cittadini, contenente regole che ai nostri occhi sono di diritto pubblico, costituzionale, penale, processuale e civile. La sua lettura frazionata in chiave di lente deformante delle partizioni post-ottocentesche del diritto sarebbe fortemente distorsiva della profonda unità e del senso storico della conquista che attraverso di esso si realizzò dalla fondazione del Comune alle **XII Tavole nel 451-450 a.C.**

La complessità originaria dei costumi delle comunità che fondarono Roma e di quelli che poi a mano a mano si aggiunsero nel corso dei secoli, venne, infatti, sottoposta ad una poderosa inter-

pretazione per costruire una armonia del diritto per tutti i cittadini romani, al di là della loro origine etnica. Tale processo, durato secoli, dalla fondazione almeno fino al IV sec. a.C., ebbe importanti strumenti politici di attuazione, come ad esempio le leggi (regie prime e pubbliche poi) e la interpretazione pontificale. Tale processo deve essere immaginato non come naturale, ma artificialmente connesso alle scelte di politica del diritto che a mano a mano vennero assunte nella costruzione di un modello ideale di società fondato sui valori della cultura aristocratica della componente latina, che dalla **cacciata dei re etruschi nel 509 a.C.**, venne a realizzare una egemonia sulla realtà sociale interetnica di Roma.

Ciò, però, non sembra aver significato l'imposizione degli istituti giuridici dei costumi della comunità latina sulle altre componenti del popolo romano, ma la scelta di conservare, per quanto era possibile, tutti gli istituti consuetudinari entrati a far parte del patrimonio culturale, religioso e politico della cittadinanza romana, aprendoli – non senza difficoltà – a tutti i cittadini e non soltanto ai membri della comunità gentilizia che li aveva portati con sé a Roma.

Questa è la ragione storica che spiega bene la complessità del diritto romano arcaico, l'affiancamento in esso di schemi giuridici inconciliabili o funzionalmente distanti e la contemporanea convivenza di forme giuridiche molto diverse ed espressione di società di origine di tali atti non identiche.

Ad esempio per le **unioni matrimoniali**, la *confarreatio* rappresenta atto giuridico-religioso espressione di unione uomo-donna entro una comunità altamente aristocratica, con la considerazione 'sacrale' dell'atto attraverso la partecipazione costitutiva dell'unione del sacerdote massimo di Giove (*Flamen Dialis*), atto con effetti costitutivi subitanei del potere maritale dell'uomo sulla donna, imponente per lo scioglimento dell'unione confarreata di un atto eguale e contrario (la *diffareatio*).

L'*usus* invece esprime una idea di unione uomo-donna fondata sul senso profondo della convivenza della coppia in chiave di comunione di vita, come elemento sostanziale della rilevanza dell'unione ma-

ritale. Da ciò lo scorrere dell'anno per determinare la costituzione del potere maritale dell'uomo sulla donna, effetto che però non è consustanziale all'atto in quanto può evitarsi da parte della donna interrompendo il decorso dell'anno, dormendo tre notti fuori la casa familiare (*trinoctium*). L'idea è espressione di una diversa idea comunitaria delle unioni stabili uomo-donna, rispetto a quella nella quale nasce l'istituto solenne della *confarreatio* (che abbiamo sopra visto), ma nella costruzione di un comune diritto dei cittadini romani (*ius civile*) ad essa si affianca.

Altri esempi sono la differenza tra successione per testamento e successione intestata (§ 20) o della *mancipatio* e del *nexum* da un lato e della *sponsio* dall'altro (§§ 3; 4) o della *manus iniectio* e dell'*agere sacramento* (§§ 6; 14; 15).

La costruzione di un comune diritto per i cittadini (*ius civile*) sarà il prodotto di due fondamentali fattori di sviluppo: da un lato, l'attività politico-giuridica dei re prima (carica vitalizia) e dei magistrati patrizi poi, cariche annuali ed ad elezione diretta, in dialettica coi tribuni della plebe, attraverso il riconoscimento primario del ruolo delle assemblee popolari (*comitia*) ed il ricorso alla legge quale volontà concreta del popolo come strumento di innovazione del diritto; d'altro lato, l'*interpretatio* del collegio pontificale che tenne saldo il monopolio interpretativo non soltanto quale custode dei costumi esistenti, ma anche quale fattore di creazione di nuovo diritto (ricorrendo alla produzione consuetudinaria guidata dalle proposte interpretative) (§ 3).

Si deve concludere, come già da questa originale costruzione che viene realizzata a Roma di uno *ius civile* quale sforzo di armonizzazione dei diritti consuetudinari delle comunità preciviche in funzione di un eguagliamento nel diritto di una comune cittadinanza, emergano elementi utili a criticare alcune premesse ideologiche fortemente resistenti del giuridico contemporaneo.

L'idea romana del **diritto** è collegata alla consuetudine e alla legge, in quanto entrambe espressione di **volontà del popolo**. La *legge* è diritto quando è espressione della volontà iussiva (diretta e

concreta) del popolo espressa nelle assemblee popolari su proposta del magistrato e non di una sua rappresentazione indiretta. La *consuetudine* è la volontà concreta del popolo espressa 'con le cose stesse e con i fatti' concludenti (*rebus ipsis et factis*) dei cittadini (così espressamente il giurista Giuliano in D. 1.3.32.1).

L'**interpretazione** giuridica non è altro da sé dal diritto. Non è solo attività descrittiva di qualcosa di esistente, ma anche creazione di qualcosa che ancora non esiste. L'interpretazione non è idonea di per sé a produrre nuovo diritto, ma è necessario che incontri il principio propulsivo della creazione del diritto, cioè la volontà concreta del popolo, anche espressa *rebus ipsis et factis*, in termini quindi consuetudinari. L'interpretazione non è, quindi, soltanto '**del**' diritto, ma è anche '**nel**' diritto, partecipando quindi 'dal di dentro' al processo costitutivo della regola giuridica (§ 3).

La concezione romana è antitetica alla attuale rappresentazione del rapporto tra diritto ed interpretazione. L'interpretazione oggi è considerata esterna al diritto e quest'ultimo è considerato un quid statico e oggettivo. Essa si limita a lavorare sulle parole da interpretare e sul senso da dare alle stesse. La fuoriuscita dell'interpretazione dal diritto, come attività esterna, è rappresentativa di una ideologia giuridica moderna caratterizzata dalla vittoria politica della legge, quale fonte principale del diritto all'interno dei modelli politici della democrazia rappresentativa.

3. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*

A. «*Ius a iustitia appellatum est*»

«La **dottrina pura del diritto** è una **teoria del diritto positivo**. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo og-

getto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 48).

Con queste parole, Kelsen esprime la concezione del diritto contemporaneo quale forma normativa positiva.

La concezione contemporanea del diritto privilegia, infatti, la forma sulla sostanza. Il diritto odierno si considera rappresentato nella forma della norma giuridica (imperativo ipotetico: se è A, deve essere B) caratterizzata dalla natura della doverosità giuridica (a differenza delle norme di cortesia o dalle norme etiche) che si attua grazie alla forza coercitiva del potere pubblico che, nel giuridico contemporaneo, assume per lo più la veste della sovranità statale. In questa prospettiva, il contenuto della norma giuridica è come tale irrilevante o meglio è pre-validato dalla norma superiore, che presidia la procedura di creazione della norma. Quindi è diritto la legge costituzionale, la legge ordinaria, il decreto legge, il decreto legislativo, il decreto ministeriale, il regolamento amministrativo, ecc. nella sua rappresentazione formale validamente posta (e quindi anche sempre diritto positivo) e non per il contenuto che le norme giuridiche hanno.

Le diverse fonti di produzione del diritto si assumono in un rapporto di gerarchia, ma nel loro insieme sono valide perché validamente poste secondo le regole dell'ordinamento nel quale operano, a prescindere dal contenuto che assumono, quale «complesso di norme».

Il diritto, quindi, nella prospettiva attuale ed in una rappresentazione più banale e semplicistica, potremmo considerarlo come un contenitore e non un contenuto.

A differenza delle concezioni odierne, i giuristi romani definiscono il *ius* (termine che possiamo rendere con la parola italiano diritto) come *ars boni et aequi*. La definizione di *ius* del giurista adrianeo Celso, tramandata nelle prime parole del Digesto di Giustiniano (Ulpiano l. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.), è una definizione di genere e differenza specifica. Il genere *ars* evidenzia la natura arti-

ficiale del diritto, correlata strettamente alla natura umana del fenomeno relazionale. Qui *ars* (in italiano *arte*, più artificio che scienza, in greco *techne* e non *epistēme*) esprime un *quid* di dinamico, non rappresentativo di un contenuto percepito in chiave statica. Il produrre, interpretare ed attuare sono inclusi in una visione dinamica del giuridico, i quali non possono eludere ciò che è per il giurista Celso la stella polare del *ius* come *ars*, cioè il *bonum et aequum* (§ 2).

Aequum qui non sta per ‘equità canonica’ (cioè la deviazione per ragioni di opportunità dalla regola comune normalmente applicata), ma sta per ‘eguale’. La misura del diritto come arte significa alimentare il giuridico, nella produzione, nell’interpretazione e nell’attuazione, con l’eguagliamento di posizioni (se sentite eguali) e differenziazione di regime giuridico per le posizioni diseguali.

Ma di quale eguaglianza si sta parlando?

Come è noto le società antiche, ed anche quella romana, conoscono la schiavitù (§ 5). In più a Roma il diritto (vd. § 10) tende a distinguere con precisione le posizioni giuridiche (*status*) di ogni essere umano, valorizzando il momento comunitario. Qui si esprime l’idea fondamentale della eguaglianza proporzionale e non formale.

B. *La giustizia: Ulpiano contro Kelsen*

Il tema fu oggetto della lezione di congedo di Kelsen dall’insegnamento nel 1952, lezione poi pubblicata nel 1953 ed inserita nella sua seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960) come appendice al più ampio studio; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960.

Significative sono le sue conclusioni al riguardo:

«Poiché Gesù di Nazareth ha ammesso di essere un re durante l’interrogatorio davanti al governatore romano, ha detto: “Sono nato e sono venuto in questo mondo per rendere testimonianza alla verità”. Al che Pilato chiese: “Che cos’è la verità?”. Lo scettico romano evi-

dentemente non si aspettava alcuna risposta a questa domanda, e nemmeno il santo ne diede una. Perché dare testimonianza alla verità non era l'essenza della sua missione di re messianico. Era nato per portare testimonianza della giustizia, la giustizia che voleva che operasse nel regno di Dio. E per questa giustizia è morto sulla croce. Quindi dietro la domanda di Pilato "che cos'è la verità?" ne sorge una più potente, dal sangue del Cristo crocifisso, l'eterna domanda dell'umanità: "che cos'è la giustizia?". Nessun'altra questione è stata discussa con tanta passione, nessun'altra domanda ha versato così tanto sangue prezioso, tante lacrime amare, nessun'altra domanda ha riflettuto così profondamente le menti più illustri – da Platone a Kant. Eppure questa domanda è rimasta senza risposta oggi come non lo è mai stata. Forse perché è una di quelle domande per le quali vale la saggezza rassegnata che l'uomo non riesce mai a trovare una risposta definitiva, ma può solo cercare di chiedere di meglio. ... Ho iniziato questo trattato con la domanda: che cos'è la giustizia? Ebbene, alla fine, sono ben consapevole di non aver risposto a questa domanda. La mia scusa è che sono in buona compagnia al riguardo. Sarebbe più che presuntuoso far credere ai miei lettori che posso fare ciò che i più grandi pensatori non sono riusciti a fare. E infatti, non so e non posso dire cosa sia la giustizia, la giustizia assoluta, questo bel sogno dell'umanità. Devo accontentarmi di una giustizia relativa e posso solo dire che cos'è la giustizia per me. Poiché la scienza è la mia professione e quindi la cosa più importante della mia vita, è che la giustizia sotto la cui protezione può fiorire la scienza, e con la scienza la verità e la sincerità. È la giustizia della libertà, la giustizia della pace, la giustizia della democrazia, la giustizia della tolleranza»¹.

¹«Da Jesus von Nazareth in dem Verhör vor dem römischen Statthalter zugab, ein König zu sein, sagte er: 'Ich bin geboren und in diese Welt gekommen, um Zeugnis zu geben für die Wahrheit'. Worauf Pilatus fragte: 'Was ist Wahrheit?' Der skeptische Römer erwartete offenbar keine Antwort auf diese Frage, und der Heilige gab auch keine. Denn Zeugnis zu geben für die Wahrheit war nicht das Wesentliche seiner Sendung als Messianischer König. Er war geboren, Zeugnis zu geben für die Gerechtigkeit, jene Gerechtigkeit, die er in dem Königreich Gottes verwirklichen wollte. Und für diese Gerechtigkeit ist er auf dem Kreuze gestorben. So erhebt sich hinter der Frage des Pilatus: Was ist Wahrheit? aus dem Blute des Gekreuzigten eine andere, eine noch viel gewaltigere Frage, die ewige Frage der Menschheit: Was ist Gerechtigkeit? Keine andere Frage ist so leidenschaftlich erörtert, für keine andere Frage so viel kostbares Blut, so viel bittere Tränen vergossen

La posizione del secondo Kelsen (del c.d. Kelsen americano) sull'individuazione di un problema della giustizia nasce dalla prospettiva formale della sua concezione del diritto. L'insieme di norme come caratteristico del diritto separa il diritto dai suoi contenuti, che, come già detto, si fanno storicamente cangianti, ma pur sempre e comunque validi se così posti. La giustizia, quale contenuto essenziale del giuridico, diviene un problema. In altri termini, la giustizia è un problema che Kelsen si crea ed al quale – dati i presupposti della sua teoria pura del diritto – non può rispondere.

Val la pena ripercorrere la sua critica alla definizione di giustizia che troviamo sia nel Digesto che nelle Istituzioni imperiali.

D. 1.1.10 pr. Ulpianus *libro primo regularum*

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

“La giustizia è la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto”.

I. 1.1 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.*

“La giustizia è la volontà costante e perpetua che attribuisce a ciascuno il suo diritto”.

worden, über keine andere Frage haben die erlauchtsten Geister – von Platon bis Kant – so tief gegrübelt. Und doch ist diese Frage heute so unbeantwortet wie je. Vielleicht, weil es eine jener Fragen ist, für die die resignierte Weisheit gilt, dass der Mensch nie eine endgültige Antwort finden, sondern nur suchen kann, besser zu fragen. ... Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, dass ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz.».

Per Kelsen saremmo di fronte ad una «*Leerformel*» (una formula vuota) in quanto la chiave interpretativa dell'insegnamento ulpiano sarebbe proprio nell'individuazione del criterio 'distributivo/attributivo' del diritto (in Kelsen da intendere come diritto soggettivo). Chi attribuisce a ciascuno il suo diritto? Per Kelsen sarebbe, appunto, l'ordinamento giuridico stesso che nella sua determinazione positiva sancirebbe attraverso le norme ciò che viene riconosciuto come meritevole di tutela e quindi attribuibile al soggetto. Ciò porta a svuotare l'affermazione ulpiana di qualsiasi contenuto precettivo, in quanto giusto sarebbe qualsiasi ordinamento giuridico, per il sol fatto di essere lo strumento di riferimento per decidere quali siano i diritti soggettivi spettanti a ciascuno, ed al di là del fatto che tale ordinamento sia nella realtà delle cose il peggiore e più ingiusto ordinamento che possa esistere sulla terra.

La concezione romana di giustizia, a detta di Kelsen, quindi sarebbe una formula vuota in quanto tesa a giustificare qualsiasi ordinamento giuridico.

In realtà, coerentemente alla visione antica, giustizia è nella rappresentazione del giurista romano una virtù soggettiva universale. L'uomo giusto è colui che è dotato di una volontà (non occasionale, ma costante e duratura) di 'apporzionare' a ciascuno il diritto che gli spetta (non in senso soggettivo, ma in un significato ampio, incluse le eventuali sanzioni per le condotte considerate illecite).

Che la giustizia sia virtù umana è dimostrato dal *genus* di attrazione della categoria, la volontà, che non è come crede Kelsen la volontà dell'ordinamento giuridico positivo, ma la volontà dell'uomo giusto. La giustizia romana si dota di una connotazione universale (cioè una possibile virtù di qualsiasi essere umano), senza però rinunciare al suo ruolo essenziale nell'operare del giurista (*iustitiam colimus*/coltiviamo la giustizia) e nella stessa sua relazione col diritto (*ius a iustitia appellatum est*/il diritto è chiamato così dalla parola giustizia).