

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Storia del diritto

**IL DIRITTO DEL MARE TRA SPONTANEITA' E
CONSUETUDINE**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Romano Ferrari Zumbini

CANDIDATA

Lucia Bonventre

Matr. 097083

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Enrico Michele Genta Ternavasio

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

“Ogni diritto organizzato è sempre sovrapposto ad un diritto non organizzato ad esso sottostante, ed ogni diritto non organizzato ha sempre la tendenza a coprirsi di una crosta più stabile e più fredda di diritto organizzato. Tra questi due piani fondamentali della realtà giuridica sussiste, tuttavia, una perpetua tensione, – che – deriva dal fatto che il diritto organizzato non riesce, nel suo schematismo riflesso, ad esprimere appieno il diritto non organizzato più dinamico e più ricco di contenuto”¹.

¹ G. GURVITCH, *Sociology of Law*, London, 1953, trad. it. *Sociologia del diritto* a cura di S. COTTA, Milano, Edizioni di Comunità, 1957, p. 193.

INDICE

Introduzione	1
 Capitolo I. La consuetudine	
1. Considerazioni preliminari	4
2. La consuetudine: fonte di diritto, fonte normativa	7
3. Requisiti della consuetudine e principali dottrine	
3.1. Decorso del tempo	9
3.2. Teoria materialistica o romano-canonistica	11
3.3. Teoria spiritualistica o pandettistica	13
3.4. Teoria dell' <i>opinio iuris et necessitatis</i>	15
3.5. Teorie sulla materia regolata	16
3.6. Teoria giurisprudenziale o moderna	18
3.7. Teoria eclettica	19
4. Rapporti tra consuetudine e legge	21
5. Consuetudine superiore alla legge	22
6. Consuetudine pari alla legge	24
7. Consuetudine inferiore alla legge	25
8. L'evoluzione del diritto, tra consuetudine e legge	26
9. La reciprocità	27
10. La desuetudine	32
11. La prassi	34
 Capitolo II. La spontaneità	
12. La spontaneità nella storia	36
13. L'ordine spontaneo di Hayek	
13.1. Prime intuizioni tra gli esponenti della Scuola austriaca di economia: Carl Menger e Ludwig von Mises, Friedrich August von Hayek	38

13.2. Tesi a confronto: Norberto Bobbio, Friedrich August von Hayek, Sergio Cotta.....	41
13.3. I concetti di ordine spontaneo e di ordine di mercato	44
13.4. Friedrich August von Hayek secondo Rodolfo Sacco: i crittotipi	49
13.5. Normazione spontanea: il Sumo giapponese	51
13.6. Latenza del diritto e fonti mute	52
14. Bruno Leoni e la questione della “scientificità del diritto”	55
14.1. Ordine economico, ordine giuridico	58
14.2. L’evoluzione del diritto presso le civiltà greche e romane	61
15. Paolo Grossi: riflessioni sulla proprietà	67
15.1. Proprietà collettive ed usi civici: istituti “viventi”	70
16. Modelli di spontaneità	
16.1. La vendetta barbaricina	79
16.2. Il tricolore	81
16.3. Nascita e diffusione dell’ <i>interim</i> ministeriale	82
16.4. Decreto legislativo e decreto-legge	85
16.4.1. Fattispecie del decreto legislativo	86
16.4.2. Fattispecie del decreto-legge	88

Capitolo III. Origine ed evoluzione delle consuetudini marittime

17. Storia delle consuetudini marittime	90
18. Epoca pre-romana, cenni	91
19. Epoca romana	
19.1. La legge delle XII Tavole	93
19.2. <i>Ius gentium</i>	93
19.3. Il <i>Foenus nauticum</i>	96
19.4. L’avaria nella <i>Lex Rhodia de iactu</i>	98
20. Età Media	100
20.1. <i>Ius commune maritimum</i>	102
20.2. <i>Nomos Rhodion Nautikos</i>	103
20.3. Statuti delle Città marinare	104
20.4. <i>Libre de Consolat de Mar</i>	106
20.5. <i>Ius naufragii</i>	107
20.6. <i>Rôles d’Oléron</i>	109
20.7. <i>Ordonnance de Louis XIV</i>	110

21. Età moderna	111
21.1. Il diritto marittimo uniforme	112
21.2. Verso la globalizzazione del diritto	115
21.3. Il diritto comune europeo	117
21.4. Il diritto della navigazione nel contesto attuale	119

Capitolo IV. Evoluzione delle consuetudini nel diritto del mare

22. Nozione di consuetudine internazionale	122
22.1. Consuetudini particolari: sentenza CIG, 20 novembre 1950 sul diritto di asilo	123
22.2. <i>L'opinio iuris</i> : sentenza CIG, 20 febbraio 1969 sulla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord	126
23. L'evoluzione del rapporto tra diritto e spazio: l'importanza delle distese marittime	132
23.1. La libertà del mare: Francisco Vázquez e Ugo Grozio	138
23.2. Il dominio del mare: i Proclami degli Stuart e John Selden	142
23.3. La soluzione: Cornelius Van Bykershoek e Ferdinando Galiani	144
23.4. Verso un concetto uniforme di diritto del mare	146

Conclusioni	153
--------------------------	-----

Note bibliografiche	156
----------------------------------	-----

Siti internet consultati	163
---------------------------------------	-----

INTRODUZIONE

Lo studio degli istituti della consuetudine e della spontaneità del diritto vuol essere un contributo per mettere in risalto luci ed ombre, affinità e difformità, tra fenomeni che hanno caratterizzato la storia dell'umanità e che hanno influito e plasmato gli ordinamenti giuridici attuali. Per comprendere il presente occorre quindi volgere lo sguardo indietro, alle origini, alle radici su cui poggiano le nostre conoscenze. Il tema della consuetudine, affrontato nel Capitolo I dell'elaborato, è stato oggetto di ampie elucubrazioni e profonde disamine di esperti giuristi e cultori della materia. Diverse sono le teorie che si sono susseguite, da quella *materialistica*, fondata sulla volontà del popolo, ossia sul *tacitus consensus populi*, a quella *spiritualistica*, sorta in reazione alla prima, in cui rileva l'elemento psicologico e non anche l'elemento materiale, che perde ogni valenza costitutiva e conserva soltanto l'efficacia probante dell'esistenza della consuetudine; ed ancora, la teoria dell'*opinio iuris et necessitatis*, incardinata sul coefficiente interno, ossia sul convincimento dei consociati che un certo comportamento sia obbligatorio; al polo opposto, la teoria *monistica oggettiva*, che rifiuta fermamente il requisito dell'*opinio iuris*: dal riconoscimento di quest'ultimo deriverebbe l'errore dei singoli individui di ritenersi obbligati ad un certo comportamento in virtù di una norma che obbligatoria non è, ma che può diventarlo proprio grazie a quel comportamento ripetuto nel tempo. La *teoria giurisprudenziale*, inoltre, si incardina sulla natura giurisprudenziale della consuetudine, tale perché *justiciable*. E per ultima, la soluzione *eclettica* che, operando una *reductio ad unum*, unisce e mescola insieme gli elementi costitutivi elaborati nelle precedenti teorie. Un'ulteriore tesi che viene in rilievo è quella fondata sul principio di reciprocità, che secondo alcuni costituisce la ragion d'essere della consuetudine stessa. Parallelamente, viene analizzato il concetto della desuetudine che, pur non ricevendo particolare attenzione nell'ordinamento italiano, non può essere totalmente ignorato, in virtù degli effetti che realizza nei sistemi legislativi. Il Capitolo II, invece, è incentrato sull'analisi e sull'approfondimento della nozione di spontaneità, ancora oggi non espressamente definita. Gli esponenti della Scuola storica tedesca, primo tra tutti Friedrich Carl von Savigny, ed i componenti della Scuola austriaca di economia, tra cui Carl Menger, Ludwig von Mises e Friedrich August von

Hayek, si sono dedicati allo studio ed alla elaborazione di un ordine spontaneo, economico e sociale; sebbene si tratti di costruzioni giuridiche da tenere ben distinte dai fenomeni giuridici spontanei su cui verte l'elaborato, il richiamo a tali dottrine è volto a dimostrare vicinanza e sensibilità al tema della spontaneità. Tale concetto è stato ripreso e sviluppato da Rodolfo Sacco che, nell'ambito della latenza normativa, ha predisposto i crittotipi, e da giuristi coevi, tra cui Mark D. West che ha individuato nelle regole del Sumo giapponese un vero e proprio sistema di regole spontanee. Intuizioni in tale direzione si riscontrano anche nel pensiero di Bruno Leoni, che individua una *sfera pre-razionale* del diritto, in quanto non creato volontariamente dalla mente umana, e di Paolo Grossi, sostenitore della spontaneità del diritto, come si evince dallo studio degli usi civici e delle proprietà collettive.

Ma esempi di spontaneità si riscontrano anche negli scritti di Antonio Pigliaru, che indaga sul fenomeno del banditismo, ben radicato nel tessuto sardo e sulle regole di vendetta, non scritte e parallele alle leggi dello Stato; e ancora, la nascita e la diffusione del tricolore, dell'*interim* ministeriale, del decreto legge e del decreto legislativo sono solo alcuni dei molti accadimenti spontanei destinati a trovare legittimazione nell'ordinamento giuridico nazionale. Anche le consuetudini marittime sono il frutto di pratiche spontanee, oltre che di consuetudini e prassi diffuse, nate dall'esigenza, avvertita sin dalle epoche più risalenti, di garantire stabilità dei rapporti commerciali e certezza del diritto. La terza parte dell'elaborato è infatti incentrata sul rapido *excursus* storico delle consuetudini nell'ambito del diritto del mare, dall'epoca pre-romana, fino alla recente conquista di un diritto marittimo uniforme. Infine, nel Capitolo IV, si approfondisce il tema della consuetudine internazionale, fornendo una definizione precisa, anche sulla base di pronunce giurisdizionali della Corte Internazionale di Giustizia: elementi costitutivi sono la *diuturnitas* e l'*opinio iuris*, come si evince dalla sentenza del 20 febbraio 1969 sulla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord. Anche l'elaborazione dei concetti di mare territoriale, zona contigua, piattaforma continentale e zona economica esclusiva, è il risultato di pratiche e costumanze, poi divenute parte integrante di Convenzioni internazionali. L'importanza di usi, consuetudini e pratiche spontanee affiorati nel corso della storia, non può certo relegarsi negli anfratti del passato, ma dev'essere rievocata anche nel mondo attuale, che ne è suo frutto, perché, come sosteneva il noto giornalista e saggista Indro Alessandro Raffaello Schizogene Montanelli, "Un popolo che ignora il

proprio passato non saprà mai nulla del proprio presente”.

CAPITOLO I

LA CONSUETUDINE

1. *Considerazioni preliminari*

La consuetudine ha ricoperto il ruolo di fonte primaria già nelle società primitive. Quanto più rudimentali si mostravano i conglomerati, tanto più il diritto consuetudinario appariva esclusivo di ogni altra fonte, perdendo gradualmente - a seguito dell'evoluzione del gruppo sociale da esso regolato - la forza, fino a ridursi a fonte meramente suppletoria¹.

Le regole sociali possono trarre la loro origine dalla tradizione, dalle autorità pubbliche, dalla necessità o anche dalla natura delle cose; le consuetudini appartengono alla prima categoria, in quanto radicate nella tradizione. La consuetudine è stata oggetto di particolare interesse nello scenario giuridico e, sebbene molteplici siano state le classificazioni, possono agevolmente individuarsi elementi comuni².

Inserita da Paolo Grossi tra le concretizzazioni del diritto, la consuetudine è definita “un fatto umano che viene ripetuto durevolmente, perché in esso la coscienza collettiva rinviene un valore da serbare ed osservare”³. La sua superficie, intrinsecamente plurale, si estende territorialmente nella collettività e cronologicamente nella tradizione. Quindi, in sostanza, la consuetudine si compone di condotte uniformi destinate a reiterarsi nel tempo; ciò spiega come la sua ottemperanza sia basata sulla convinzione della sua utilità, e per questo sia rispettata spontaneamente⁴.

Nella stessa direzione si era già mosso Alfonso X, un monarca che, attorno alla metà del tredicesimo secolo, ha rivestito un ruolo determinante nella redazione del diritto castigliano e secondo il quale:

¹ Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 15-16.

² Cfr. N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964, p.426.

³ P. GROSSI, *Prima lezione*, Bari, Laterza, 2003, p.100.

⁴ Cfr. G. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, fasc. 1-3, p. 18.

“Consuetudine è diritto o *fuero* che non è scritto, che il popolo ha usato anticamente lasciandosi guidare da lui in quelle cose e per quelle ragioni per cui lo usavano. Ci sono due tipi di consuetudine: il primo è detto in latino *specialis*, cioè consuetudine usata in qualche luogo determinato e che deve essere conservata in questo luogo ed in nessun altro; in secondo è chiamato *generalis*, vale a dire che si tratta di una consuetudine appartenente a tutto il regno”. Tale enunciazione, preziosamente custodita nella memoria della successiva dottrina civilistica spagnola, è tuttora tenuta in larga considerazione, in quanto incardinata sul dato storico. Parlare storicamente di consuetudine porta a chiedersi se se sia sempre esistita, in ogni epoca ed in ogni raggruppamento sociale, una fonte di diritto che, a prescindere dalla qualificazione, possa coincidere con la definizione alfonsina di consuetudine. La risposta al quesito è fornita da Giambattista Vico, che compie una felice divisione tra il mondo plasmato da Dio e quello forgiato dall’uomo e afferma che “natura di cose altro non è che nascita di esse in certi tempi e con certe guise, le quali sempre che sono, indi tali e non altre nascono le cose” e che “*Idem ipse mihi videor; sed perenni accessu et decessu rerum, quae me intrant, a me exeunt, quoquo temporis momento sum alius*”.

Ortega y Gasset, con una brillante metafora, che riconduce inevitabilmente al mito platonico, spiega come le idee siano poste in un altro mondo e come talvolta alcune di esse riescano a localizzare, tra gli uomini in un dato periodo storico, i pori attraverso cui penetrare nel mondo umano, abbandonando momentaneamente il proprio. Gli uomini, però, non sempre scelgono nuovi termini per riferirsi a questa nuova idea, piuttosto si servono di parole già disponibili, le quali acquistano così accezioni diverse.

Francesco Calasso, che si è dedicato molto allo studio della consuetudine, ha mostrato come essa stessa sia da considerarsi “fenomeno che si riproduce fatalmente in tutte le epoche in cui il potere pubblico non è forte e vigile, o la legislazione non risponde in tutto alle esigenze dei tempi”⁵. In questo modo, Calasso ha postulato un’interrelazione tra legge e consuetudine; quest’ultima occupa una posizione di subordine, in quanto la sua esistenza dipende dalle lacune della prima e dalla inoperosità del legislatore, il quale o non procede all’abrogazione di leggi ormai in disuso o non fornisce risposta a nuove incertezze sorte dalle vicende quotidiane. L’Autore non cade in

⁵ F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p.88.

contraddizione quando aggiunge che la consuetudine costituisce, non la fonte di diritto applicata in reazione alla inefficienza del potere legislativo, ma anzi la fonte originaria di ogni sistema giuridico, che resiste alla nascita della legge e alla sua evoluzione. E così continua: “Ogni sistema giuridico che ha raggiunto lo stadio della *lex scripta* possiede anche una quantità più o meno vasta di norme per così dire allo stato libero, che vivono, maturano, si svolgono nella pratica di tutti i giorni spontaneamente, senza alcun intervento di quegli organi, ripetutamente e uniformemente osservate dai soggetti dell’ordinamento”. Ed aggiunge: “È intuitivo, dunque, che il vero problema della consuetudine nasce come problema di rapporti tra questa e la legge: e, malgrado la generalità del fenomeno consuetudinario – che spiega facilmente, pensando che la consuetudine è la fonte più antica del diritto – nasce come problema concreto, che non può ragionarsi, cioè, con astratti concetti di consuetudine e di legge, perché il diritto consuetudinario, nella sua genesi e nei suoi svolgimenti, assume forme e caratteri particolari entro ciascun ordinamento giuridico, e conseguentemente i suoi rapporti con la legge possono risultare differentissimi da ordinamento a ordinamento e, entro ciascun ordinamento, da epoca a epoca”⁶.

La posizione di subalternità rispetto alla legge non ostacola il riconoscimento dell’importanza delle consuetudini, specie se coincidenti con la pratica o, per utilizzare l’espressione di alcuni filosofi spagnoli, con una “forma di vita”. La legge migliore è infatti quella che fissa per iscritto una consuetudine, perché rispecchia un diritto che risponde a quello spirito popolare al quale Savigny si riferiva, e che al contempo soddisfa le esigenze di sicurezza e pubblicità giuridiche⁷. Dunque a fondamento del nostro ordinamento giuridico c’è la tradizionale antitesi tra le due modalità di formazione del diritto: la consuetudine da un lato, la legge dall’altro. “La consuetudine rappresenta il modo spontaneo, naturale, incoscienza, informale, contrapposto a quello riflesso, artificiale, cosciente, formale. Ancor più plasticamente, la consuetudine rappresenta il diritto che nasce direttamente dai conflitti sociali esistenti in una determinata società, la legge il diritto che nasce dalla società attraverso l’intermediazione di un potere organizzato. La forza da cui scaturisce la prima è quella della tradizione; la forza da cui nasce la seconda è quella di una volontà dominante: l’una

⁶ F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, cit., p. 182.

⁷ Cfr. A. IGLESIA FERREIÓS, *Consuetudine* in *A Ennio Cortese*, vol. II, Roma, Il Cigno edizioni, 2001, pp. 196-198.

impersonale, l'altra personale o personificata”⁸. In nessuna aggregazione sociale manca uno dei due dati normativi, sono entrambi presenti in maniera più o meno intensa.

La dottrina dei paesi che hanno subito l'influenza del diritto romano e delle codificazioni moderne ha trascurato l'importanza del dato consuetudinario nel processo di formazione del diritto: ci si è limitati più che altro a circoscriverne la portata ed i limiti o, al più, a spiegarne la natura riconducendolo al disegno del legislatore o all'intento del giudice.

La ricerca del diritto consuetudinario è attualmente quasi del tutto delegata alla dottrina internazionale, sebbene non manchino sporadici segnali di rivalutazione anche nell'ordinamento interno⁹.

2. La consuetudine: fonte di diritto, fonte normativa

Nella catalogazione delle fonti del diritto vi rientra indubbiamente anche la consuetudine. A destare incertezze è però il significato dell'espressione di *fonti del diritto*, che può essere intesa diversamente in base all'accezione utilizzata. Una rilevante dicotomia si individua nella articolazione tracciata da Norberto Bobbio, nei suoi lavori degli anni sessanta ed inerenti la consuetudine ed il fatto normativo, poi pubblicati nella *Enciclopedia del diritto*¹⁰. Egli, infatti, intende per fonte di cognizione “il complesso dei materiali da cui l'organo autorizzato a emanare norme giuridiche trae il contenuto della disposizione che esso pronuncia; per fonte di produzione, il fatto che un determinato ordinamento giuridico considera idoneo a produrre norme giuridiche. La mancata distinzione tra i due significati è causa talora di confusione o di difficoltà meramente verbali: ad esempio, la dottrina, cioè il complesso delle opere dei giuristi è fonte di cognizione per eccellenza, quella da cui il legislatore e il giudice traggono più frequentemente i materiali per elaborare norme giuridiche; le decisioni dei giudici sono nello stesso tempo fonti di produzione giuridica nel singolo caso deciso, o con riguardo a casi futuri dove vige il principio del precedente; la legge, che è di solito la fonte di produzione per eccellenza, diventa fonte di cognizione per i giurista che ne trae la maggior

⁸ N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964, p.426.

⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, cit., pp. 426-427.

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, fasc. II, pp.536 ss.

parte dei materiali per le proprie costruzioni scientifiche”¹¹. Se, quindi, la definizione di “fonti di produzione del diritto” per nulla si discosta dall’uso comune di tale locuzione, quella di “fonti di cognizione”, al contrario, se ne discosta molto; infatti ci si riferisce in tale ultimo caso non tanto ai documenti che immobilizzano e permettono la conoscibilità del contenuto delle norme, ma piuttosto a quei fatti non-normativi o pre-normativi ai quali legislatori e giudici attingono. Ne discende che anche la cosiddetta “natura delle cose” deve essere ricompresa nella categoria delle fonti di cognizione: se, infatti, non può sostenersi che la natura non genera direttamente norme, non può al contempo obiettarsi che il legislatore deve prima prender coscienza e conoscenza delle cose, per poi procedere a qualsiasi regolamentazione.

Per quanto riguarda la consuetudine, è pacifica la sua collocazione tra le fonti di cognizione; più controversa la sua sistemazione tra le fonti di produzione: affermare ciò condurrebbe ad ammettere la sua idoneità a generare regole di condotta e conseguentemente a ritenere queste ultime norme giuridiche. Se il primo assunto è tendenzialmente ammesso dalla generalità, il secondo ha incontrato non pochi contrasti: ad essere contestata è la capacità della consuetudine di produrre regole giuridiche, non anche regole di costume¹².

Nella voce *Fonte normativa*, contenuta nell’*Enciclopedia del diritto*, Bobbio procede ad un ulteriore sviluppo, che consiste nella chiarificazione dell’espressione “fatto normativo”, da intendersi come fatto in grado di costituire, modificare ed estinguere una regola di condotta; si tratta quindi di un fatto qualificato in tal modo da una fonte di produzione del diritto.

L’Autore distingue inoltre due significati del termine “fatto”, che può stare ad indicare tanto un fatto non qualificato, quanto un fatto non volontario, in contrapposizione con l’ “atto”. Ne deriva che un fatto non volontario ma idoneo a produrre diritto è appunto la consuetudine¹³. Attribuire alla consuetudine il carattere di fatto normativo porta Bobbio a concludere che essa non necessita di altro presupposto che della sua idoneità a porsi come regola di condotta¹⁴. Argomentando tale tesi, egli sostiene che: “Considerato il diritto consuetudinario come un fatto

¹¹ N. BOBBIO *Consuetudine (Teoria generale)*, cit., p. 427.

¹² Cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto*, cit., pp. 536 – 537

¹³ Cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto*, cit., p. 540.

¹⁴ Cfr. G. LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto, Problemi e tendenze attuali, studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 231.

normativo, si è implicitamente risposto alla domanda che sta alla base di ogni discussione e costituisce il punto di scissione delle varie dottrine, da Georg Friedrich Puchta in poi: se la consuetudine abbia valore costitutivo o meramente ricognitivo, vale a dire se la ripetizione degli atti che costituiscono nel suo complesso la consuetudine, l'*usus* nel senso tradizionale, crei essa stessa la nuova norma giuridica o semplicemente sia rivelatrice di una norma giuridica preesistente. La tesi sin qui sostenuta non lascia dubbi sul valore costitutivo della consuetudine". E continua: "Il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è un fondamento al di fuori della consuetudine, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita"¹⁵.

3. Requisiti della consuetudine e principali dottrine

3.1. Decorso del tempo

Requisiti decisivi per la nascita di regole consuetudinarie sono stati tradizionalmente elaborati dalla dottrina giuridica dando vita a vere e proprie Scuole. Innanzitutto è stata elaborata la dottrina dei requisiti esterni, che rappresentano il coefficiente materiale della consuetudine. Primo tra tutti è il requisito temporale, il decorso del tempo, relativo alle condotte che costituiscono il nucleo della regola e che vengono reiterate per un certo arco di tempo.

Il decorso del tempo sufficiente alla formazione di una consuetudine non deve essere necessariamente predeterminato quantitativamente; nel diritto canonico la disciplina prevista per la prescrizione si applica per analogia anche alla consuetudine; ciò permette di individuare un certo numero di anni necessario per la formazione della consuetudine; una disposizione simile non si rinviene, però, negli attuali ordinamenti, nei quali il decorso del tempo è requisito spesso rimesso al libero apprezzamento del giudice.

Nell'ordinamento anglosassone, la consuetudine doveva necessariamente presentare la caratteristica di essere lontanissima, immemorabile; era indispensabile poterne provare l'esistenza già prima del 1189,

¹⁵ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, p.36.

anno in cui salì al trono Riccardo I.

Invece, dal diritto comune in poi, sono stati enucleati alcuni requisiti propri delle regole consuetudinarie, anche se talvolta non perfettamente coincidenti. In linea generale se ne possono comunque enumerare cinque: generalità, uniformità, costanza, frequenza, pubblicità. Il primo requisito, quello di *generalità*, impone che la condotta reiterata non debba riguardare il singolo, ma una moltitudine di persone, la maggior parte delle persone interessate; il secondo, quello di *uniformità*, implica che la generalità di individui deve tenere lo stesso comportamento nella medesima situazione (tuttavia tale requisito è già connaturato nella nozione stessa di ripetizione, in quanto solo comportamenti uniformi possono dar luogo alla reiterazione); il terzo, quello della *costanza*, indica che la ripetizione non deve subire interruzioni; la *frequenza* invece richiede una successione di brevi intervalli della condotta in questione; infine, l'ultimo, quello della *pubblicità* prescrive che l'oggetto della regola consuetudinaria non sia un comportamento tenuto segretamente. I requisiti in esame sono vevoli ed applicabili alle consuetudini che attengono ai rapporti tra privati; esempi ne sono gli usi commerciali o quelli agricoli. Diverso è il discorso per le consuetudini formatesi nel diritto pubblico o in quello internazionale: in tali casi il fattore temporale riveste un ruolo di minore importanza e non è mai prevista la *longi temporis praescriptio*.

A differenza di quanto avviene per i privati, per gli organi pubblici, dotati di potestà d'imperio, la creazione di regole consuetudinarie richiede tempi più rapidi, fino ad arrivare al caso limite in cui il talvolta il Parlamento può con un solo atto innovativo generare una nuova norma costituzionale non scritta: in tal caso, però, non può correttamente parlarsi di diritto consuetudinario, mancando del tutto il requisito intrinseco della consuetudine stessa, vale a dire la ripetizione dei comportamenti; può invece, più correttamente, identificarsi il "precedente": se ne deduce che, per quel che attiene gli organi dotati di potere d'imperio, accanto alle regole consuetudinarie si distinguono i precedenti. Il decorso del tempo è di per sé idoneo a determinare la formazione di una regola consuetudinaria, tuttavia non è sufficiente per la genesi di una regola giuridica. Anche il costume è il frutto di consuetudini; ma per poter distinguere il costume o le norme morali da una regola giuridica non basta l'elemento materiale della reiterazione. Il *discrimen* è stato talvolta ricercato nel soggetto che pone la regola, talaltra nei destinatari, talaltra ancora nella materia regolata o anche nelle modalità

sanzionatorie. Stesso percorso è stato tracciato per individuare la giuridicità delle norme consuetudinarie¹⁶.

3.2. Teoria materialistica o romano-canonistica

La dottrina romano - canonistica è stata quella dominante fino allo sbocciare della scuola storica, attraversando il diritto romano e quello comune, e influenzando tanto il diritto civile quanto quello canonico, quello interno e quello internazionale¹⁷.

Come per ogni altro istituto giuridico, anche per la consuetudine non è possibile risalire oltre il diritto romano. Neanche il sistema giuridico ellenistico conteneva una concezione organica dell'istituto in esame. Basta richiamare la testimonianza di Cicerone, secondo il quale ogni altro diritto civile “*praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum*”¹⁸. I giureconsulti romani consideravano il diritto consuetudinario una fonte parallela alla legge, poiché anch'esso trovava la sua forza nella volontà popolare. Venne elaborata, così, la nozione di *tacitus consensus populi*, che rinveniva nella forza del popolo la causa legittimante della legge e, parimenti, della consuetudine. La concezione del parallelismo germinale delle fonti in questione – le uniche due pacificamente riconosciute nell'epoca romana – era quindi sottesa ad assegnare una posizione predominante alla volontà arbitraria del popolo, depositario del potere legislativo¹⁹. Sotto questo aspetto, quindi, nessuna distinzione tra diritto consuetudinario e legge, in quanto entrambi trovano fondamento nella volontà del popolo. Il distinguo riposa solo nelle modalità di manifestazione della volontà, espressa nella legge, tacita nella consuetudine. In un noto passo, nel quale si vuol evidenziare che legge e consuetudine sono poste sul medesimo piano, Giuliano scrive: «*Nam quid interest suffragio populus*

¹⁶ Cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 428 – 429.

¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 429.

¹⁸ M. T. CICERONE, *De Oratore*, Liber I, 44 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

¹⁹ Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 1-28.

voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?» (D. 1,3,32,1)²⁰. L'evoluzione politico-istituzionale segna, tuttavia, evidenti mutamenti di tale principio, allorché il potere legislativo, dal popolo, sarà concentrato nelle mani del principe. Perciò, glossatori e canonisti, intenti ad armonizzare la tesi romana con le concezioni di monarchia assoluta prima, e di supremazia ecclesiastica poi, si valsero, rispettivamente, della *delega reale* o *auctoritas*; più precisamente venne elaborata la teoria della *patientia principis* o *Gestattungstheorie*, come definita da Zitelmann²¹, o, ancora, del *tacito consenso dell'imperatore*.

In verità, l'obiettivo era negare l'autonomia della fonte consuetudinaria, per la prima volta definita *ius consuetudinarium*, essendo uno strumento pericoloso per il regime monarchico. Conferma ne è il fatto che, già nel periodo pre-bolognese, si era affermato il principio della supremazia della legge rispetto alla consuetudine, estrinsecato nel precetto *nulla consuetudo superponatur legi*²². Particolare importanza viene poi riconosciuta al coefficiente materiale, a tal punto da renderlo predominante su quello psicologico. In un primo momento, glossatori come Placentino e il di lui discepolo Azzone, facevano riferimento all' "uso immemorabile"²³; successivamente la consuetudine venne equiparata alla "*longi temporis praescriptio*". Sebbene l'elemento spirituale abbia rivestito una minore importanza, ha sollevato dubbi circa il *quorum* da raggiungere per il riconoscimento dell'efficacia giuridica del consenso; in ogni caso, il consenso, sia se legittimato con la totalità del popolo, sia dalla sola maggioranza, presupponeva in ogni caso l'implicito assenso del principe²⁴. A quest'ultimo veniva inoltre riconosciuta la facoltà di abrogare qualunque consuetudine, soprattutto se in contrasto con il bene pubblico²⁵. La prevalenza dell'elemento materiale è stata ulteriormente enfatizzata dalla dottrina canonistica, fino a frustrare del tutto la componente psicologica,

²⁰ N. BOBBIO nell'opera *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 429, rinvia per un commento al passo appena citato a STEINWENTER, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, in *Studi in onore di Bonfante*, vol. II, Milano, Treves, 1930, pp. 419-441.

²¹ A. ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrtum* in *Archiv für die civilistische Praxis*, LXVI, 1883, p. 362, richiamato espressamente da Bobbio alla nota 8 dell'opera *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 429.

²² C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, I, *Le fonti*, Firenze, Barbera, 1902, p. 111 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

²³ S. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht: eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Parte 1, *Geschitliche Grundlegung*, Breslau, 1899, pp. 105 – 107 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964. Cfr. F. FLUMENE, *La consuetudine nella dottrina civilistica medievale*, Sassari, Stamperia della libreria italiana e straniera, 1931, p.18.

²⁴ F. FLUMENE, *La consuetudine nella dottrina civilistica medievale*, cit., p. 25, nota 65.

²⁵ F. FLUMENE, *La consuetudine nella dottrina civilistica medievale*, cit., pp. 71 – 74.

identificando nell'*auctoritas* del principe il requisito fondante della consuetudine. Si arriva ad attribuire il *tacitus consensus* al principe, che si surroga al popolo legislatore; così viene inteso dalla dottrina successiva e codificato nel *Codex iuris canonici* (artt. 25-30).

3.3. Teoria spiritualistica o pandettistica

La scuola storica ha reagito energicamente alla dottrina romano-canonistica. A fondamento di tale elaborazione vi è chiaramente il coefficiente psicologico (anche definito come morale, spirituale, intellettuale, *innere Moment*, *Rechtsüberzeugung*, *Volksüberzeugung*, o ancora, convinzione giuridica). I pandettisti, tra cui Georg Friedrich Puchta e Friedrich Carl von Savigny, sostengono che il diritto preesiste nella percezione popolare, mentre gli atti sono soltanto uno strumento utile per la sua individuazione; non viene mai conferita loro la capacità di originare il diritto, ma al più, di dimostrarne la presenza²⁶. Puchta, in particolare, riteneva che fossero tre le modalità di formazione del diritto: l'accordo naturale delle convinzioni, la legislazione e la scienza, dalle quali, rispettivamente, discendono la consuetudine, il diritto emanato e il diritto scientifico. Creatore di ogni forma di diritto è il popolo, non già lo Stato. Tuttavia la fonte prima, quella da cui diritto legislativo e diritto scientifico derivano, è il diritto popolare, del quale la consuetudine ne è manifestazione e prova. Georg Friedrich Puchta²⁷ formula tre corollari: il diritto consuetudinario è creato dal popolo, sorge in modo immediato e si estrinseca nel costume, ossia nella condotta generale, costante, uniforme. Si capovolge la tesi tradizionale: il diritto non è più frutto del costume; al contrario, è il costume ad esser frutto del diritto. Perciò il requisito materiale della ripetizione non è dato costitutivo, ma mezzo di prova del diritto consuetudinario. Diversamente dalla teoria canonistica, che fondava la consuetudine nella volontà del legislatore, Puchta ribatteva che lo Stato traeva il suo potere proprio dalla convinzione popolare²⁸. Per cui, prima fonte del diritto è, come affermato da Puchta stesso, *das Volksgeist* (*Volk* = popolo, e *Geist* = spirito). Ne deriva che il *Gewohnheitsrecht*, il diritto

²⁶ Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, cit., pp. 21 - 25.

²⁷ Cfr. G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, Palm, voll. I e II, 1828, analizzato da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, 2008, vol. I, pp. 19 ss.

²⁸ Cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 430-431.

consuetudinario, è già vivente ancor prima di esser individuato nelle forme esteriori. La persuasione giuridica costituisce quindi il fondamento della consuetudine, radicata non già nel convincimento del singolo, ma in quello della comunità, nonché la manifestazione evidente del coefficiente psicologico. Il diritto consuetudinario viene perciò riportato alla dimensione di fonte primaria. La scuola storica stravolge l'ordine degli elementi costitutivi della consuetudine, fino a misconoscere l'efficacia di quello materiale; solo quello psicologico è in grado di plasmare la consuetudine. Così Savigny diceva: "È lo spirito popolare, vivente e operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo; il quale, perciò, non a caso, ma necessariamente si rivela unico ed identico alla coscienza dei singoli individui"²⁹. La rigidità di tali formulazioni ha tuttavia subito nel tempo forti attenuazioni. Lo stesso Savigny, pur affermando che "la consuetudine è dunque l'inizio del diritto positivo, non la sua causa originaria", confessa l'esistenza di "parecchie regole particolari, le quali hanno un'esistenza meno sicuramente determinata; queste possono costituirsi per mezzo dell'uso ripetuto, che le rende più chiare e certe nella coscienza del popolo"³⁰. Ma i più apprezzabili temperamenti alle originarie enunciazioni di tale dottrina attengono all'apprezzamento del fattore temporale; Beseler, Gierke, Derbun – non tutti classificabili come seguaci della scuola storica – ne ammettono la rilevanza sullo spirito umano. Dice Bernhard Windscheid: "Nessun animo umano può sottrarsi al potere del fatto che ha potuto affermarsi per lungo tempo; ciò che è stato per lungo tempo, solo per ciò ne appare quale diritto"³¹. L'elemento materiale, in un primo momento ridotto ai minimi termini, va via via riacquistando una sua dimensione, fino al punto da assurgere a requisito determinante per la validità della consuetudine. Sarà poi la dottrina moderna a collocare i due fattori, quello psichico e quello materiale, su un piano di parificazione³².

²⁹ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. A. Scialoja, Torino, Utet, 1886, I, p.43.

³⁰ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, p. 60.

³¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., FADDA e BENZA, Torino, Utet, 1930, I, p. 52, nota 2.

³² Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, cit., pp. 21 - 25.

3.4. Teoria dell' *opinio iuris et necessitatis*

La teoria dell' *opinio iuris et necessitatis* è focalizzata non sugli individui che pongono la norma, ma sui destinatari, ossia su coloro ai quali la norma è rivolta. Ciò che permette di distinguere le norme giuridiche dal costume è il requisito interno, psicologico, ossia il convincimento che un dato comportamento sia obbligatorio, perché conforme a norme giuridiche valide e giuste; di conseguenza una condotta contraria è percepita come illecita e suscettibile esser sanzionata. La regola consuetudinaria è quindi accolta e condivisa, non imposta. Tale teoria non deve esser confusa con la precedente, fondata invece sulla volontà del popolo; prima di ogni altra osservazione, occorre analizzare il dato meramente terminologico e precisare che il significato di *opinio* è credenza, e non volontà; inoltre la volontà del popolo è un dato collettivo che precede lo svolgimento della consuetudine, mentre invece l' *opinio iuris* è un atteggiamento individuale e contestuale alla formazione della consuetudine o, secondo alcuni, addirittura successivo. Convinzione e volontà popolari creano diritto consuetudinario prima ancora della ripetizione; l' *opinio iuris* è invece parallela o successiva.

Jean Polydore Haesaert stabilisce che è l'atteggiamento degli uomini a determinare l'elemento distintivo tra diritto e costume: di dipendenza nel primo caso, di libertà nel secondo. Zitelmann invece afferma che il valore giuridico di una norma, sia essa di diritto consuetudinario o legislativo, deriva dalla rappresentazione del singolo individuo circa la ripetizione e applicazione futura. Si è cercato, attraverso tale dottrina che lo stesso Zitelmann ha definito psicologica, di ridurre la legge alla consuetudine, contrariamente a quanto avveniva nella teoria della volontà del popolo, in cui si è tentato di riportare la consuetudine alla legge.

3.5. Teorie sulla materia regolata

Il prevalere del positivismo giuridico ha determinato il tramonto delle teorie spirituali e così anche del requisito dell' *opinio iuris*, accettato dalla giurisprudenza, ma criticato dalla dottrina. Tra gli oppositori Hans Kelsen, nell'ordinamento austriaco, e Francesco Ferrara, in quello italiano. Ammettere il requisito dell' *opinio iuris* determinerebbe il verificarsi di un paradosso. Da una parte si sostiene che la norma giuridica non si costituisce se manca l' *opinio*; dall'altra l' *opinio* presuppone che la norma in questione si sia già costituita. Per superare l' *impasse* o si ammette che la struttura dell' *opinio* è costruita su un errore - ciò significa che l'obbligatorietà di una certa condotta è fondata sulla erronea convinzione della esistenza di una norma giuridica, norma che in vero non esiste - oppure ci si limita a riconoscere che l' *opinio* non ha valore costitutivo, perché il convincimento della obbligatorietà presuppone l'esistenza effettiva di una norma, in realtà inesistente; dunque, in quest'ultimo caso, si attribuisce all' *opinio* una mera valenza probatoria e si finisce per negare proprio quello che si voleva dimostrare, ossia la centralità dell' *opinio* per la formazione di regole giuridiche consuetudinarie.

Ferrara, invece, partendo dalla critica della teoria predetta, snoda la sua teoria secondo cui diviene diritto solo quel costume "che cade su un oggetto per sua natura è capace e passibile di una disciplina giuridica"³³; nello stesso senso si è mosso Remo Franceschelli, che afferma che consuetudine giuridica è quella che "verte su una materia che per il carattere dell'interesse in conflitto, o per la sua stessa natura, sia giuridica (non sociale o di etichetta, ecc.)"³⁴ e specifica che il giudice non crea la norma consuetudinaria, ma anzi "non fa che accertare che, nella fattispecie sottopostagli, il comportamento ripetuto si è avverato rispetto ad un rapporto o interesse meritevole di tutela giuridica secondo le regole valide in quel momento nell'ordinamento in cui opera"³⁵.

Mario Longo si riferisce all'uso giuridico come "prassi relativa a fatti di rilevanza giuridica», e quindi per riconoscere l'esistenza di usi giuridici, è sufficiente che vi sia "in un campo di rilevanza giuridica

³³ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano, Parte generale*, Roma, Athenaeum, 1921, pp.125 ss.

³⁴ R. FRANCESCHELLI, *Consuetudine*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, Utet, 1959, p.324 a.

³⁵ R. FRANCESCHELLI, *Consuetudine*, *cit.*, p.324 b.

una prassi e cioè un'abitudine"³⁶. Alf Ross, invece, davanti alla difficoltà nel distinguere fra costume e consuetudine giuridica, definisce quest'ultima "un costume in una sfera di vita che è (o diviene) oggetto di regolamentazione giuridica"³⁷; egli non accorda all'*opinio necessitatis* il carattere costitutivo della consuetudine giuridica, in quanto spiega come la diversità³⁸ tra una consuetudine che disciplina il sistema di pagamento delle merci e quella che prevede l'utilizzo della toga nelle università, è nella regolamentazione: la modalità di pagamento è disciplinata giuridicamente, mentre la modalità di abbigliamento non lo è.

Alcune critiche che sono state mosse a tal riguardo; infatti si è obiettato che esistono "materie-limite", oggetto cioè di regolamentazione giuridica in alcuni ordinamenti e non in altri; per di più si è osservato che anche in materie disciplinate dal diritto è possibile rivenire regole di costume e, all'inverso, in materie non regolate dal diritto possono rinvenirsi regole giuridiche. La distinzione tra "la consuetudine che tramanda regole meramente estrinseche e non necessarie all'esistenza del gruppo e la consuetudine che tramanda regole incidenti sulla struttura, sulla natura, sulle finalità stesse del gruppo" ha costituito uno strumento per tracciare una decisa linea di demarcazione tra regola del costume e regola consuetudinaria giuridica; tale metodo, sebbene sia stato da alcuni criticato – Giannini ha definito tale "essenzialità tanto tanto grigia"³⁹ – è stato da altri condiviso; in particolare da Antonio Pigliaru che, nella elaborazione di consuetudini relative alla vendetta barbaricina, fa ricorso a tale costruzione per individuare le regole giuridiche da ammettere e quelle non giuridiche da rifiutare⁴⁰; per fare un esempio, l'abitudine di procurare al traditore un taglio alla gola prolungandolo da un orecchio all'altro è stata eliminata perché considerata estrinseca, non essenziale alla vendetta⁴¹.

³⁶ M. LONGO, *Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico*, in *Temi*, Milano, Giuffrè, 1949, p.526.

³⁷ A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, pp. 93 – 94 in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

³⁸ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., Cedam, Padova, 1942, p.77.

³⁹ M. S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1947, p.92.

⁴⁰ A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, pp.62 ss.

⁴¹ Cfr. N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, cit., Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964, pp. 432- 433.

3.6. Teoria giurisprudenziale o moderna

Da alcuni è definita anche come teoria di Édouard Lambert, sebbene questi non sia né l'ideatore, né l'unico sostenitore. Ne ha tuttavia, e più di altri, fornito una completa ed esaustiva elaborazione; è il più "documentato", per usare i termini scelti da Norberto Bobbio. Lambert pone la regola secondo cui la consuetudine giuridica trova origine nella pratica giudiziaria⁴². Egli, prendendo in considerazione i suoi predecessori Sumner-Maine, Post, Kohler, afferma che i tre studiosi indicati "*arrivent à cette conclusion commune que, pendant les phases anciennes de l'évolution sociale, la coutume a ses racines dans la pratique judiciaire*"⁴³. Ulteriore ruolo svolto dai magistrati è quello "*de création juridique, de participation à l'œuvre indispensable de développement et de transformation progressive du droit*"⁴⁴. Secondo tale teoria, quindi, solo l'attività del giudice che applica al caso concreto una regola di costume comporta la trasformazione di quest'ultima in una regola giuridica.

A tale dottrina si ricollega il movimento della Scuola del libero diritto, sviluppatasi principalmente in Germania ed Inghilterra; tra i maggiori esponenti Hermann Kantorowicz, che sosteneva che il diritto è "il complesso delle regole della condotta esterna della cui applicazione è incaricato il giudice"⁴⁵; si differenzia dal costume per essere "*justiciable*" ossia "è suscettibile di essere applicato da un organo giudiziario con una procedura ben definita"⁴⁶. L'attività giurisdizionale è quindi la chiave di volta per conferire carattere giuridico ad una norma di costume.

Nella stessa direzione si è pronunciato John Austin, che procede alla distinzione tra modalità dirette ed indirette di creazione del diritto: alle prime appartiene il diritto giudiziario, che converte regole di costume in regole giuridiche. Più specificamente, Austin illustra come una regola del costume possa acquisire natura giuridica: con una decisione del sovrano o del giudice⁴⁷. Anche attualmente, negli ordinamenti anglosassoni, si ritiene che alla *common law* debba esser riconosciuta dignità di diritto giudiziario, e non invece consuetudinario. Nota comune a tutti i sostenitori di tale teoria, tra cui anche

⁴² Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, cit., pp. 25 – 26.

⁴³ É. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, I, pp. 209 e 218, in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

⁴⁴ É. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, cit., p. 192.

⁴⁵ H. KANTOROWICZ, *Legal Science, The Summary of its Methodology*, in *Columbia Law Rev.*, 1928, P.679 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

⁴⁶ H. KANTOROWICZ, *The definition of Law*, Cambridge, University Press, 1958, p.79 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

⁴⁷ Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, J. Murray, 1885, pp. 536 – 537, trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, a cura di M. BARBERIS, Bologna, Il Mulino, 1995.

Schultze, Bülow, Schuppe, Ross, è il minimo apprezzamento della consuetudine come fonte a sé stante; ricondurre il diritto consuetudinario alle decisioni giurisdizionali, porta a disconoscere un' autonoma dimensione al diritto consuetudinario. Inoltre, si è obiettato che la tesi in questione può trovare concreta applicazione solo per quel che riguarda le consuetudini giuridiche privatistiche, non anche per quelle pubbliche, ossia quelle provenienti da organi dotati di potere d'imperio, in quanto sono nettamente separate dal costume.

Un'altra critica, sollevata soprattutto da Schuppe e Rümelin, si fonda su un interrogativo; ci si chiede se il giudice, per risolvere una controversia, sia o meno libero di scegliere una regola di costume piuttosto che altre; nel caso in cui una tale ampia discrezionalità non venga riconosciuta, dovrà allora ammettersi l'esistenza di un diritto consuetudinario preesistente e vincolante per il giudice, al quale questi dovrà attenersi.

3.7. Teoria eclettica

Nessuna delle teorie fin qui esposte può definirsi in senso assoluto, la migliore. Sono state tutte elaborate per finalità diverse e non si escludono vicendevolmente; anzi, le ultime esposte si legano sinergicamente l'una con l'altra, fino a creare un circuito perfetto. “Cominciamo dalla teoria dell'*opinio iuris*. Essa si forma nel momento in cui l'utente ritiene probabile o addirittura certo che, se egli violasse la regola, il suo atto sarebbe considerato illecito dall'organo giudiziario incaricato di mettere in moto l'apparato della coazione. In altre parole, il requisito dell'*opinio* rimanda alla probabile applicazione della regola da parte del giudice per determinare la sanzione: il che val quanto dire che, dal punto di vista dell'utente, è giuridica quella consuetudine che egli ha fondate ragioni di credere (*opinio*) che il giudice applicherà. A sua volta la teoria del giudice rimanda a quella della materia: e infatti, con quale criterio questi applica e quindi rende esecutiva ai fini della sanzione una regola consuetudinaria, e ne esclude o ignora altre? Il maggior argomento che il giudice può addurre è fondato *ratione materiae*, cioè consiste nel dimostrare che essa ha una particolare rilevanza sociale, è necessaria, è giusta, risponde al fine del bene comune e così via. Infine

la teoria della materia rinvia a quella dell'*opinio* e il circolo si chiude: qual è il mezzo per provare che una materia ha particolare rilevanza sociale? Si osserva il comportamento dei consociati e le modalità di esso: si tenderà a rispondere che ha particolare rilevanza sociale, è giusta, è necessaria, quella regola, che è generalmente e costantemente ripetuta con la particolare convinzione della sua obbligatorietà. Questa funzione bivalente del requisito dell'*opinio*, che per un verso rinvia all'autorità del giudice e per l'altro verso prende avvio dalla materia giuridicamente rilevante, si rivela nella stessa espressione con cui la si designa abitualmente: *opinio iuris et necessitatis*. Essa può essere intesa tanto come previsione di un certo comportamento del giudice e quindi delle conseguenze che possono derivare dalla violazione, quanto come credenza che si tratti di una regola socialmente necessaria e quindi, per questo rispetto, doverosa. Uscire dal circolo si può solo facendo un passo ulteriore, abbandonando la considerazione tradizionale del diritto dal punto di vista della singola norma, e avvicinandosi alla più complessa e più comprensiva considerazione del diritto dal punto di vista dell'intero ordinamento giuridico. Dalla teoria dell'istituzione in poi l'attenzione dei giuristi è stata richiamata sul fatto che ciò che noi chiamiamo diritto è un fenomeno sociale complesso". E aggiunge: "Chiameremo diritto consuetudinario quelle regole, prodotte per ripetizione costante, generale, uniforme, ecc. che entrano a far parte di un ordinamento così definito. Vi sono due modi principali con cui una regola diventa parte di un ordinamento: 1) in quanto contribuisce a far sorgere e a far agire i poteri cui è affidato il funzionamento del meccanismo della sanzione; 2) in quanto offre ai poteri così costituiti criteri per il giudizio dei conflitti di interesse che possono sorgere tra i membri del gruppo (o tra questi e gli organi dirigenti). Pertanto, se noi partiamo dalla definizione sopra riportata di ordinamento giuridico, considereremo norme giuridiche tutte quelle che in quell'ordinamento adempiono all'una o all'altra delle due funzioni. Torniamo allora alla nostra domanda principale: quand'è che una regola del costume diviene una regola giuridica? In base alle considerazioni precedenti, si dovrebbe dire che una regola del costume diventa giuridica nel momento in cui diventa regola di un certo sistema giuridico. Ciò accade, accettata quella definizione di ordinamento giuridico, in questi due casi: 1) quando da tali regole dipende o a tali regole si ispira la formazione di organi costitutivi dell'ordinamento; 2) quando tali regole sono accolte dagli organi così costituiti come criteri per la risoluzione di un conflitto di interesse. Nella prima categoria rientrano le cosiddette

consuetudini costituzionali; nella seconda le consuetudini del diritto privato, compresi gli usi mercantili⁴⁸.

4. Rapporti tra consuetudine e legge

Legge e consuetudine, analizzate separatamente, descrivono periodi diversi dello sviluppo del diritto; quando la prima fiorisce florida, la seconda germoglia appena, dove l'una si estende, l'altra retrocede. È stato da alcuni affermato che le epoche più recenti si sono caratterizzate per il processo evolutivo della legge, cui specularmente ha corrisposto l'inviluppo della consuetudine. Per quanto riguarda i caratteri salienti delle due fonti, la dottrina ha studiato e sviscerato i punti di forza, come anche quelli di debolezza, di entrambe, al fine di spiegare l'avvicendamento dell'una o dell'altra nei secoli. La legge garantisce un più alto grado di certezza del diritto, in quanto *ius scriptum*. Provare l'esistenza di una regola scritta, sulla base della quale il giudice dovrà decidere, risulta sicuramente più agevole ed evita l'inconveniente di provare, oltre al fatto sul quale si fonda la pretesa, anche l'esistenza della regola da applicare.

Per evitare tale ostacolo, che invece il diritto consuetudinario causerebbe, ci si avvale generalmente del sistema di trascrizione di regole consuetudinarie in raccolte, che non conferiscono a queste ultime la forza vincolante della legge, ma consentono un maggiore livello di certezza. Di grande rilevanza e lungimiranza è stata la stesura di una raccolta di consuetudini intrapresa nel 1454 in Francia ad opera di Carlo VII con l'ordinanza di *Montils-les-Tours*, e terminata alla fine del secolo XVI. Nell'ordinamento italiano, nell'art. 9 Disposizioni preliminari al Codice Civile, si rinviene un espresso riferimento alle "raccolte di usi", per la cui redazione sono state incaricate le Camere di commercio, industria ed agricoltura con il T.U. 20 Settembre 1934, n.2011, ed il Ministero per l'industria e il commercio con l'art. 1 d.l. C.p.S. 27 Gennaio 1947, n.152. Se la legge assicura maggior certezza, la consuetudine, al contrario, garantisce più flessibilità. Proprio la Scuola storica ha messo in evidenza il contrasto tra duttilità della consuetudine e rigidità della legge,

⁴⁸ N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, cit., pp. 435 – 436.

che viene considerata come il frutto di scelte imposte al popolo da una minoranza investita di un discrezionale potere di legiferare. L'inflessibilità della legge comporta l'incapacità di disciplinare tutti i casi possibili e l'invecchiamento dinanzi a nuove fattispecie dovute all'evoluzione delle vicende storiche e sociali. Nelle intercapedini create dalla legge trova applicazione la consuetudine, talvolta anche contro il progetto del legislatore (*consuetudo praeter legem*). Laddove, invece, la legge fornisca una disciplina ambigua, la consuetudine ne precisa il significato, selezionando quello che più risponde ad un bilanciamento dei diversi interessi (*consuetudo secundum legem*). Altra prerogativa della legge è la celerità del procedimento di formazione, in contrapposizione alla lentezza della consuetudine, inadeguata nelle attuali società caratterizzate da continui mutamenti ed evoluzioni tecniche, sociali, culturali. Tuttavia, proprio a causa dell'estrema velocità con cui può subire variazioni, la legge può esser fonte di disordine e precarietà. Nonostante l'evidente preminenza della legge e, più in generale, delle fonti scritte, non può non riconoscersi la vitale presenza della consuetudine negli attuali ordinamenti nazionali ed internazionali.

5. Consuetudine superiore alla legge

Nell'interazione tra legge e consuetudine, quest'ultima può atteggiarsi a fonte superiore, pari o inferiore alla legge. Nel primo caso, la consuetudine posteriore ha forza abrogativa sulla legge precedente; in questo senso si ammette la legittimità della *consuetudo contra legem*, mentre, di converso, una legge successiva non abroga la consuetudine preesistente. Nel secondo caso, la consuetudine posteriore ha forza abrogativa sulla legge precedente, e viceversa; nell'ultimo caso, è solo la legge successiva ad esercitare la forza abrogativa sulla consuetudine, ma non avviene il contrario; di qui l'illiceità della *consuetudo contra legem*. L'ordinamento inglese offre un esempio di consuetudine superiore alla legge: nel secolo XVI William Blackstone sosteneva che: "Il diritto municipale inglese (...) può essere distinto con sufficiente proprietà in due specie: la *lex non scripta*, cioè il diritto non scritto, o il diritto comune; la *lex scripta*, cioè il diritto scritto legislativo. La *lex non scripta* include non solo le consuetudini generali o il diritto comune propriamente detto, ma anche le consuetudini particolari di certe parti del reame; e parimenti

quelle norme particolari, osservate per consuetudine solo in certe corti e giurisdizioni”⁴⁹. Già in precedenza, all’inizio del secolo XV, Sir Edward Coke ed altri rappresentanti del diritto comune, circoscrivevano la portata il potere legislativo detenuto dal sovrano, che incontrava il limite del diritto naturale da un lato, del diritto comune, quindi consuetudinario, dall’altro. Coke affermava che “il re coi suoi atti o con altri modi non può mutare parte alcuna della legge consuetudinaria o del diritto statutario o delle consuetudini del reame”⁵⁰. Ed ancora: “Talvolta il diritto consuetudinario controllerà gli atti del Parlamento e talvolta li giudicherà nulli”⁵¹. In quello stesso periodo, Thomas Hobbes, tra i più grandi teorizzatori del regime assolutistico inglese, invece mirava a demolire ogni resistenza del *common law* rispetto al potere sovrano. Il consolidato potere parlamentare, tipico del sistema costituzionale attuale, ha determinato un temperamento della iniziale rigidità dei sostenitori del diritto comune; tuttavia, Allen ha evidenziato come “un controllo generale del diritto comune sugli statuti non sia, comunque, interamente senza significato, pure al tempo presente, per quanto non giunga sino al diritto di resistere anche allo statuto più draconiano, purché questo esprima chiaramente la propria intenzione”. E aggiunge: “che il diritto comune è più ampio e fondamentale degli statuti e che, dovunque sia possibile, una legge deve essere interpretata in armonia coi principi stabiliti dal diritto comune più che in opposizione ad essi”⁵². Ciò non impedisce che uno statuto possa derogare al diritto comune; deve tuttavia trovare applicazione restrittiva ed essere intesa come legge speciale che, anche se inferiore, può legittimamente prevalere sulla legge generale.

⁴⁹ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, p.63, in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964

⁵⁰ E. COKE, *Reports*, p.65 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

⁵¹ E. COKE, *Reports*, *cit.*, p.118.

⁵² C.K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 378.

6. *Consuetudine pari alla legge*

L'ordinamento canonico costituisce la tipizzazione di un sistema in cui il diritto consuetudinario è meno vigoroso rispetto al quello anglosassone, ma certamente più forte rispetto alla maggior parte degli ordinamenti giuridici europei. All'interno del diritto ecclesiastico si manifestarono, sin dai tempi remoti, due movimenti, l'uno più favorevole alla consuetudine, l'altro meno, che riflettevano la plurisecolare contrapposizione che aveva appassionato i commentatori dei testi romani. Tra questi, Giuliano, che riconosceva alla desuetudine capacità abrogativa (D. 1, 3, 32) e Costantino che, al contrario, la negava (C. 8, 52, 2). Sebbene anche nel Decreto di Graziano inizialmente si affermava la superiorità della legge divina e di quella umana, successivamente il rigore di tale assunto ha ceduto il passo ad un orientamento più benevolo nei confronti della consuetudine. Nella bolla decretale *Quum tanto* di Gregorio IX si attribuisce alla consuetudine forza abrogatrice, pur nell'osservanza dei limiti della razionalità (*rationabilitas*) e della prescrizione (*legitima paescriptio*). Enrico da Susa, uno dei più importanti esponenti del diritto canonico del XIII secolo, noto come l'Ostiense, attribuiva alla consuetudine, tra le altre attitudini, quella di prevalere sulla legge precedente, abrogandola; nel secolo XIV Giovanni Andrea era invece fautore della teoria del totale equilibrio tra consuetudine e legge nella classificazione delle fonti; ne deriva che la consuetudine successiva abroga la legge precedente e, viceversa, la legge successiva abroga la consuetudine precedente. Nel libro VII della sua opera *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, Suarez conferiva alla consuetudine il potere di abrogare la legge civile e, ugualmente, la legge canonica. In un passo afferma: "*Regula certa est legem humanam sive canonicam, sive civilem, posse consuetudine abrogari*"⁵³. Poi proseguiva: "*In hoc omnes doctores conveniunt*". Infatti, la tesi della consuetudine abrogatrice è stata per secoli accolta dai *doctores* del diritto canonico, sino al momento in cui è stata positivizzata nel *Codex iuris canonici*, nel quale alla consuetudine era pacificamente riconosciuta la capacità di abrogare una legge umana, se dotata di razionalità e perdurante da quarant'anni; se invece vivente da oltre cento anni o da tempo immemorabile, possedeva l'attitudine a prevalere su quelle leggi che vietano consuetudini future.

⁵³ F. SUAREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, Padova, Cedam, 2010, p.200.

7. *Consuetudine inferiore alla legge*

Nei sistemi giuridici influenzati dal diritto romano e dalle moderne codificazioni, come la Francia e l'Italia, al diritto consuetudinario viene assegnata una funzione marginale e sussidiaria. La quasi unanime dottrina riconosce e ammette la validità della *consuetudo secundum legem* e, con qualche limitazione, della *consuetudo praeter legem*; di converso, è decisamente negata la configurabilità della *consuetudo contra legem*. L' art. 7 della legge francese 30 ventoso, anno XII, sopprimeva le consuetudini, sia generali, sia locali, che regolavano materie oggetto del Codice napoleonico; erano fatte salve solo quelle consuetudini esplicitamente richiamate dalla legge e quelle che riguardavano materie non disciplinate da altre fonti. Secondo la dottrina dominante, la legge non poteva essere abrogata che da altra legge; si vietava di fatto ogni forma di consuetudine *contra legem*. Lebrun ha fornito una schematizzazione del percorso evolutivo della consuetudine in Francia, che, però, ben può fungere da paradigma per tutti gli ordinamenti che sono stati caratterizzati dal fenomeno della codificazione: “Dal X secolo al XII il nostro diritto era stato puramente consuetudinario; poi, erano apparse le prime ordinanze. Il periodo monarchico aveva rappresentato una fase transitoria durante la quale la consuetudine non aveva cessato di decadere. Infine, venne la codificazione, e all'indomani della promulgazione dei codici, il nostro diritto diventò esclusivamente legislativo. La rivalità tra legge e consuetudine terminava con la sconfitta di questa ultima. La codificazione consacrava la sua rovina e il trionfo della legge”⁵⁴. Addirittura De Koschembahr – Lyskowski trovava che ammettere la consuetudine *contra legem* avrebbe condotto alla inevitabile conseguenza del regresso verso un sistema sociale meno avanzato, se non addirittura preistorico. Nell'ordinamento italiano, una corrispondenza alla consuetudine *praeter legem* era contenuta nell'art. 48 delle disposizioni di attuazione del Codice Civile del 1865, mentre per la consuetudine *contra legem* si faceva riferimento all'art.5 delle disposizioni sulla legge in generale. In particolare, l'art. 48 recitava che “gli usi e le consuetudini a cui il codice stesso espressamente non si riferiva” smettevano “di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo» «nelle materie che

⁵⁴ A. LEBRUN, *La coutume. Ses sources, son autorité en droit privé*, Paris, Thèse, 1932, pp. 135-136, in N.BOBBIIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

formano soggetto del nuovo codice”.

L'art. 5 delle disposizioni sulla legge in generale invece riconosceva solo alla legge la forza abrogativa, espressa o tacita, di un'altra legge; quindi, indirettamente, sanciva l'illiceità della consuetudine abrogativa. Così Stolfi: “La consuetudine è ormai ridotta a scarsissima importanza nel diritto civile” e Ferrara: “Del triplice valore che si attribuisce alla consuetudine: integrativa, interpretativa, abrogativa, non resta che il primo, e questo nei soli casi in cui la legge attribuisce tale efficacia”. Maggiore estensione era riservata alla consuetudine integrativa con le disposizioni del Codice del commercio del 1882, in cui l'art.1 stabiliva che, in assenza di norme legislative, si dovessero applicare gli usi commerciali: tuttavia, anche in questo ambito, era esclusa la configurabilità della consuetudine abrogativa.

8. L'evoluzione del diritto, tra consuetudine e legge

L'alternanza tra consuetudine e legge segna parallelamente il succedersi di epoche e società diverse. La consuetudine ha ricoperto un ruolo essenziale nelle epoche primitive e ha contrassegnato le organizzazioni barbariche, in cui il potere centralizzato era funzionale allo svolgimento di attività militari, mentre all'ordine religioso era affidata la disciplina giuridica; la consuetudine ha inoltre avuto un'efficacia collante in società frammentate, caratterizzate da una moltitudine di centri di potere, come quelle feudali; ed, ancora, in ordinamenti con nuclei di poteri dislocati geograficamente, come quello internazionale, che è privo di un ente centrale da cui promanano norme generali valevoli per l'intera comunità. Dunque il diritto consuetudinario trova il suo ακμή laddove un potere centralizzato è circoscritto o del tutto mancante. Tuttavia, a dispetto di quanto si era sostenuto dagli esponenti della dottrina legalistica del diritto, la consuetudine, anche negli ordinamenti più accentrati, non svanisce mai completamente, anzi rimane un elemento costante in tutti i sistemi giuridici. Ciascun ordinamento è efficace soltanto se le regole giuridiche in esso contenute sono osservate o sono fatte osservare, quindi, in ultima analisi, soltanto se tali regole sono ripetute dalla generalità in modo costante e uniforme; l'apparato resta in vita unicamente se le sue norme generano delle consuetudini. È pertanto rivalutata la portata della consuetudine, non più costretta entro i limiti della

formula di Paolo, che la definisce “*optima legum interpretes*” (D. 1, 3, 47), ma si estende fino a rappresentare lo strumento che tiene in vita la legge stessa; quest’ultima, quando perde il sostegno del consenso tacito, diviene lettera morta. Nome giuridiche e consuetudinarie non divergono poi molto: le prime richiedono la formazione della fattispecie astratta, cui segue l’appoggio della consuetudine; nelle seconde invece, emerge, in una prima fase la consuetudine, poi cristallizzata in una regola astratta. Fonte normativa e fonte consuetudinaria, più che due distinte modalità di creazione del diritto, costituiscono due momenti dello stesso fenomeno⁵⁵.

9. La reciprocità

“Quando si parla di norma consuetudinaria, si allude ad una regola sorta per imprescindibili esigenze sociali da un determinato stato di fatto e divenuta a poco a poco norma obbligatoria per la costante e uniforme ripetizione di una generalità di persone; le quali, mentre si obbligano, ignorano di obbligarsi in nome di una regola costituita; che d’altronde non esiste ancora perché esse stesse contribuiscono a formarla. Solo più tardi la serie di ripetizioni varrà ad ingenerare, mediante la forza dell’esempio, la convinzione che osservare quella regola sia necessario”⁵⁶.

La questione che di conseguenza viene sollevata è stabilire come nasca una regola sorta spontaneamente. La risposta arriva da Bronislaw Malinowski, contenuta nello scritto *Crime and Custom in Savage Society*, pubblicato nel 1926. Il suo intento è provare come tutte le società primitive siano incardinate su un principio di reciprocità, tale da permeare e incidere su ogni regola di comportamento. In particolare l’analisi di Malinowski si focalizza inizialmente sulle popolazioni melanesiane, insediate nell’arcipelago delle Trobriand. I pescatori appartenenti a villaggi costieri, una volta tornati a riva con il pescato, dividono alcuni mazzi di pesce con gli abitanti delle comunità interne; in cambio, questi ultimi forniscono regolarmente vegetali e altri prodotti della terra, ai pescatori. Si rinviene una organizzazione di reciproci prestazioni ed obblighi, fondati sull’accordo

⁵⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, cit., pp. 436 – 442.

⁵⁶ G. LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p.233.

delle due comunità. Malinowski spiega, infatti, che: “Questo accordo è in primo luogo economico. Esso ha anche un aspetto cerimoniale, perché lo scambio deve essere fatto secondo un elaborato rituale. Ma c’è anche l’aspetto giuridico, un sistema di obblighi reciproci che costringe il pescatore a ripagare ogni qual volta ha ricevuto un dono dal suo partner, e viceversa. Nessuno dei due partner può rifiutare, né può esser taccagno nel suo dono di ritorno, né dovrebbe ritardare”⁵⁷. Ciò che assicura il rispetto di tali vincoli è lo stretto rapporto di interdipendenza al quale sono legati i due villaggi. “Ciascuna comunità dispone di un’arma per far rispettare i propri diritti: la reciprocità”. Il fine di Malinowski non è solo quello di far emergere il principio di reciprocità che, nell’esempio fatto, è ancora in uno stato grezzo; egli vuole inoltre dimostrare, non che tutte le regole sociali siano norme giuridiche, ma che le regole giuridiche costituiscano un sottoinsieme all’interno della più ampia categoria del costume; ciò permette di pervenire a quella che egli stesso denomina “*una definizione antropologica del diritto*”: “Le norme giuridiche sono distinte dal resto in quanto esse sono avvertite e considerate come obblighi da parte di una persona e giusti diritti da parte di un’altra. Esse non sono sanzionate da un motivo puramente psicologico, ma da un definito meccanismo sociale di forze vincolanti, basato come sappiamo sulla reciproca dipendenza e realizzato nell’equivalente ordinamento di servizi reciproci”. E prosegue: “È forse superfluo aggiungere che il ‘diritto’ e i ‘fenomeni giuridici’, così come li abbiamo scoperti, descritti e definiti in una parte della Melanesia, non formano nessuna istituzione indipendente. Il diritto rappresenta un aspetto della loro vita tribale, un lato della loro struttura sociale, piuttosto che un ordinamento sociale indipendente. Il diritto non è contenuto in uno speciale sistema di decreti, che prevedano eventuali forme di inadempienza e forniscano appropriate barriere e rimedi. Il diritto è il risultato specifico della configurazione di obblighi che rende impossibile all’indigeno sottrarsi alla propria responsabilità senza subirne in futuro le conseguenze”⁵⁸.

Molte sono state le obiezioni mosse a Malinowski, criticato per aver formulato teorie generali pur disponendo di materiale di indagine limitato e parziale, per aver utilizzato indistintamente ed intercambiabilmente i termini *law* e *custom*. Ciononostante, non può non riconoscersi il merito di aver intuito e dimostrato il funzionamento del principio di reciprocità. Costituisce un’evoluzione più

⁵⁷ B. MALINOWSKI, *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972, p.61.

⁵⁸ B. MALINOWSKI, *Diritto e costume nella società primitiva, cit.*, p.91.

raffinata di tale meccanismo, quella fornita da Claude Lévi-Strauss nello scritto *Les structures élémentaires de la parenté*, pubblicato nel 1947. Egli osserva come il reciproco scambio di doni, oltre che un uso, costituisca anche un rito all'interno delle società primitive; inoltre acquista un valore più ampio di quello economico, fino a svolgere una vera e propria funzione sociale. L'analisi prosegue incentrandosi sul principio di reciprocità celato dietro regole che solo apparentemente sembrano esser giustificate da ragioni e valori diversi: questo è quanto si verificherebbe nel divieto di incesto, che solo ad un primo sguardo potrebbe sembrare un dettame di portata unicamente negativa. Così Lévi – Strauss sostiene che: “[...] l'aspetto negativo è soltanto l'aspetto superficiale della proibizione. Il gruppo in seno al quale il matrimonio è proibito evoca immediatamente la nozione di un altro gruppo dai caratteri definiti (proibizione dell'incesto accompagnata da un sistema esogamico) o invece vaghi (proibizione semplice senza esogamia) in seno al quale il matrimonio è, secondo i casi, o semplicemente possibile o inevitabile: la proibizione dell'uso sessuale della figlia o della sorella costringe a dare in matrimonio la proprio figlia o sorella ad un altro uomo, e nello stesso tempo crea un diritto sulla figlia o sulla sorella di quest'ultimo”⁵⁹. E avanti, continua: “La proibizione dell'incesto e l'esogamia costituiscono regole sostanzialmente identiche, differenziate fra loro soltanto da una caratteristica secondaria, e cioè sul fatto che la reciprocità, pur presente in ambedue i casi, è disorganica nel primo e invece organica ne secondo. Così come l'esogamia, anche la proibizione dell'incesto è una regola di reciprocità: io infatti rinuncio a mia figlia e a mia sorella a patto che anche il mio vicino rinunci alle sue”⁶⁰. “Vorrei sottolineare quanto è felice l'espressione “*a patto che*”, usata da Lévi – Strauss. Essa adombra quale sia spesso la motivazione profonda dell'adeguamento dei comportamenti umani a certe regole: l'aspettativa di un comportamento reciproco da parte di altri soggetti, meglio se da parte di tutti i membri della comunità”⁶¹. Interessanti sono poi le osservazioni mosse da Alvin W. Gouldner: nello scritto *The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement*⁶², illustra come il meccanismo della reciprocità sia combinato con le esigenze di sopravvivenza e sfruttamento; per non incorrere in equivoci, egli differenzia inoltre, la complementarietà dalla

⁵⁹ C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, Milano, Feltrinelli, 1969, p.98.

⁶⁰ C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, cit., p. 112.

⁶¹ G. LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p.237.

⁶² A. W. GOULDNER, *The Norm of Reciprocity*, in *American Sociological Review*, XXV, 1960, p.167 ss.

reciprocità. Il termine complementarità possiede almeno quattro significati diversi, per cui non sempre può essere utilizzato come sinonimo di reciprocità.

a) Complementarità può indicare che un diritto (α) di Ego nei confronti di Alter implichi un dovere ($-\alpha$) di Alter verso Ego.

Di conseguenza, se una comunità riconosce alla moglie il diritto di ricevere un sostegno alimentare dal marito, la stessa comunità riconosce, di converso, l'esistenza di un obbligo di sostentamento del marito nei confronti di sua moglie. È bene precisare, tuttavia, che se è vero che da un diritto discende un dovere, non è vero il contrario.

b) Complementarità può, inoltre, indicare che un dovere ($-\alpha$) di Alter verso Ego implichi un diritto (α) di Ego nei confronti di Tizio.

Per fare un esempio, un dovere di carità o di altruismo, come il comando di "porgere l'altra guancia", non può considerarsi un diritto del destinatario.

c) Complementarità può indicare che un diritto (α) di Alter nei confronti di Ego implichi un dovere ($-\omega$) di Alter nei confronti di Ego.

d) Infine, complementarità può indicare che un dovere ($-\alpha$) di Ego verso Alter implichi un diritto (ω) di Ego nei confronti di Alter.

Più che un meccanismo di reciprocità, ci si trova davanti a un sistema di complementarità nei primi due esempi, e di reciprocità negli ultimi, in cui ciascuna parte è titolare di diritti e destinataria di doveri; la complementarità, invece, comporta che i diritti di una parte coincidano con i doveri dell'altra e viceversa. Lo sviluppo ulteriore mosso da Gouldner, permette di domandarsi se, per avviare il meccanismo della reciprocità, è indispensabile che il dovere di Ego ($-\alpha$) sia difforme dal diritto (ω) di Ego stesso. Questo è quanto si verifica nelle comunità melanesiane, nelle quali il dovere dei pescatori di cedere una parte del pescato è collegato al diritto di ottenere indietro prodotti vegetali. Ed è anche quanto avviene quando le merci di scambio assumono un valore economico. Ma cosa avviene se nel rapporto di scambio entrambe le parti esercitano diritti e doveri della stessa natura? È il caso in cui Ego ha il dovere ($-\alpha$) verso Alter, che però implica il diritto (α) di Ego nei confronti di Alter. A onore del vero non esistono prestazioni esattamente uguali: si distinguono, se non altro, per il tempo ed il luogo in cui sono state effettuate. Tuttavia non sembra inesatto poter

configurare un rapporto di reciprocità anche laddove vi sia coincidenza tra il diritto dell'uno e il dovere dell'altro. Punto focale è proprio l'aspettativa della conformità del comportamento altrui rispetto al proprio; la coda davanti uno sportello ne è la prova lampante. Ciascuno rispetta la precedenza guadagnata da chi è arrivato prima e si mette in fila ; ma ciò non accade solo per spirito emulativo, ma anche e soprattutto perché ci si aspetta che chi arrivi successivamente, a sua volta rispetti la coda. Se così non fosse, ognuno tenterebbe di superare gli altri e finirebbero per prevalere i più forti. Se si risale indietro nel tempo, a procurare molte tracce della formazione di consuetudini è l'ambiente agricolo. Basti pensare alla abitudine generalmente accolta di tollerare l'ingresso sui propri fondi di cercatori di tartufi; tale uso è ancora perdurante e si bilancia con il riconoscimento dell'implicito diritto di ciascuno di godere, in circostanze analoghe, della medesima tolleranza; soddisfa tutti, più di quanto possa pregiudicare ciascuno. Similmente, in passato, per la raccolta dei funghi si accedeva ai boschi, senza aver cura di esser autorizzati legittimi proprietari; in tal caso la relazione di reciprocità è ancora più evidente. Ancora, l'attività del compascolo, che consiste nel far pasturare i propri capi di bestiame su fondi altrui dopo il raccolto principale; inizialmente era ammesso senza precisi accordi tra i proprietari dei terreni limitrofi, e, naturalmente, a condizione di reciprocità.

Altri esempi estratti dal mondo agricolo riguardano usi che corrispondono a prestazioni positive, come quello di prestare vicendevole aiuto nel compimento di attività agricole, come la mietitura o la vendemmia, che impongono una grande quantità di lavoro da svolgere in periodi di tempo ridotti; il rapporto di reciprocità in questo caso si esplicita nel provvedere a fornire ad altri lo stesso aiuto che si è ricevuto, vale a dire nell'eseguire una prestazione corrispondente e caratterizzata da un indiscutibile valore economico; nessuno sarebbe in grado, da solo, di svolgere le attività in questione in breve tempo. Regole di tale genere non appartengono solo a scenari passati, ma anzi si formano anche negli ordinamenti moderni: nei grandi centri urbani è invalsa l'abitudine di parcheggiare gli autoveicoli "a spina di pesce", ossia trasversalmente al marciapiede; viene quindi disatteso il dettato del Codice della strada, che invece prevede di posteggiare i veicoli in senso parallelo. La *ratio* di tale pratica è quella di permettere a più automezzi possibili di occupare lo stesso limitato spazio e non può esser considerata una pura e regolare inosservanza di una norma di legge. Deve piuttosto fornire lo spunto per una più ampia riflessione sulla esistenza del fenomeno della formazione spontanea di regole. Nel

caso di specie, si tratta di una regola che ha la sua *rationabilitas* nella esigenza di garantire a più utenti possibili il posteggio della propria automobile e, al contempo, che stravolge il contemperamento di interessi accolto dal Codice; si tollera lo schema “a pettine”, che restringe oggettivamente la carreggiata e riduce la velocità di marcia, a patto che, all’occorrenza, si possa posteggiare in modo non conforme alla regola generale. In conclusione, sembra quanto mai chiaro che la spinta determinante per la formazione di una regola spontanea è proprio l’aspettativa di un comportamento reciproco da parte dei consociati⁶³.

10. *La desuetudine*

Il concetto di desuetudine riveste un’importanza marginale nell’ordinamento italiano, in cui ogni riflessione è stata offuscata dal riflesso dell’art. 15 della Disposizioni preliminari al Codice Civile, il quale recita che “Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore”. Tuttavia, in altri ordinamenti, con un’impronta più positivista, come quello francese, la desuetudine costituisce oggetto di indagini approfondite⁶⁴. Il legislatore napoleonico, mirava a realizzare un *Code* che accogliesse un diritto evidentemente derivante dalla tradizione giuridica romana e, al contempo, dal *droit coutumier*, e che quindi potesse esprimere la “*raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses*”⁶⁵. Jean – Étienne Portalis aveva sottolineato come le regole *positae*, scritte, restano cristallizzate nella fattispecie astratta che le racchiude, mentre gli uomini “*ne se reposent jamais*”⁶⁶. Perciò, “*une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges*”⁶⁷. Proprio in occasione dei lavori di stesura del *Code Napoléon*, si avanzò la proposta, in realtà non accolta, di conferire al *coutume* pari dignità

⁶³ Cfr. G. LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, cit., pp. 232 - 247.

⁶⁴ Cfr. G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, fasc. 1-3, p.22.

⁶⁵ J. E. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, Ed. Confluences, 1999, p.15.

⁶⁶ J. E. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, cit.,

⁶⁷ J. E. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, cit .

della legge scritta. Se una tale richiesta fosse stata soddisfatta, anche alla desuetudine, concretata in *coutume* contraria alla legge, sarebbe stato riconosciuta un potere effettivo. Alcuni hanno osservato che costume e consuetudine non coincidono obbligatoriamente⁶⁸. Pur accogliendo tale obiezione, non può negarsi che il costume, inteso come pratica costante e diffusa, è da sempre considerato uno strumento di formazione normativa; tuttavia, può accadere che anche la disapplicazione di una norma possa esser frutto di una prassi consolidata. Dinanzi quindi a leggi che non vengono osservate, perché in definitiva sono trascurate anche da coloro che hanno il compito di dar loro applicazione e di comminare sanzioni in caso di violazioni, spetta all'interprete stabilire cosa rimanga della loro effettività⁶⁹. Talvolta hanno asserito che la desuetudine «*tue les lois*», sebbene «*il est préférable de ne pas le dire*»⁷⁰; ciononostante è stato proprio William Shakespeare, con sapiente abilità, a chiarire che talora “*The law hath not been dead, though it has slept*”⁷¹. In altre parole, secondo tale suggestiva tesi, il disuso può “addormentare” ma non determinare la “morte” di una legge; si ritiene “che, dunque, il non-uso abbia potuto svolgere un ruolo simile a quello svolto, per restare sul grande palcoscenico del mondo di William Shakespeare, dal *poison of a poor ‘pothecary* nella celebre quanto *Most Excellent and Lamentable Tragedy*”⁷². In conclusione, quando la disapplicazione di una norma si verifica perché è divenuta, col il trascorrere del tempo, estranea alla società cui era destinata, pur essendo in qualche misura ancora funzionale ad essa, compete al giudice verificare se il disuso abbia soltanto “addormentato” la regola, che potrebbe “risvegliarsi” e creare una situazione di permanente incertezza; o invece la desuetudine abbia comportato la “morte” della norma, già “assopita”, e la definitiva rimozione dall'ordinamento del quale faceva parte⁷³.

⁶⁸ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil-Introduction*, Paris, 1992, p.261, in in F.S. NISIO, *Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 35, Milano, Giuffrè, 2006.

⁶⁹ Cfr. G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, fasc. 1-3-, p.22-24.

⁷⁰ J. GHESTIN – G. GOUBEUX – M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, in *Triaté de droit civil*, Paris, 1994, p.514, in G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004.

⁷¹ W. SHAKESPEARE, *Measure for measure*, Act II, Scene II in G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004.

⁷² G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, fasc. 1-3-, p. 24.

⁷³ Cfr. G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, *cit.*, pp. 1 – 24 .

11. *La prassi*

Un istituto da tenere ben distinto dalla consuetudine è la prassi, dal greco *πρασσειν*, agire, anch'essa caratterizzata dalla costante e generale reiterazione di condotte e procedure da parte di una cerchia di soggetti appartenenti ad una determinata comunità⁷⁴.

È generale convincimento che la rilevanza dell'istituto della prassi sia decisamente scarsa nell'ordinamento italiano: se da un lato è difficoltoso identificare la prassi con le regole norme positive, dall'altro risulta altrettanto faticoso ricondurla ai modelli legali di produzione del diritto senza associarla e congiungerla alle modalità di creazione del diritto consuetudinario.

Tuttavia è indiscutibile il valore e l'efficacia esplicita dalla prassi, come indiscutibile è il contributo che essa offre al diritto, in continuo ed irrefrenabile mutamento, così come affermato da Kelsen nella teoria dinamica del diritto⁷⁵, con le più disparate modalità e forme, sempre meno legate alla volontà dell'*auctoritas* e a modelli espressamente tipizzati.

Gli effetti che ne derivano “non si producono in virtù della legge e in consapevole attuazione di esse, ma per il modo in cui la legge viene intesa e attuata nelle cose, senza atti o procedimenti che interpretino il precetto, attraverso procedimenti e comportamenti ripetutamente assunti da coloro ai quali spetta il compito di operare nell'organizzazione preposta all'attuazione della legge. E ciò indipendentemente dal fatto che gli uffici di questa organizzazione si siano posti oppure no, il problema dei limiti del contenuto precettivo e della validità della regola che attraverso il suo costante ripetersi, si afferma nella realtà pratica al pari di una regola giuridica”⁷⁶.

La prassi consiste, quindi, nella reiterazione generale e costante di condotte praticate da una collettività in un determinato territorio, ed esula dai modelli tipici, ossia predeterminati legalmente, di produzione di leggi, regolamenti e consuetudini.

Diversamente da questi ultimi, la prassi prescinde dalla *volutas populi*, intesa nel senso più lato del termine, come volontà e determinazione dei membri di una comunità, come fine delle disposizioni normative e della coscienza collettiva. Tantomeno può affermarsi che chi pone in essere una prassi

⁷⁴ Si veda F. PIGA, *Prassi amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, XXXIV, p. 842.

⁷⁵ Questa considerazione è in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, p.131.

⁷⁶ F. PIGA, *Prassi amministrativa*, *op. cit.*, p. 843.

agisce sulla base del convincimento della doverosità di una tale condotta: manca inoltre l'elemento della *opinio iuris et necessitatis*. Ai fini della configurabilità di una prassi è quindi soltanto richiesto il requisito della ripetizione costante, omogenea e coerente di un certo comportamento.

Modi di agire ed operare concretamente si rinvengono in vari settori del diritto, sebbene particolare rilevanza ha rivestito la prassi amministrativa, in relazione al funzionamento di organi ed istituzioni pubblici. “E poiché, nell'ambito di una determinata struttura funzioni o servizi si svolgono con il ripetersi di procedimenti e di fatti, la prassi esprime, nelle cose, il modo naturale di applicazione di un ordinamento che non si attua tanto in virtù di leggi o atti normativi quanto di comportamenti e fatti. (...) Se dunque il valore della prassi va ricercato nell'autorità del fatto, e perciò nella forza o nella natura delle cose è evidente come al formarsi della prassi sia essenziale una capacità d'iniziativa e una certa libertà di giudizio, riconosciute ad uffici che esprimono funzioni o attività pubbliche. Vi sono infatti alla base del processo formativo della prassi oltre a valutazioni di legalità e di possibilità giuridica di una decisione, di un comportamento, di una attività, anche considerazioni o rilievi di utilità generale, di opportunità, criteri di convenienza economica, regole tecniche, esigenze di equità, se non addirittura necessità pratiche o doveri oggettivamente imposti cui sarebbe altrimenti impossibile o assai difficile adempiere”⁷⁷.

⁷⁷ F. PIGA, *Prassi amministrativa*, op. cit., p. 845.

CAPITOLO II

LA SPONTANEITÀ

12. La spontaneità nella storia

La categoria della spontaneità è stata individuata nitidamente già da alcuni esponenti della Scuola Storica del diritto, tra cui il più celebre rappresentante, Friedrich Carl von Savigny, senza però identificarla come fenomeno autonomo e a sé stante, e quindi scisso dalla consuetudine. In una delle opere savignyane più note, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, si distingue una prima fase, la giovinezza dei popoli, *Jugendzeit der Völker*, in cui il diritto è intuito spontaneamente, naturalmente, e una fase successiva, la maturità dei popoli, in cui il diritto acquista una portata scientifica, tecnica, in quanto tracciato ed interpretato dai giuristi, che non annullano l'elemento di spontaneità, ma lo traspongono in enunciati razionali; in questo stadio, il diritto diventa più complesso, accessibile solo per una parte del popolo, i giuristi; si tratta però di un ceto non concepito separatamente dal popolo ma, al contrario, legato ad esso da identità di valori e di principi. Questo è quanto avviene anche per i grammatici con il linguaggio, stando al paragone fornito da Jacob Grimm e da altri giuristi tedeschi romantici. Tuttavia, nonostante l'elaborazione delle due fasi che è destinato a vivere, il diritto ha origine, come accade anche per la lingua, la fede e i costumi, dalla "comune convinzione del popolo", dalla *gemeinsame Überzeugung des Volkes*, poi sostituita con il termine romantico *Volksgeist*. Il diritto non costituisce un momento separato dall'esistenza del popolo; al contrario, ne è parte integrante ed è sinergicamente collegato agli altri momenti della cultura del popolo: le vicende politiche, la lingua, i costumi, le istituzioni religiose; il diritto è una delle tante possibili estrinsecazioni di una totalità animata ed in continua evoluzione. Il collante che rende indissolubile il legame tra il diritto e gli altri momenti culturali è la condivisione di medesime

idee, principi, valori ed, in ultima analisi, di una medesima coscienza popolare⁷⁸. L'osservazione di Savigny è quindi incentrata sul diritto naturale, che asseconda il fluire degli eventi e si plasma con esso; in questo senso si identifica il diritto spontaneo con il diritto consuetudinario. Lo spirito popolare, che tipizza e contraddistingue ciascun momento storico, è vivo in ogni generazione e riverbera i suoi effetti come un'eco che dal passato si prolunga nel presente. Il passaggio uniforme da un'epoca all'altra avviene proprio grazie all'esistenza di un tale spirito popolare. L'assioma su cui Savigny fondava la sua indagine filosofica è riassumibile nella celebre espressione: "È lo spirito popolare, vivente e operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo; il quale perciò non a caso, ma necessariamente si rivela unico ed identico alla coscienza dei singoli individui"; e a seguire: "Poiché come nella vita di ciascun uomo non si dà alcun momento di completa stazionarietà, ma continuo ne è l'organico sviluppo, lo stesso avviene nella vita dei popoli e in ciascuno degli elementi, dei quali questa vita complessiva si compone. Così troviamo nella lingua una perpetua trasformazione e un continuo sviluppo; e così pure nel diritto. Ed anche questa trasformazione, come l'origine primitiva, è soggetta alla medesima legge e si produce per intima forza e necessità, indipendentemente dal caso e dall'arbitrio individuale"⁷⁹.

Il diritto è, nel *Beruf*, la consacrazione dell'unità spirituale di un popolo; in particolare, il diritto romano, poi recepito dall'ordinamento tedesco e in tutta Europa, è inteso come una monumentale e spontanea struttura culturale dalla quale si è, altrettanto spontaneamente, edificata una moltitudine di diritti particolari. Proprio questa intuizione permette ai giuristi della Scuola storica di intendere il diritto come un fenomeno spontaneo, in quanto sorto naturalmente dalla storia dei popoli⁸⁰.

In realtà gli esponenti della Scuola Storica tedesca avevano fatto tesoro della felice intuizione di Montesquieu che, nella grandiosa e ardita opera *Esprit des lois*, sosteneva che le leggi corrispondono ai "rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose". Tali considerazioni, pur essendo ancora in una fase embrionale, hanno permesso di ricondurre alla coscienza umana fenomeni eterogenei ed articolati come il linguaggio, il diritto, la religiosità, che l'exasperato astrattismo filosofico di quel

⁷⁸ Cfr. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida Editori, 1978, pp. 74 – 134.

⁷⁹ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., V. SCIALOJA, Torino, Utet, 1886, vol. I, pp. 43-44, ripreso da F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1938, p. 23.

⁸⁰ Cfr. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida Editori, 1978, pp. 74-134.

tempo riduceva a mera creazione arbitraria, rispettivamente, dell'uomo, del legislatore e del ordine sacerdotale ⁸¹.

13. *L'ordine spontaneo di Hayek*

13.1. *Prime intuizioni tra gli esponenti della Scuola austriaca di economia:*

Carl Menger, Ludwig von Mises, Friedrich August von Hayek

Friedrich von Hayek, insieme a Ludwig von Mises, suo maestro, sono tra i componenti di maggior risalto della Scuola austriaca di economia che, a dispetto della denominazione, è rivolta non esclusivamente a speculazioni di carattere economico, ma anche allo studio di svariati campi, tra cui la politica, la sociologia, il diritto. Il merito della creazione della Scuola si attribuisce a Carl Menger, il quale sosteneva che per capire appieno le dinamiche e le manifestazioni scaturenti dai rapporti umani, è necessario “risalire ai loro veri elementi, alle economie individuali della collettività, e tentare di indagare le leggi secondo le quali l'economia sociale deriva da quelle individuali”⁸². Già il pensiero di Menger, sostenitore per eccellenza dell'individualismo metodologico, prepara terreno fertile per ospitare le prime intuizioni dell'importanza dei processi e meccanismi spontanei. Egli stesso afferma che: “Il diritto, il linguaggio, lo Stato, la moneta, il mercato, tutti questi istituti sociali sono (...) in non piccola parte il prodotto spontaneo dell'evoluzione sociale; i prezzi dei beni, il saggio dell'interesse, la rendita fondiaria, i salari e mille fenomeni della vita sociale in genere e dell'economia in particolare mostrano esattamente la stessa peculiarità e anche la loro comprensione (...) deve essere analoga a quella degli istituti sociali sorti spontaneamente”⁸³. Ludwig von Mises si sofferma, invece, sul nesso tra ordine sociale e ordine economico: ambedue devono essere analizzati alla luce della disciplina della *praxeologia*, ossia la *scienza dell'azione umana*⁸⁴. Egli infatti sostiene che “La realtà di un tutto sociale consiste delle azioni degli individui che lo compongono. Così la *via per arrivare alla*

⁸¹ Cfr. F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune, cit.*, pp. 22-23.

⁸² C. MENER, *Il metodo della scienza economica*, Torino, Utet, 1937, p. 70.

⁸³ C. MENER, *Il metodo della scienza economica, cit.*, p. 112.

⁸⁴ Cfr. M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, in *Diritto ed economia*, a cura di Natalino IRTI, Padova, Cedam, 1999, p.7.

conoscenza di tutti collettivi passa attraverso l'analisi degli individui"⁸⁵. Se però l'individualismo di Mises produce suggestioni sul pensiero di altri esponenti della Scuola austriaca dell'economia, incluso Hayek, diametralmente opposta sarà la conclusione cui arriverà quest'ultimo in relazione al diritto: in realtà "Mises rifiuta la concezione giusnaturalistica del diritto che sarà successivamente accolta dal suo allievo Hayek. Compito dello Stato è, infatti, secondo l'autore de *L'azione umana*, non già quello di individuare e fare applicare le leggi dettate dalla natura delle cose, bensì quello di adottare le leggi più idonee alla organizzazione di un sistema sociale definito"⁸⁶. Infatti Mises evidenzia come "Molti popoli hanno aderito alla dottrina che ciò che è giusto e ingiusto è stabilito dai primordi degli evi e per l'eternità. Compito dei legislatori e dei tribunali non sarebbe quello di fare le leggi, ma di trovare ciò che è giusto in funzione della immutabile idea di giustizia. Questa dottrina (...) è stata chiamata in causa dalla dottrina del diritto naturale. Alla leggi positive del paese fu opposta la nozione di una legge 'più alta', la legge di natura. Al mero arbitrio della legge naturale gli statuti e le istituzioni furono considerati giusti o ingiusti. Al buon legislatore fu assegnato compito di accordare le leggi positive alla legge naturale" Tuttavia, respingendo una tale concezione, Mises continua sostenendo fermamente che " *De lege ferenda* non esiste giustizia. La nozione di giustizia può esser ottenuta soltanto *de lege lata* (...). Non esiste nozione assoluta di giustizia non riferita ad un sistema definito di organizzazione sociale; non è la giustizia che determina la decisione a favore di un sistema sociale definito. Al contrario, è il sistema sociale che determina ciò che dovrebbe essere ritenuto giusto e ciò che dovrebbe essere ritenuto ingiusto"⁸⁷. L'Autore, quindi, riconoscendo la configurabilità di una norma valida, anche se ingiusta, introduce una netta divisione tra la legge adottata dallo Stato e le elaborazioni della scienza prasseologica, che può soltanto influenzare e incoraggiare le trasformazioni della legge scritta⁸⁸. A tal proposito, la divergenza delle opinioni di Hayek è evidente in un frammento di una delle sue illuminanti opere, quando afferma che. "Mises alla fine è sempre rimasto un razionalista-utilitarista (...). Se rimaniamo razionalisti e utilitaristi, ciò implica che noi possiamo sistemare ogni cosa a nostro piacere. Quindi Mises non è mai riuscito a liberarsi da quella filosofia fondamentale al

⁸⁵ L. VON MISES, *L'azione umana*, Torino, Utet, 1959, p. 41.

⁸⁶ M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, cit., p. 10.

⁸⁷ L. VON MISES, *L'azione umana*, cit., pp. 691-692.

⁸⁸ Cfr. M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, cit., pp. 3-13.

cui interno siamo cresciuti tutti: la ragione può fare qualsiasi cosa meglio della pura tradizione. Da questo elemento in particolare egli non riuscì mai a liberarsi”⁸⁹. L’atteggiamento discordante di Hayek trova il presupposto nell’elaborazione della nozione di ordine. L’ordine si esplicita “nella nostra capacità d’imparare dagli elementi spaziali o temporali del mondo che conosciamo, regole che ci consentono di crearci delle prospettive su altri elementi”⁹⁰; sempre l’Autore precisa, però, che “mentre l’ordine dell’ambiente fisico ci viene dato indipendentemente dalla volontà dell’uomo, l’ordine del nostro ambiente sociale è in parte, ma solo in parte, il risultato di un progetto umano. La tentazione di considerarlo *tutto* come un prodotto intenzionale dell’azione dell’uomo costituisce una delle principali fonti di errore. Il comprendere che *non tutto l’ordine che deriva dall’interazione delle azioni umane è il risultato di un disegno* è in effetti l’inizio della teoria sociale”⁹¹. È già preannunciata la grande intuizione di Hayek, che consiste nella distinzione tra *taxis*, l’ordine realizzato dall’uomo, e *cosmos*, l’ordine plasmatosi spontaneamente. La prima costituisce un sistema estrinseco perché “è determinata da un’azione che si trova al di fuori dell’ordine ed è nello stesso tempo esogena ed imposta”; inoltre essa “presuppone un fine particolare”⁹², a differenza del secondo, in quanto “nessuna di queste caratteristiche appartiene necessariamente ad un ordine spontaneo, o *cosmos*. Il suo grado di complessità non è limitato da quanto la mente umana è in grado di padroneggiare. La sua esistenza non ha bisogno di manifestarsi ai nostri sensi, ma può essere fondata su relazioni puramente astratte, che noi siamo solo in grado di costruire mentalmente. E non essendo stato deliberatamente creato, non si può legittimamente sostenere che esso ha uno scopo particolare, sebbene la nostra consapevolezza della sua esistenza possa essere estremamente importante perché noi possiamo perseguire con successo una grande varietà di scopi differenti”⁹³.

⁸⁹ F. A. VON HAYEK, *Hayek su Hayek*, Firenze, Ponte delle Grazie, 1996, p. 105.

⁹⁰ F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, Armando, 1988, p.85.

⁹¹ F. A. VON HAYEK, , *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p.84.

⁹² F. A. VON HAYEK, , *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 86.

⁹³ F. A. VON HAYEK, *Law, legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, trad. it. *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, 1986, Milano, Il Saggiatore, p. 53.

13.2. Tesi a confronto: Norberto Bobbio, Friedrich August von Hayek, Sergio Cotta

Nel saggio *Rules and Order*⁹⁴ di Friedrich August von Hayek, pubblicato nel 1973, emerge la dicotomia tra *ordine spontaneo* ed *organizzazione*, espressa anche con la dualità tra *κοσμος* (*cosmos*) e *ταξις* (*taxiς*)⁹⁵. L'*ordine spontaneo* o *cosmos*, è stato ancor prima oggetto di ampia analisi in un saggio di Norberto Bobbio intitolato *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, pubblicato nel 1970; Il fulcro dell'indagine ruota attorno alle considerazioni di Hayek sul rapporto tra tipologie di norme e ordinamenti statuali. Bobbio ritiene fermamente che la "dicotomia principale", presupposto di tutte le altre, è tra "ordine spontaneo e ordine artificiale delle azioni"⁹⁶. Tutto il corso della storia è stato segnato dalla "costruzione di grandi dicotomie", ma, avverte Bobbio, ad esse si affiancano le tricotomie. Egli aggiunge, inoltre, che le dicotomie possono essere declinate in maniera diadica o triadica, prestando però attenzione a non cadere nell'errore di confondere le tricotomie dall'utilizzo triadico delle dicotomie.

L'uso diadico della dicotomia si ha quando "i due momenti della dicotomia vengono assolutizzati e il processo storico viene concepito o come passaggio, che avvenuto o è destinato ad avvenire una volta sola, dal primo al secondo, oppure come costante e monotona ripetizione dell'identico processo (al progresso segue la decadenza, alla decadenza il progresso e così via)"⁹⁷. Diversamente, l'uso triadico della dicotomia si ha quando "i momenti continuano a restare soltanto due (l'uno è il momento positivo, l'altro quello negativo, l'uno l'affermazione, l'altro la negazione), ma il processo storico viene concepito come continuo e non ricorrente, e vi è sempre un terzo termine che è la ripresa su un nuovo piano del primo, non la semplice riproduzione"⁹⁸. La dicotomia principale *ordine spontaneo* – *organizzazione* è stata rielaborata da Bobbio in termini di *società aperta* - *società chiusa* e declinata in modo triadico⁹⁹; oltre a ciò, la critica mossa ad Hayek, in particolare al rapporto tra le dicotomie *ordine spontaneo* - *organizzazione* (presupposto ovvio, in Hayek, della dicotomia *Stato liberale* - *Stato*

⁹⁴ *Rules and Order* fa parte dell'opera *Law, Legislation and Liberty*, pubblicata nel 1982, che si compone di tre volumi: *Rules and Order*, *The Mirage of Social Justice* e *The Political Order of a Free People*.

⁹⁵ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 51.

⁹⁶ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, p.127.

⁹⁷ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, cit., p.137.

⁹⁸ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, cit., p.137.

⁹⁹ N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, cit., p.137.

assistenziale) e norme di condotta - norme di organizzazione; infatti Bobbio afferma che “la distinzione giuridica corrispondente [a quella fondamentale ordine spontaneo - ordine artificiale, o organizzazione] non è minimamente quella tra norme di condotta e norme di organizzazione, bensì quella più antica e fondamentale tra diritto consuetudinario e diritto statutario. La nozione di diritto consuetudinario ha una sua specifica collocazione nell’universo del diritto in quanto serve a rappresentare il fenomeno della cosiddetta ‘razionalità spontanea’ di un ordinamento giuridico [...]”¹⁰⁰.

La correlazione tra ordine spontaneo e consuetudine espressa da Bobbio non è però condivisa da Francesco Viola, secondo il quale : “le regole di condotta, a cui pensa Hayek, non sono opera di un legislatore e neppure sono il prodotto della volontà umana. Sarebbe errato considerarle come una sorta di diritto consuetudinario, poiché questo è un diritto positivo. Inoltre le regole di condotta sono astratte, qualità che non è certo propria delle norme consuetudinarie. Si evidenziano – è vero – attraverso il costume e la prassi sociale, ma l’ordine delle azioni è una situazione fattuale, che deve essere tenuta distinta dalle regole che contribuiscono alla sua formazione. Queste non sono inventate, ma sono “scoperte”¹⁰¹ e consistono nella regolarità di un processo di azioni, cioè nella persistenza di una struttura delle relazioni fra le azioni, indipendentemente dal loro contenuto. Sarebbe, dunque, più appropriato vedere nelle regole di condotta di Hayek più un diritto naturale che un diritto consuetudinario, con l’avvertenza che si tratta di un diritto naturale *sui generis*, astratto e mutevole. È un diritto naturale procedurale, che, però, non è formale come quello propugnato da Fuller. Esso non indica *cosa* fare, ma *come* porre in essere le azioni particolari rivolte allo scopo”¹⁰².

¹⁰⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p.127.

¹⁰¹ Cfr. F. D’AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 12-14: “Non sempre pertanto nell’esperienza giuridica le *regole* andrebbero considerate *norme*. *Regola* di un fenomeno è ciò che lo regola e che gli conferisce una obiettiva riconoscibilità sociale: non necessariamente coincide con una *norma*, cioè con un atto di volontà sociale. [...] Nelle esperienze giuridiche dotate di un minimo di complessità, è comunque così frequente rilevare la *normativizzazione* delle regole giuridiche, che non è ingiustificata l’assimilazione che viene fatta dell’una con l’altra categoria. Ma la sussunzione di una regola come contenuto di una norma non va mai ritenuta alla stregua di una *costituzione* della regola stessa, ma solo di un suo obiettivo e pubblico riconoscimento. (...)L’intervento del legislatore ha pertanto carattere *imperativo* solo *secundum quid*: egli comanda non per imporre la propria volontà, ma per rendere obiettivamente palesi le regole delle relazioni sociali. Il *criterio* che dovrebbe guidare il legislatore nell’emanare le norme va quindi individuato nell’osservazione attenta della realtà sociale, nell’individuazione delle sue esigenze, nello studio della sua ottimizzazione. È in senso che dobbiamo intendere il senso dell’antico brocardo latino *ex facto oritur jus*”.

¹⁰² F. VIOLA, *Ordine e autorità del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp.149-150.

Una comparazione di particolare rilevanza è quella proposta da Bobbio tra la dicotomia *ordine spontaneo - organizzazione*, elaborata da Hayek e la dicotomia *società (Gesellschaft) – comunità (Gemeinschaft)*, elaborata da Ferdinand Tönnies nello scritto “*Gemeinschaft und Gesellschaft*” del 1887¹⁰³. La dicotomia di Hayek è affine ma di segno opposto a quella di Tönnies: affine perché in ambo le enunciazioni ricorre la contrapposizione tra “società costituita da rapporti tra individui (*Gesellschaft*) e società come un tutto organico (*Gemeinschaft*)”¹⁰⁴; di segno opposto perché “quel che per Tönnies è prodotto *arbitrario* della volontà umana (*Kurwille*), cioè il momento della società, corrisponde all’ordine *spontaneo* di Hayek; e viceversa, quel che per Hayek è il prodotto artificiale della volontà dominante, cioè il mondo delle organizzazioni, corrisponde alla *Gemeinschaft* di Tönnies, che è insieme naturale e organica [...], prodotta da una volontà essenziale”¹⁰⁵. Sergio Cotta, pur non operando un paragone tra Hayek e Tönnies, pone le rispettive elaborazioni alla base di due diversi paradigmi; egli è convinto che il modello di Hayek “s’impenna sulla primazia dell’individuo”¹⁰⁶ e indi aggiunge che “in questa seconda metà del nostro secolo, [...] la tesi della primazia dell’individuo nella formazione (teorica e pratica) del sistema giuridico è intesa prevalentemente in termini di conseguenza di una teoria politica, spesso coniugata con quella economica, anziché in base a una teoria giuridica autonoma. Basti ricordare l’insegnamento di Ludwig von Mises e di Friedrich A. Hayek. Tuttavia in Italia, la tesi del primato della libertà politica ed economica trova il suo più esplicito riferimento nel diritto, ad opera di Bruno Leoni [...]. Deciso critico del modello kelseniano e della identificazione del diritto con la legislazione, Leoni riconduce infatti l’attività giuridica al concetto primario, fondamentale, della pretesa individuale e non al concetto di obbligo e quindi di norma”¹⁰⁷.

¹⁰³ Cfr. R. TREVES, *Ferdinand Tönnies e la teoria della comunità e della società*, in *Quaderni di sociologia*, 1963, pp. 3-24.

¹⁰⁴ N. BOBBIO, *Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, cit., p.138.

¹⁰⁵ N. BOBBIO, *Dell’uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, cit., p.138.

¹⁰⁶ S. COTTA, *Soggetto umano, Soggetto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 16.

¹⁰⁷ S. COTTA, *Soggetto umano, Soggetto giuridico*, cit., pp. 18-19.

13.3. I concetti di ordine spontaneo e di ordine di mercato

Stando alla definizione di Hayek, l'ordine costituisce "uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare, dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell'intero insieme, a formarsi aspettative corrette sulle altre parti di quell'insieme, o, almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette"¹⁰⁸.

“É chiaro che in questo senso ogni società deve possedere un suo ordine”¹⁰⁹; tuttavia, se suddetto ordine viene percepito come “una tale sistemazione deliberatamente attuata da qualcuno”¹¹⁰, esso finisce per incarnare una “accezione autoritaria”; questo è quanto avviene nelle ipotesi di formazione dell' *ordine - organizzazione* attraverso l'intervento di forze esterne ad esso; al contrario, quando è il prodotto di auto-poiesi, ossia quando è costituito da forze interne, l'ordine è definito *spontaneo*. Pertanto Viola sostiene che “per Hayek [...] le società complesse e altamente evolute sono di fatto il risultato di una formazione spontanea, ovvero ordini che si auto-generano (*self-generating orders*). Non sono il risultato di una progettazione o pianificazione deliberata, ma di azioni collettive che hanno avuto successo. Esse sono quello che sono per le funzioni che adempiono, piuttosto che per gli scopi preconcepiti a cui servono. L'ordine sociale ha la natura di un *self-regulating system*, somigliante a quello cibernetico, in cui certe regolarità di condotta conducono al continuo adattamento dell'ordine complessivo e particolari fatti. [...] su queste basi è possibile distinguere radicalmente il concetto di ordine da quello di organizzazione”¹¹¹. E ancora, Hayek sostiene che “Il carattere spontaneo dell'ordine che ne risulta deve pertanto essere distinto dall'origine spontanea delle regole su cui si basa, ed è possibile che un ordine che dovrebbe essere descritto come spontaneo si fondi su regole le quali sono interamente il risultato di una progettazione deliberata”¹¹².

¹⁰⁸ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 49.

¹⁰⁹ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 49.

¹¹⁰ F.A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 49.

¹¹¹ F. VIOLA, *Ordine e autorità del diritto*, cit., pp. 131 - 132.

¹¹² F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 61.

L'ordine spontaneo si caratterizza, oltre che per la formazione endogena, per la complessità, che non è confinata a “quanto la mente umana è in grado di padroneggiare”¹¹³; la complessità (e il relativo grado) è una possibilità dell'ordine spontaneo, poiché esso può “possedere qualsiasi grado di complessità”¹¹⁴; altra caratteristica è l'astrattezza delle relazioni su cui l'ordine spontaneo si fonda; esse possono esser “puramente astratte”¹¹⁵, non percepibili ai sensi, ma rappresentabili mentalmente. Hayek precisa, inoltre, che “gli ordini spontanei non devono essere necessariamente astratti [...], ma essi consistono spesso in un sistema di relazioni astratte tra elementi che pure sono definiti in termini di proprietà astratte, e per questa ragione non risulteranno intuitivamente percepibili o riconoscibili, se non mediante una teoria che cerchi di render conto del loro carattere. Il significato del carattere astratto di tali ordini si ritrova nel fatto che essi possono continuare a persistere mentre possono mutare tutti gli elementi particolari che li costituiscono e persino il loro stesso numero. Tutto quel che è necessario per preservare un tale ordine astratto è che sia mantenuta una certa struttura di relazioni, o che elementi di un certo tipo (ma di numero variabile) continuino ad essere correlati in un certo modo”¹¹⁶. Ulteriore caratteristica dell'ordine spontaneo è l'assenza di uno scopo preciso: non essendo uno strumento volto a realizzazione un disegno concepito dalla mente umana, esso può non avere un fine specifico. Tuttavia, “in un senso differente, si può ben dire che l'ordine si basa su azioni dei suoi elementi che sono dotate di uno scopo, dove ‘scopo’ vuole, naturalmente, non significare nulla più se non che le loro azioni tendono ad assicurare il mantenimento e il ripristino di quel'ordine. L'uso della locuzione ‘dotate di scopo’ [...] non implica una coscienza dello scopo da parte degli elementi, ma significa soltanto che gli elementi hanno acquisito regolarità di comportamento che conducono al mantenimento dell'ordine, [...]. In genere, comunque, in tale contesto, è preferibile evitare il termine

¹¹³ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 53.

¹¹⁴ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 53.

¹¹⁵ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 53

¹¹⁶ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 54.

Cfr. anche F. VIOLA, *Ordine e autorità del diritto*, cit., p. 142: “l'ordine spontaneo è un ordine astratto, non già un ordine ideale. ‘Astratto’ si contrappone a concreto, non già a reale. In ultima istanza, dunque, la contrapposizione avanzata da Hayek è quella tra *ordine reale* e *ordine ideale*. Tuttavia, la consapevolezza che un ordine può essere reale secondo vari gradi d'intensità e che il suo carattere è aperto e dinamico, induce a non identificare quello reale con quello effettivo”.

‘scopo’ e parlare piuttosto di ‘funzione’¹¹⁷. Da tali assunti, affiora la dualità *nomos / thesis*, due categorie di regole concettualmente distinte e riconducibili al *cosmos* e alla *taxis*, “alle quali devono obbedire gli elementi perché si possa formare il corrispondente genere di ordine”¹¹⁸. In particolare, Hayek definisce *nomos* “norma universale di comportamento giusto, valida per un numero imprecisato di casi futuri ed egualmente per tutte le persone che si trovano nelle circostanze obiettive descritte dalla norma, indipendentemente dagli effetti che l’osservanza della norma produrrà in una situazione particolare. Queste norme delimitano i confini dei singoli campi protetti consentendo a ogni persona o gruppo organizzato di conoscere quali mezzi possono impiegare per perseguire i loro fini ed evitare così ogni conflitto tra le azioni delle differenti persone (...). Esse portano al formarsi di un ordine spontaneo, egualmente astratto e indipendente da ogni fine, o *cosmos*”. E, continuando appresso, si ribadisce che il *nomos* corrisponde ad “una norma astratta non dovuta alla volontà concreta di qualcuno, applicabile in casi particolari indipendentemente dalle conseguenze; una legge che poté essere ‘trovata’ e non creata per particolari fini prevedibili”¹¹⁹. Hayek definisce, al contrario, *thesis* “qualsiasi norma che sia applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di chi formula le norme. Sebbene queste norme possano essere ancora in varia misura generali e riferirsi ad una molteplicità di casi particolari, si trasformeranno impercettibilmente da nome nell’accezione usuale del termine in ordini particolari. Esse sono lo strumento necessario per gestire un’organizzazione, o *taxis*”¹²⁰. Per quel che attiene la sfera prettamente economica, Hayek non si esime dall’individuare in quale dei due paradigmi debba essere inserito l’ordine di mercato e, conseguentemente, quali norme siano suscettibili di applicazione. Siffatto ordine prende il nome di “catallassi”, termine proposto da Hayek, in accordo con Mises; di derivazione greca, dal verbo *katallattein*, che significa non soltanto “scambiare”, ma anche “ammettere nella comunità” e “diventare da nemici, amici”; la scelta di tale termine risulta particolarmente felice in quanto introduce l’aspetto della concorrenza nel libero mercato: esso, infatti, “può essere usato per descrivere l’ordine introdotto dal reciproco adeguarsi delle

¹¹⁷ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 54.

¹¹⁸ F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico* in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, cit., p. 88.

¹¹⁹ F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., pp. 88-90.

¹²⁰ F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p. 88.

molte economie di un mercato”¹²¹. Innanzitutto, l’ordine di mercato o, come appena detto, l’ordine catallattico, è un concetto slegato dall’ordine economico. Secondo l’economista austriaco, infatti, “La struttura ordinata prodotta dal mercato è (...) non un’organizzazione, ma un *ordine spontaneo o cosmos*, e proprio per questo motivo è, sotto molti aspetti, fondamentale diversa da quell’ordinamento, o organizzazione, che in modo originale e appropriato si chiamò economia”¹²². In altri scritti, e in maniera ancor più esplicita, Hayek ritiene che “Una economia, nel senso stretto della parola, è una organizzazione o una struttura in cui qualcuno assegna deliberatamente delle risorse ad un ordine unitario di fini. L’ordine spontaneo prodotto dal mercato (...) è diverso, perché *non* garantisce che siano sempre soddisfatte, prima di quelle meno importanti, le esigenze che l’opinione generale ritiene più importanti”¹²³. Convertire l’ordine di mercato in una mera organizzazione economica, in cui sono già prefissate le finalità da realizzare e quelle da non realizzare, significherebbe costringere la società ed il mercato entro gli angusti limiti del costruttivismo. Le teorie costruttivistiche, prodotto del razionalismo, ritengono che gli obiettivi e gli eventi sociali ed economici altro non sono che il risultato di pianificazioni volontarie, tese proprio a raggiungere quei determinati fini. Di qui la forte opposizione di Hayek che, al contrario, ritiene che “le azioni dei singoli sono armonizzate e la *catallassi si costituisce, non in virtù di decisioni centralizzate, ma grazie ad un sistema di regole di condotta che si sono spontaneamente evolute e diffuse*”¹²⁴. Le regole di condotta, in particolare, costituiscono lo strumento attraverso cui è possibile contemperare le divergenti finalità dei singoli, e non invece un giogo nel quale costringere taluno per realizzare scopi che non gli appartengono: ciò impedirebbe quel processo di vicendevole adattamento dei soggetti sul quale poggia l’ordine spontaneo¹²⁵. Il presupposto “che gli uomini potevano vivere insieme pacificamente ed arrecarsi mutualmente benefici senza doversi accordare sugli scopi specifici che individualmente perseguono, portò alla creazione della Grande Società. Si scoprì che, sostituendo norme astratte di condotta a fini concreti e obbligatori, era possibile estendere la pace al di là dei piccoli gruppi

¹²¹ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 315.

¹²² F. A. VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, cit., p.100.

¹²³ F. A. VON HAYEK, *Perché non sono un conservatore*, Roma, Ideazione, 1997, p. 67.

¹²⁴ M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell’individualismo metodologico*, cit., p. 24.

¹²⁵ Cfr. M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell’individualismo metodologico*, cit., p. 24.

perseguenti gli stessi fini, poiché si permetteva ad ogni individuo di trarre vantaggi dalle capacità e dalle conoscenze di altri che egli non aveva neppure bisogno di conoscere e i cui scopi potevano essere completamente diversi. Il passo decisivo che rese possibile tale collaborazione (...) fu l'adozione del baratto. Si riconobbe, semplicemente, che persone diverse facevano usi diversi della stessa cosa e che spesso entrambi ne traevano beneficio, ottenendo il bene che l'altro possedeva e dando in cambio ciò di cui l'altro aveva bisogno. Tutto quel che era necessario perché ciò avvenisse era il *riconoscere norme* che determinassero il possesso, e il trasferimento della proprietà mediante consenso (...). Il fatto che si collabori alla realizzazione degli scopi degli altri, senza dividerli o senza neppure esserne a conoscenza, solamente per poter raggiungere i propri fini, è alla base della forza della Grande società. Fino a quando la collaborazione presuppone scopi comuni, coloro che hanno fini diversi saranno necessariamente nemici in lotta fra loro per gli stessi mezzi. Soltanto con l'introduzione del baratto fu possibile essere di aiuto agli altri senza dover essere d'accordo sui fini ultimi¹²⁶. L'indagine di Hayek è stata poi ripresa da Lorenzo Infantino, tra coloro che hanno profuso maggiore impegno nella diffusione in Italia del pensiero e delle opere hayekiane. Di particolare interesse è l'osservazione mossa nella Prefazione ad una delle principali opere di Hayek, *Liberalismo*, in cui Infantino coglie, ed accoglie, pienamente il pensiero dello studioso austriaco, sostenendo che “accanto alle finalità individualmente e consapevolmente perseguite, l'agire di ciascuno consegue in intenzionalmente un altro obiettivo: serve le condizioni (...) dettate dall'Altro, e genera così le norme di un *ordine spontaneo o in intenzionale, che si articola attraverso norme e istituzioni, nate in prevalenza senza una previa programmazione* e che costituiscono il mutevole punto di mediazione di mutevoli preferenze individuali. Prevalgono perciò le norme e le istituzioni più efficaci o adatte a rispondere delle esigenze della vita in comune¹²⁷: regole che il legislatore sarà chiamato solo a *scoprire*, in quanto la creazione è rimessa alla libera condotta dei singoli¹²⁸.

¹²⁶ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 316.

¹²⁷ L. INFANTINO, *Prefazione a F. A. VON HAYEK, Liberalismo*, Roma, Ideazione, 1996, p.18.

¹²⁸ Cfr. M. PROTO, *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, cit., pp. 3-27.

13.4. Friedrich August von Hayek secondo Rodolfo Sacco: i crittotipi

Ciò che accomuna Friedrich August von Hayek e Rodolfo Sacco è l'interesse ad una indagine sulla esistenza di schemi e fenomeni normativi latenti e sulla conseguente facoltà di agire in osservanza di regole non scritte. Diametralmente opposto è il pensiero di Jacques Henriot, che su questo punto così si pronuncia: “*l'idée de règle implique celle de conscience. Toute règle est conscience de règle. (...) la règle relève de l'explicite: il n'y a pas de règles implicites. (...) l'idée de jouer à un jeu dont on ignorerait les règles est une idée absurde. Jouer à les découvrir serait un autre jeu*”¹²⁹. Innanzitutto, è necessario ricercare un concetto ben definito di latenza e tenere ben distinti i fenomeni latenti, ad esempio norme latenti, e il contenuto parzialmente o totalmente latente di fenomeni espliciti o parzialmente espliciti.

In Hayek la comprensione di manifestazioni di latenza normativa o, per usare la terminologia di Rodolfo Sacco, la fenomenologia della latenza normativa, è solo parziale: “Vi sono, dunque, attributi di queste regole che governano la condotta umana [...]. Il primo di questi attributi, posseduto originariamente dalla maggior parte delle regole, è che esse sono osservate nella pratica senza essere note all'individuo agente in una forma articolata (“verbalizzata” o esplicita). Esse si manifesteranno in una regolarità di comportamenti che può essere descritta in forma esplicita, ma tale regolarità non deriva dal fatto che la persona agente sia capace di operare tale formulazione verbale”¹³⁰. Il problema risulta evidente allo sguardo di Sacco che lo riassume con l'espressione *crittotipo*, definito come “modello (in particolare, regola) non verbalizzato, cioè rimasto inespresso nell'ordinamento considerato”¹³¹. Secondo l'analisi comparativa svolta da Di Lucia il concetto di *crittotipo* mostra in Sacco la sua “fecondità [...] nell'esplicare il fenomeno (denunciato dall'analisi comparativa degli ordinamenti giuridici) della ‘dissociazione dei formanti’”¹³². Il termine *formante* è spiegato da Rodolfo Sacco, il quale precisa che “all'interno di un ordinamento giuridico, la soluzione di un problema potrà essere condizionata da un'unica regola (soluzione ottimale), o potrà essere condizionata da una

¹²⁹ Voce: *Règle* (*philo. géné.*), in *Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophique. Dictionnaire, tome I*, Paris, 1990, p. 2208.

¹³⁰ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p. 27.

¹³¹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980, p. 3.

¹³² P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 69.

pluralità di regole (ad es., da una regola legale, e da una regola giudiziale). L'universo delle regole dotate degli stessi caratteri (es. l'insieme delle regole giudiziali) verrà chiamato 'formante' di quel dato ordinamento [...]. Sacco aggiunge che "Di tutti i formanti fin qui considerati, taluni nascono già verbalizzati (il formante dottrinale, ad es., è strettamente connesso con la verbalizzazione), ma altri non lo sono affatto. Chiameremo *crittotipi* questi modelli impliciti, la cui importanza è immensa. L'uomo pratica di continuo regole di cui non è pienamente consapevole, o che, comunque, non saprebbe formulare bene"¹³³. Accostando tale assunto a quanto asserito da Hayek¹³⁴, è manifesta l'affinità tra i due Autori: "L'uomo non conosce tutte le regole che governano le sue azioni, nel senso di essere in grado di formularle tutte verbalmente. [...] Sebbene l'uomo non sia mai esistito senza osservare delle leggi, naturalmente è esistito per centinaia di migliaia di anni senza 'conoscere' tali leggi, nel senso di essere in grado di darne una formulazione verbale"¹³⁵.

La relazione esistente tra *crittotipo* e *formanti* è espressa da Pier Giuseppe Monateri, allievo di Sacco, il quale afferma che "In una tradizione di pensiero giuridico dobbiamo considerare la presenza di tali riferimenti impliciti (o crittotipi): essi possono guidare la vita del diritto con più forza delle regole scritte. Dobbiamo accettare l'idea che un sistema giuridico sia dissociato in più formanti non in accordo tra loro, e soprattutto la presenza di una possibile divergenza tra regole operazionali, e conoscenza che si ha di tali regole"¹³⁶. Nella stessa direzione è orientato Robert C. Ellickson che nello scritto *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, ha asserito che: "A rule can exist even though the people influenced by the rule are unable to articulate it [...]. Children can learn to speak a language correctly without being able to recite any rules of grammar"¹³⁷.

¹³³ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 109.

¹³⁴ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p.58: "Il concetto di regole che utilizziamo in questo contesto non implica pertanto che esse esistano in forma articolata ("verbalizzata"), ma solo che sia possibile scoprire delle regole che le azioni degli individui di fatto seguono. Per mettere l'accento su tale idea abbiamo parlato di "regolarità" piuttosto che di regole, ma "regolarità", naturalmente, significa semplicemente che gli elementi si comportano secondo certe regole".

¹³⁵ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, cit., p.58.

¹³⁶ P. G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 441.

¹³⁷ R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge Mass., London, Harvard University Press, 1991, p. 130.

13.5. Normazione spontanea: il Sumo giapponese

Nell' opera *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, Mark D. West si concentra nello studio delle tecniche del Sumo giapponese e arriva alla conclusione che “*Every organization has arrangements that define and structure the relations of its members. The organization that governs sumo, Japan's wrestling-like sport, is no exception*”¹³⁸. Considerando “*the myriad of formal legal rules and informal social norms that the sumo firm has developed outside the usual confines of the law to structure and define its internal relationships*”¹³⁹, West perviene ad una distinzione tra *legal rules* e *social norms*¹⁴⁰: le prime “*refers to legislative and judicial provisions as well as the organizational rules of the Association that are nominally approved by the Ministry of Education as sumo's supervising agency on behalf of the state*”¹⁴¹; le seconde, invece, “*are informal societal constraints that generally are not enforceable under law*”¹⁴². Ciò significa che l'Autore percepisce l'esistenza di norme sociali ed informali, che promanano dal basso, e le differenzia dalle norme legislative e dai provvedimenti giudiziari. Egli opera un rinvio alla già menzionata opera di Robert C. Ellickson, *Order without Law. How neighbors Settle Disputes*”, in cui le *norms* vengono definite come “*the rules that emanate (...)from social forces*”¹⁴³; diversamente, qualifica come *rules* quelle “*that emanate (...)from organizations*”¹⁴⁴. Infine precisa, onde evitare equivoci, che “*some sociologists, particularly Continentals one, use norm to denote what is here referred to as a rule*”¹⁴⁵.

L'impostazione di Ellickson incide molto sull'elaborazione di West relativa alle regole e norme costitutive, *constitutive rules and norms*. Infatti West afferma che “*this article uses the sumo firm to examine constitutive rules and norms – those rules that determine the structure and interrelations of an enterprise – and to determine the degree to which hypotheses regarding remedial and substantive*

¹³⁸ M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, The journal of Legal Studies, University of Chicago Press, vol.XXVI, 1997, p. 165.

¹³⁹ M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 167.

¹⁴⁰ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 11-16.

¹⁴¹ M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 167.

¹⁴² M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 167.

¹⁴³ R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit., p. 127.

¹⁴⁴ R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit., p. 127.

¹⁴⁵ R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit., p. 127, nota 10.

*provisions can also be applied to constitutive provisions*¹⁴⁶. West condivide appieno lo schema elaborato da Ellickson, distinguendo tra norme (*norms*) e regole (*rules*) e individuando cinque tipologie di norme: *substantive, remedial, procedural, constitutive, controller-selecting rules/norms*¹⁴⁷. Secondo tale tesi, le norme costitutive, nell'ambito di fenomeni aggregativi, costituiscono le norme e/o le regole che indicano i sistemi interni di governo e di controllo sociale¹⁴⁸; infatti "*constitutive rules govern the internal structures of controllers. In the legal system, for example, constitutive rules determine the structure and interrelations of the various branches of government*"¹⁴⁹. È bene precisare, infine, che l'analisi di West è stata svolta nel rispetto dei limiti imposti dall'alone di mistero e segreto in cui l'associazione di Sumo Giapponese è avvolta. Così West: "*the legal rules and the social norms that the sumo firm develops tend to maximize the aggregate wealth of the group, (...) the sumo firm's choice of whether to apply legal rules or to defect to extralegal norms is based, implicitly at least, on a calculation of comparative efficiency. In instances in which applying formal rules would be inefficient, members of the sumo firm defect to legally enforceable social norms or 'codify' norms into new rules*"¹⁵⁰. Ma è proprio dietro questo velo che si rinvergono i tratti propri dell'ordine spontaneo elaborato da Friedrich August von Hayek¹⁵¹.

13.6. Latenza del diritto e fonti mute

Nell'ambito delle scienze giuridiche, ci si è interrogati sulla esistenza di profili di *mimetismo deontico*, ossia sulla esistenza di un sistema di diritto latente¹⁵², che si affianca al dato ufficiale e sopravvive ad ogni modifica e riforma; il punto è quindi stabilire se sussistano o meno regole naturali oltre il dato positivo e se perdurino nonostante siano state dichiarate estinte.

¹⁴⁶ M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 168.

¹⁴⁷ Cfr. R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit., pp. 132-136.

¹⁴⁸ Cfr. M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 168, nota 6; R. C. ELLIKSON, *op. cit.*, p.133.

¹⁴⁹ R. C. ELLICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, cit., p. 133.

¹⁵⁰ M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, cit., p. 168.

¹⁵¹ Cfr. M. DOTTE, *Il von Hayek di Sacco* in *IX Seminario di Sant'Alberto, Deontica e quotidianità*, Pizzocorno, 1997, pp. 4-24.

¹⁵² Cfr. R. MAC DONALD, "*Pour une reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle*", *Sociologie et Sociétés*, Paris, 1991, pp. 47-58.

La questione è affrontata da Alba Negri, la quale afferma che “lo studioso delle consuetudini deve continuamente fronteggiare un problema: una comunità può seguire spontaneamente regole giuridiche consuetudinarie, ed esserne, o non, cosciente. Inoltre, la consapevolezza di attenersi a un comportamento sentito come cogente, può accompagnarsi alla formulazione della regola mediante un discorso appropriato, o, quanto meno, alla coscienza della possibilità di questa formulazione. Ma può anche darsi il caso che il comportamento attuato sia sentito come necessario, ‘naturale’, insito, cioè, nella natura stessa delle cose, senza che per questo l’espressione della regola venga perfezionata o, addirittura, concepita”¹⁵³. Se gli atti legislativi si declinano sulla base di un paradigma a cui uniformarsi, la consuetudine, invece, è dotata di forza innovatrice¹⁵⁴: non è imbrigliata entro le reti di un modello da seguire; al contrario è il frutto di una evoluzione sociale spontanea e costante, riconducibile all’*ordine spontaneo* di matrice hayekiana. Mark D. West, analizzando la complessa istituzione del Sumo giapponese che, nella cultura occidentale non è considerata altro che un fenomeno meramente sportivo, parte dal presupposto che qualsiasi forma di organizzazione è dotata di regole e norme necessarie per il suo funzionamento. Ed il Sumo, certamente, non costituisce un’eccezione¹⁵⁵: è infatti una organizzazione fondata su una pluralità di norme giuridiche e regole sociali create spontaneamente dalla organizzazione stessa, al di là dei limiti posti dalla legge. L’ordine sociale nipponico si incardina, però, sul dovere piuttosto che sull’obbligo. Alain de Benoist, fondatore del movimento culturale denominato *Nouvelle Droit* (Nuova Destra), rammenta che “In Asia l’individuo è visto dunque prima di tutto come il centro di una rete di relazioni, ossia come parte di un gruppo, al cui interno vale soprattutto per l’immagine di sé che gli altri gli rimandano. Di conseguenza, la morale non è fondata sul peccato ma sulla vergogna, cioè sul sentimento di riprovazione espresso dagli altri (in contrapposizione al rimorso, che esprime soltanto il giudizio sfavorevole che si ha su se stessi). Il contrario della vergogna è la dignità o l’onore: perdere la faccia è peggio di qualunque altra cosa, giacché l’immagine esiste solo grazie allo specchio che la riflette. La valorizzazione del dovere e del suo compimento vale per tutti gli ambienti sociali. Nel Giappone

¹⁵³ A. NEGRI, *Il giurista dell’area romanista di fronte all’etnologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1983, p.79.

¹⁵⁴ Cfr. P. DI LUCIA, *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma*, in *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 37-45. Cfr. anche M. BARBERIS, *Conformità a regole giuridiche. Un’ipotesi, una ricognizione, un inventario*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 52-80.

¹⁵⁵ Cfr. M. D. WEST, *Legal Rules and Social Norms in Japan’s Secret World of Sumo*, cit., p.165.

feudale, il samurai e il signore devono adempiere al proprio ruolo allo stesso titolo del contadino e del commerciante; altrimenti l'ordine sociale, immagine in miniatura dell'ordine del cosmo, non sarebbe rispettato”¹⁵⁶. È convincimento generale considerare la consuetudine non già come il prodotto del comportamento del singolo ma, al contrario, unicamente del gruppo. È perciò opportuno richiamare il concetto di cooperazione normativa¹⁵⁷, come elemento costitutivo della *genesì spontanea del normativo*: “l’individualità esiste (giuridicamente) solo nella continua (co)produzione di relazioni, nella continua (ri)produzione di sé. La genesì spontanea del normativo è quindi un fenomeno legato alla comunità intesa non quale aggregazione teleologicamente e ontologicamente posteriore all’individuo, ma costitutivamente anteriore all’individuo stesso, che non è mai “altro” dalla comunità. Ciò che muta è il concetto di soggettività, che, in una definizione non statalista, cerca di dissolvere il legame, ben individuato da Michel Foucault, tra individualismo liberale ottocentesco e statualizzazione dell’individualità”¹⁵⁸.

Rodolfo Sacco elabora la categoria degli *atti muti*, ossia degli atti che coesistono e sopravvivono al diritto vigente; essi costituiscono l’elemento in concreto prevalente all’interno degli ordinamenti. Atti non negoziali¹⁵⁹ come la raccolta, l’occupazione, la derelizione, indicano come il fatto, posto al di fuori di ogni inquadramento gerarchico tra le fonti dell’ordinamento, occupi una posizione tutt’altro che marginale. Lo stesso Autore afferma che “come ci insegna l’esperienza quotidiana, nessuno si astiene dal raccogliere funghi, tartufi, lamponi, more selvatiche, piante di soffione (senza radici), o altre piante commestibili cresciute spontaneamente (dalla stella alpina al giglio rosso), pel solo fatto ch’essi sono cresciuti sulla proprietà altrui. Ci si asterrà per rispetto istintivo della flora, o perché trattenuti da un regolamento, ma non ci si trattiene pel solo fatto che tali beni, appartenenti per accessione al proprietario del suolo, sono alieni”¹⁶⁰.

Henri Stahl fornisce alcuni esempi di latenza del diritto, con particolare riferimento ai “diritti

¹⁵⁶ A. DE BENOIST, *L’Asia di fronte all’Occidente*, Roma, Editori Riuniti, 1998, p. 4.

¹⁵⁷ Cfr. A. DE PALMA, *Le macchine e l’industria da Smith a Marx*, Torino, Einaudi, 1971, pp. 239-252.

¹⁵⁸ M. DOTTI, *La comunità esiliata. Sentimento e pratica della consuetudine* (<http://cfs.unipv.it/opere/dotti/senzacodici.doc>)

¹⁵⁹ Cfr. G. ROUHETTE, *La doctrine de l’acte juridique: sur quelques matériaux récents* in *Droits*, n.7, 1988.

¹⁶⁰ R. SACCO, *La proprietà*, in *Sommario delle lezioni di diritto civile tenute all’Università di Pavia nell’anno accademico 1967-68*, 1969, p. 38.

comunitari”, vale a dire a quelli connessi alla comune proprietà e comune possesso¹⁶¹. Le rivoluzioni e i mutamenti nei sistemi giuridici non hanno causato un generale annientamento ma, all’opposto, una forte resistenza degli istituti preesistenti. Ad esempio, come sostenuto da Rodolfo Sacco e Gianmaria Ajani, la rivoluzione sovietica in ambito normativo non ha condotto ad una radicale rottura con il diritto già esistente¹⁶², ma alla fusione di esso con rinnovati paesaggi politici e sociali e con modelli esterni, fino alla realizzazione di un diritto caratterizzato da fonti scritte e non¹⁶³, fonti verbali e mute¹⁶⁴. È proprio la “forza normativa dei fatti”¹⁶⁵, considerata “momento essenziale” nella formazione del diritto, che consente a C. Massimo Bianca di asserire che, contrariamente a chi ne afferma l’immutabilità, del diritto “deve invece dirsi che esso ‘si muove’, che è nella realtà della sua esistenza, e questa realtà trascende i testi di legge per immedesimarsi nella vita dell’ordinamento che si evolve nella società e con la società”¹⁶⁶.

14. Bruno Leoni e la questione della “scientificità” del diritto

Bruno Leoni, filosofo, giurista e politologo del XX secolo, si annovera tra gli esponenti del pensiero liberale e liberista classico. Nei suoi scritti giovanili, Leoni si dedica a sciogliere il problema della “scientificità” della giurisprudenza; in altre parole, il fulcro delle sue iniziali riflessioni è riconducibile al problema di riconoscere alla sfera giuridica una dimensione scientifica e quindi razionale o, al

¹⁶¹ Cfr. P. H. STAHL, *Antropologia sociale: la proprietà*, Milano, Jaca Book, 1997, pp. 61-62. Cfr. anche M. GUIDETTI – P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra: comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, Jaca book, 1977.

¹⁶² Cfr. G. AJANI, *Continuity and Discontinuity of Law in Times of Social Revolution: The Case of Central and Eastern Europe*, in *Rapports nationaux italiens au XIV Congrès international de droit compare*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 1-14.

¹⁶³ Cfr. G. AJANI, *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, Giuffrè, 1985.

¹⁶⁴ Cfr. R. SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1969.

¹⁶⁵ Cfr. R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine, ora in: Id., Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 432: “[...] la dottrina moderna parla di una ‘forza normativa dei fatti’. Ma, a ben guardare, in queste situazioni non sono comportamento individuale o il singolo fatto posto in essere e neppure la loro ripetizione che hanno di per sé carattere normativo. La loro rilevanza sul piano del diritto, cioè la loro idoneità a produrre effetti ‘giuridici’, non dipende da una sorta di vis che questi comportamenti avrebbero in sé, ma dal loro realizzarsi con l’assenso della comunità: un assenso che stabilmente li assiste e da cui essi traggono efficacia nell’ambito dell’ordinamento giuridico. E quando diciamo ‘assenso della comunità’ non intendiamo riferirci necessariamente ad un’eventuale ‘volontà collettiva’, il cosiddetto *consensus omnium*, che il più delle volte può essere un’altra astrazione, e neppure ad un principio maggioritario puramente aritmetico, bensì all’assenso di quelle forze sociali prevalenti che, abbiamo detto, elevano quei ‘modi di vivere’ a modulo dei comportamenti di un’intera collettività, imponendoli all’osservanza di tutti”.

¹⁶⁶ C. M. BIANCA, *“Ex facto oritur jus”*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1995, p. 803.

contrario, irrazionale. Leoni propende fermamente per la seconda tesi, come si evince chiaramente dalla elaborazione della *teoria del diritto come pretesa individuale*, in cui egli rinviene una “sfera pre-razionale” del diritto, non creato quindi volontariamente dalla mente umana. Il pensiero di Bruno Leoni è stato fortemente influenzato dalle idee di Julius Herman von Kirchmann, a sua volta suggestionato dalle tematiche classiche della Scuola Storica tedesca. In particolare, Kirchmann in uno scritto del 1847, conosciuto come *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*¹⁶⁷, aveva avvalorato la tesi savignyana che reclamava a gran voce l’individuazione di un diritto del popolo contrapposto al diritto positivo, dando prova di come quest’ultimo avesse esercitato una scarsa influenza sulla esistenza e sui comportamenti dei popoli ed inquadrandolo, al contempo, in una dimensione a-scientifica. Di poi, l’inadeguatezza del diritto a stare al passo con le costanti ed inarrestabili evoluzioni sociali e l’elaborazione di una sfera pre-scientifica, coincidente con il “sapere del popolo” e radicata nelle “oscuere ragioni del sentimento”¹⁶⁸. Kirchmann è in contrasto con il diritto positivo, perché intrinsecamente “incompleto”, al quale si contrappone il “diritto naturale (cioè – non si dimentichi – delle istituzioni sorte spontaneamente presso un popolo) [...]”. La legge positiva – afferma il K. anticipando i più caratteristici argomenti della scuola del diritto libero – è rigida; il diritto si evolve; perciò anche la verità della legge si trasforma, col tempo, in errore. Ne basta: la legge positiva è *astratta* e la sua necessaria semplicità distrugge la ricchezza della formazioni individuali [...]. Infine la legge positiva è, *nella sua determinatezza, mero arbitrio*¹⁶⁹.”

Ne deriva che “lo schematismo, la rigidità della legge positiva si trasferiscono nella scienza [giuridica], ed essa è costretta a disprezzare la ricca individualità delle formazioni spontanee”¹⁷⁰; in questo modo, Bruno Leoni arriva a ritenere che sarebbe auspicabile riconoscere alle autorità giudiziarie un maggior grado di discrezionalità “nella ponderazione degli interessi e nel conseguimento degli scopi dell’ordinamento giuridico” in modo da “affrancare la scienza del diritto

¹⁶⁷ Vedi E. EHRLICH, H. HELSEN, M. WEBER, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di Alberto FEBBRAJO, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁶⁸ B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1940, p. 67.

¹⁶⁹ B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, cit., pp. 73-74.

Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, pp. 19-21.

¹⁷⁰ B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, cit., p. 77.

dall'asservimento alla casualità di un sistema legislativo"¹⁷¹. Tali elaborazioni miravano a ridurre la portata delle fonti legislative ad esigui principi fondamentali, lasciando ampio spazio al "diritto del popolo"; inoltre si trattava di una teoria destinata a produrre effetti dirimpenti, perché formulata proprio nel periodo della stesura del nuovo Codice civile. La giurisprudenza sarebbe quindi costituita dal "complesso di rapporti che sorgono, si sviluppano spontaneamente nel popolo e si realizzano nella sfera di ogni singolo come diritto naturale"¹⁷². In uno dei suoi scritti giovanili, *Il problema della scienza giuridica*, Leoni analizza la natura del diritto, che non ritiene di poter inquadrare nell'ambito di una concezione meramente scientifica. Per questa ragione, egli critica duramente le correnti che attribuiscono alla giurisprudenza valore di scienza, sostenendo che esse attribuiscono "senza darne dimostrazione, la razionalità, intesa come frazionabilità, o assumibilità in forme razionali, del contenuto della conoscenza giuridica"¹⁷³. Piuttosto Leoni parte dal presupposto che il diritto sia frutto di incessanti trasformazioni e delle "oscuere ragioni del sentimento": perciò, a differenza di quanto avviene per le scienze naturali, la scienza giuridica si scontra con una serie di problematiche intrinseche, prima tra tutte l'assenza di una base salda su cui fondare la propria indagine. Nella stessa direzione si muove nell'opera *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, in cui Leoni, analizzando il panorama dottrinale italiano, contesta gli apporti di Widar Cesarini Sforza, Ermanno Cammarata, Giorgio Del Vecchio, tesi a conferire scientificità al diritto. Di particolare interesse sono, inoltre, le osservazioni mosse da Leoni relativamente al principio "costitutivo" e a quello "regolativo" del diritto: "Tutto lo sviluppo contemporaneo della speculazione filosofica intorno al diritto può esser ricondotto all'avvento del principio *costitutivo* in luogo del tramontato principio *regolativo* dell'esperienza giuridica. Ed in realtà la storia delle idee si delinea con grande chiarezza mediante l'uso di questo canone d'interpretazione, che distingue in particolare presso di noi, il pensiero recente del Cesarini-Sforza [...]. Ma chi scrive riterrebbe opportuno proporre una modificazione di quel canone: intendendo cioè la speculazione contemporanea come un continuo sforzo di sostituire all'antico principio, *costitutivo e regolativo ad un tempo*, il *semplice principio costitutivo* del diritto. Sforzo che

¹⁷¹ B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, cit., p. 86.

¹⁷² B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, cit., p. 23.

¹⁷³ B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1940, p.7.

continua tuttora, poiché la sostituzione all'antico principio è in realtà rimasta aperta"¹⁷⁴.

14.1. Ordine economico, ordine giuridico

Nei due saggi *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico* e *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, Leoni avvia un'indagine di tipo economico e crea un legame tra economia e diritto; egli statuisce che, affinché un ordine giuridico funzioni correttamente, è necessario instaurare un regime di libera concorrenza, che permetta ai singoli di prevedere, nutrire e calcolare delle legittime aspettative o, in altre parole, la c.d. "speranza" matematica; essa viene definita come "il prodotto del valore economico (espresso in unità monetarie) di un bene sperato per la probabilità di ottenerlo. [...] La speranza matematica risulta essere dunque il valore economico attribuito all'aspettativa di un bene, la cui acquisizione ha, per un determinato individuo, un grado di probabilità calcolabile"¹⁷⁵. Per poter traslare la struttura della "speranza" matematica nella sfera della scienze giuridiche è indispensabile quindi renderla misurabile. Tuttavia, il mero calcolo matematico, come pure una enunciazione in termini puramente scientifici, non sono bastevoli per applicare il concetto di speranza anche all'ambito del diritto. Leoni si prefissa quindi di verificare se la speranza possa essere quantificata in termini economici, partendo dallo studio dei primi economisti, tra cui Cournot, Pascal e Bernoulli. Cournot determinò la nozione di *chances*, che corrispondono alle possibilità di ottenere un bene all'interno del meccanismo della lotteria. Le *chances* avranno un prezzo corrispondente a quello applicato, in un regime di libera concorrenza, sulle medesime cose; ciò permette di attribuire al concetto di speranza una valenza economica e non più soltanto matematica; al contempo, sarà possibile individuare il c.d. giusto prezzo, ossia il prezzo praticato in libera concorrenza di domanda ed offerta. "Così l'apparente concetto matematico, rivelata la sua natura di legge 'storica' particolare [quella della libera concorrenza], si scopre infine come una *generale previsione normativa* nel caso che vi siano delle *chances* da vendere o da comperare sul mercato"¹⁷⁶. La connessione tra la sfera del diritto e la teoria delle probabilità fu oggetto di speculazione anche di altri pensatori, tra cui Pascal e

¹⁷⁴ B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1942, pp. 18-19.

¹⁷⁵ B. LEONI, *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, in *Temi Emiliana*, n.4, 1943, p. 133.

¹⁷⁶ B. LEONI, *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, cit., p. 136.

Bernoulli, che furono egualmente oggetto di studio da parte di Bruno Leoni. Il primo, trovò vantaggiosa l'applicazione del sistema delle probabilità ai problemi giuridici, prescindendo dal dato empirico. "A rivelarlo è il suo costante interesse per la possibilità di risolvere il problema della ripartizione della posta di un gioco di azzardo interrotto con l'applicazione della regola della speranza matematica. Ma una tale applicazione non era sufficiente, da sola, a fondare una previsione normativa e purtroppo Pascal, come è noto, interruppe la sua ricerca a causa del sopraggiungere di una crisi religiosa. In ogni modo egli non teneva conto di un problema che invece appariva assai chiaro a Bernoulli, il quale, col suo celebre 'paradosso di Pietroburgo', rilevava come nel calcolo dell'aspettativa individuale non si possa prescindere dalla situazione personale dell'interessato. Stando così le cose. Per poter utilizzare il concetto di speranza matematica è necessario affiancargli quello di "valore relativo" che un bene ha per il suo possessore, cioè tenere conto della sua situazione patrimoniale. Questo nuovo tipo di speranza è chiamata da Bernoulli "speranza morale"¹⁷⁷. Leoni, pur concordando sull'esistenza della speranza matematica e di quella morale, nega ogni equivalenza tra le stesse: non è possibile assegnare alla speranza morale una funzione normativa, in ragione dell'influenza giusnaturalista secondo cui una norma, per esser tale, deve esser affrancata da implicazioni e risvolti personali; al contrario, deve esser in grado di "obiettivare" tutte le posizioni soggettive: "mentre la speranza matematica di Pascal rispettava queste condizioni, la speranza morale di Bernoulli, implicando il calcolo del valore storicamente e individualmente relativo di un bene, inevitabilmente sembrava allontanarsene. Se dunque la speranza morale pone in luce i limiti della speranza matematica, la prima non pare utilizzabile se non al prezzo di 'storicizzare' la norma"¹⁷⁸. Il confronto tra la teoria di Pascal e quella di Bernoulli "mostra, in modo particolarmente chiaro, come nessuna norma (anche se in apparenza semplice ed ovvia, e ricavabile come una formula matematica) possa sottrarsi al dilemma: o valere come tale, rinunciando ad adeguarsi a quella realtà storica da cui sorge e su cui tende a dominare; o tentare questa adeguazione, cessando per ciò stesso di valere sul piano normativo"¹⁷⁹. Così Leoni, capovolge il metodo utilizzato in precedenza e avvia la sua indagine ricercando nelle norme la nozione di speranza.

¹⁷⁷ Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, p. 28.

¹⁷⁸ A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, cit., p. 29.

¹⁷⁹ B. LEONI, *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, cit., p. 146.

“La speranza, essendo il valore dell’aspettativa di un bene, si fonda sulla valutazione economica del bene stesso, nonché sulla determinazione, attuata col calcolo, della probabilità matematica di ottenere tale bene. Il principale problema da superare è che molte valutazioni non hanno carattere economico, così come molti giudizi sulla probabilità di un evento non sono suscettibili di espressione numerica. Ma, nonostante ciò, tutti gli individui quotidianamente valutano e comparano le varie possibilità di guadagnare o perdere beni non suscettibili di valutazione economica”¹⁸⁰. Ne deriva che “l’acquisto o la perdita di una gran parte dei beni della nostra vita dipende dalla condotta dei nostri simili; e le previsioni inerenti ad una tale condotta sono quindi astrattamente necessarie alla determinazione di quel prezzo”¹⁸¹. Questa teoria permette a Bruno Leoni di pervenire ad una definizione di norma, che si basa sulle condotte altrui e che può “essere definita, forse, come il ‘tipo’ della previsione comune a un determinato ambito storico, la *schematizzazione* di cui abbisogna ogni partecipe di quell’ambito, per anticipare con giudizio di probabilità l’operato dei suoi simili, e valutare infine, in tal modo, il prezzo delle proprie speranze”¹⁸². Quindi, secondo quanto evidenziato da Leoni, la norma non è solo indice probabilistico del verificarsi di una certa condotta, ma individuando questa, ne individua anche i presupposti, vale a dire le condotte degli altri consociati. “La nostra condotta, se conforme alla norma, non sarà dunque che il prezzo della nostra speranza: variabile secondo gli ambiti storici cui apparteniamo, e non valutabile secondo unità monetarie”¹⁸³. Da tale risultato si evince chiaramente l’impronta irrazionale del diritto nel pensiero di Leoni, che ancor più nitidamente apparirà in un suo articolo del 1947, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in cui egli pone in evidenza l’importanza del contributo di Leibniz nella individuazione e nel calcolo delle probabilità, esteso non più solo ai giochi d’azzardo, ma preannunciando “l’esigenza di una logica delle probabilità, in base alla quale si possano risolvere, nella misura del possibile, tutte le dispute relative ad argomenti in cui né l’esperienza, né il calcolo, né ogni altra risorsa della logica generale ci soccorrano per il raggiungimento di conclusioni sicure. [...] [Leibniz] osò pensare [...] ad una *logica delle probabilità* mediante la quale si potesse, nelle più difficili questioni di diritto, di politica, di teologia e di

¹⁸⁰ A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, cit., p. 30.

¹⁸¹ B. LEONI, *Norma, previsione e “speranza” nel mondo storico*, cit., p. 147.

¹⁸² B. LEONI, *Norma, previsione e “speranza” nel mondo storico*, cit., p. 148.

¹⁸³ B. LEONI, *Norma, previsione e “speranza” nel mondo storico*, cit., p. 150.

metafisica, giungere al trovamento della verità”¹⁸⁴. La grande abilità di Leibniz consiste, secondo l’opinione di Bruno Leoni, nell’aver esteso la nozione di speranza ben al di là della sua iniziale applicazione ai giochi d’azzardo. Questo in quanto, nella sfera del diritto, “domina o deve dominare, una logica rigorosa, la logica della probabilità: dinanzi a questa logica la psicologia e l’autorità delle persone svaniscono: non rimane che il calcolo: dal calcolo – pensa Leibniz - scaturirà la legge, con la forza necessitante di una conclusione matematica”¹⁸⁵. Ne deriva che l’elaborazione di una teoria basata su norme giuridiche che si nutrono della combinazione di speranze, in un sistema di libera concorrenza, prelude all’individualismo integrale che caratterizzerà le opere della maturità di Leoni¹⁸⁶.

14.2. L’evoluzione del diritto presso le civiltà greche e romane

Ciò che attrae l’interesse di Leoni è che il diritto presso i popoli della Grecia antica, era in realtà collegato alla sfera religiosa, esisteva in forma consuetudinaria e costituiva una “espressione dell’anima popolare”. Inizialmente inteso come specchio della volontà degli Dei e manifestato per il tramite di sacerdoti ed oracoli, successivamente il diritto acquista i lineamenti di un vero e proprio corpo di regole, strumento volto a soddisfare, e al contempo a regolare, le necessità dei singoli. Germogliano così istituti giuridici frutto dell’opera dei singoli, che per essere valide devono inserirsi nel tessuto consuetudinario e diventare esse stesse consuetudine. Ma accanto al *nomos*, alla legge “giuridica”, cioè posta, contenente sanzioni e proveniente dalla volontà delle autorità politiche, si distingue la *physis*, ossia la legge “fisica”, incardinata sui principi di necessità e razionalità. La linea di demarcazione rimase nettamente distinta presso i popoli dell’antica Grecia, in quanto se da un lato la *physis* coincideva con “la necessità inderogabile dell’accadere dei fenomeni secondo un principio di razionalità”, il *nomos* costituiva “espressione rigida e coattiva, ma tuttavia mutevole e transitoria, della volontà dominante del loro ambito politico”¹⁸⁷. È proprio dal rapporto tra *nomos* e *physis* che Leoni perviene ad illuminanti considerazioni circa la nozione di diritto naturale.

¹⁸⁴ B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in *Rivista di Filosofia*, nn. 1-2, 1947, p. 159.

¹⁸⁵ B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, *cit.*, p. 183.

¹⁸⁶ Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, *cit.*, pp. 31- 35.

¹⁸⁷ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, p. 112.

Risalendo nel tempo fino alla filosofia socratica, egli evidenzia come accanto al *nomos*, frutto della volontà del popolo, si potesse individuare la *physis*, vale a dire l'insieme di regole consuetudinarie e leggi non scritte e ritenute frutto del volere divino; "vi è un modo *naturale*, presso tutti i popoli e tutti i regimi, del manifestarsi della volontà per quanto attiene alcune norme e le leggi, o almeno alcune, sono un riflesso della natura e hanno un fondamento trascendente l'arbitrio dell'uomo. In tal senso, e questo è l'elemento che più interessa Leoni, la giustizia appartiene alla natura dell'uomo"¹⁸⁸. In altri filosofi ed opere si rinvengono riferimenti conformi al pensiero di Socrate; esempi si rinvengono negli scritti di Ippia, pensatore sofista, nel testo dell'*Antigone*, tragedia sofoclea, nel ruolo di Callicle, nel *Gorgia* di Platone¹⁸⁹. In tali opere emerge come l'inosservanza del *nomos* sia ammessa, ma soltanto se in contrasto con la *physis*: la legge naturale prevarrà su quella scritta. Nello studio del *Politikos*, dialogo di Platone, Leoni nota la contrapposizione tra scienza e norme scritte: i dettami in materia di navigazione, medicina, agricoltura, erano infatti cristallizzati in fonti scritte, che però da sole non erano sufficienti a garantire lo sviluppo delle tecniche e degli studi scientifici. Questo, però, non valeva anche per il diritto: "Nessuno sarebbe così intelligente e onesto da governare i suoi concittadini in mancanza di leggi fisse senza causare molti più inconvenienti di un sistema di legislazione rigida. [...] Non faccio obiezioni a questa conclusione, purché se ne accetti la premessa, e cioè che gli ordini arbitrari di un tiranno sono la sola alternativa alle norme scritte. Ma la storia ci offre abbondanti prove per sostenere che questa alternativa non è né l'unica, né la più significativa, agli occhi di chi attribuisce valore alla libertà individuale. Sarebbe molto più coerente con l'evidenza storica indicare un'altra alternativa – per esempio, quella fra regole arbitrarie formulate da individui o gruppi particolari, e la partecipazione spontanea di tutti i cittadini al processo di formazione del diritto"¹⁹⁰.

Lo sviluppo del pensiero di Platone, infatti, non è tanto volto a giustificare o meno l'inosservanza del *nomos* alla luce dei diversi dettami della *physis*: piuttosto sul fondamento del diritto, armonizzando, almeno nel periodo più maturo dei suoi scritti, il diritto positivo - comunque influenzato da elementi di razionalità riconducibili alla volizione delle divinità - con quello naturale.

¹⁸⁸ A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni, cit.*, p. 37.

¹⁸⁹ Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni, cit.*, p. 37.

¹⁹⁰ B. LEONI, *La libertà è legge*, Macerata, Liberilibri, 1994, pp. 168-169.

La stessa tematica, quella della pacifica coesistenza del *nomos* con la *physis* è affrontata anche da Aristotele, che nella *Retorica* differenzia la “legge particolare”, ossia quella in vigore in un certo territorio, dalla “legge comune”, vale a dire quella accettata ed osservata da tutti i consociati; si parla infatti di una legge “secondo natura”, in quanto basata su una comune tavola di valori grazie alla quale è possibile individuare ciò che è considerato giusto od ingiusto dal sentimento comune. La “dottrina dell’equità” è poi lo strumento con il quale è possibile conciliare il diritto storico - positivo con quello naturale. Il problema evidenziato da Leoni è proprio quello di individuare una sfera di giustizia ed eguaglianza effettiva ed oggettiva, condivisa da tutti; egli, infatti, osserva che: “un [...] deciso tentativo di stabilire ‘oggettivamente’ la natura del giusto particolare, e quindi la natura dell’ ‘uguale’ nei rapporti giuridici, è compiuto dallo Stagirita a proposito della giustizia commutativa, ove il riferimento alle molteplici opinioni e convenzioni, o alle molteplici costituzioni, è abbandonato per far posto alla ricerca del fondamento stabile e generale di tutto il diritto obbligatorio. Ciò che rende giusto il rapporto tra due soggetti è l’equivalenza tra i beni da essi scambiati, o tra il danno subito e l’indennizzo corrisposto: orbene questa equivalenza è data per Aristotele dal bisogno, il quale non soltanto determina lo scambio dei beni, ma ne consente la valutazione comparativa mediante la moneta, la quale non è altro che un ‘modo di scambiare i bisogni’. Sebbene la teoria aristotelica sia pervenuta a noi in forma evidentemente incompleta e non di rado oscura, si può ravvisare nel suo complesso una vera e propria riduzione del diritto obbligatorio all’economia”¹⁹¹. E di poi, Leoni aggiunge: “Crediamo di vedere in questa teorica precisamente un tentativo nuovo ed originale di ricercare nel diritto un elemento stabile, presente in tutte le comunità giuridico-politiche e, come si è visto, alla base stessa di quelle comunità: il bisogno. Ma attraverso questa riduzione della teoria della giustizia particolare alla teoria del bisogno economico si annuncia una vera e propria teoria nuova del diritto naturale. ‘Ciò che non è uguale – scrive Aristotele in un passo rivelatore della *Politica* (VII, cap. 3, 1325b) – è contro natura [...], e ciò che è contro natura non è buono’. L’eguaglianza è dunque qualcosa di profondamente naturale, e poiché di eguaglianza si può parlare, come abbiamo visto, nelle comunità umane, proprio su quella base della commensurabilità dei beni, che è costituita dal bisogno, se ne deduce che il bisogno sta per A. alla radice di tutti i rapporti giuridici, in particolare di tutto il

¹⁹¹ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto, cit.*, p. 112.

diritto obbligatorio, come l'elemento 'naturale' di esso, cui si contrappone la moneta, modo convenzionale [...] di esprimere il bisogno. [...] [È] forse giusto vedere in lui il creatore di una teoria nuova, in cui l'elemento stabile e naturale del diritto (in particolare del diritto obbligatorio) è ravvisato nel bisogno economico, dinanzi al quale tutti gli uomini sono in condizione di uguaglianza [...]. Certo [...] A. ha trascurato di approfondirlo e di spiegarci più a fondo in che modo sia possibile tradurre il bisogno in espressioni monetarie e quindi rendere comparabili i beni di cui gli uomini abbisognano. A malgrado di questa grave incompletezza, la teoria aristotelica è tuttavia – crediamo – uno dei più antichi modelli, se non il più antico, di ogni tentativo di concepire l'uguaglianza e la stessa e la stessa giustizia in senso materiale, o di ridurre, come oggi si direbbe, la teoria del diritto alla teoria dell'economia, il che è poi, in ultima analisi, un tentativo particolare di risalire dalla 'convenzione' alla 'natura' »¹⁹².

Quindi nelle speculazioni dei grandi filosofi greci, in particolare Aristotele, Leoni intuisce l'inclinazione alla ricerca di un parametro in grado di attribuire scientificità al diritto; è proprio attraverso lo studio e la comparazione delle scienze economiche che è possibile pervenire alla comprensione delle scienze giuridiche. L'attenzione di Leoni si è inoltre soffermata sulle elaborazioni dei pensatori Stoici, che definirono indistintamente *nomos* sia le leggi fisiche che quelle umane, probabilmente “per esprimere la loro idea che la razionalità del mondo non soffre eccezioni neppure nel dominio etico - politico, e che non esiste un *nomos* degno di questo nome, che non rispecchi la legge naturale e non si adegui ad essa”¹⁹³. Questo spiega l'introduzione della *thesis*, corrispondente alla legge posta dal legislatore e non sempre coincidente con “ciò che è giusto secondo la legge universale di natura”; di qui la conseguente contrapposizione tra *physis* e *thesis*, “dove il primo termine indica la legge di razionalità universale, conosciuta dal saggio, mentre il secondo rappresenta le leggi storiche, poste dallo stato o dal legislatore”¹⁹⁴.

Per quel che attiene invece le civiltà romane, Leoni osserva differenze rispetto al mondo greco, in quanto il diritto costituiva oggetto di studio soltanto tra i giureconsulti. Nell'ordinamento giuridico pre-giustiniano era già noto il principio della *naturalis aequitas* o *naturalis ratio*, che ha

¹⁹² B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, cit., pp. 114-116.

¹⁹³ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, cit.,

¹⁹⁴ A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, cit., p. 40.

contraddistinto la nascita e lo sviluppo del diritto romano classico, per poi esser identificato dai giurisperiti dell'epoca giustiniana come la "ragione universale che governa il mondo"¹⁹⁵. Il diritto era quindi, nella concezione romana, uno strumento in grado di adattarsi ai mutamenti e ai bisogni della società, attraverso un processo del tutto naturale: l'evoluzione del diritto non era fondata sulla libera determinazione dei giuristi, quanto piuttosto sulla ricerca e scoperta dei continui mutamenti sociali, etici ed economici: "il diritto è per i Romani assai più un oggetto da osservare e da conoscere che una volontà da manifestare o un comando da esprimere"¹⁹⁶. In conclusione, se da un lato, per i popoli dell'antica Grecia il problema principale era quello di prevedere dei freni all'esercizio del potere politico, in quanto il diritto era considerato come "portato della volontà di un legislatore, come manifestazione di un potere politico dominante in una data società"¹⁹⁷; dall'altro, per i Romani, il diritto non lasciava posto ai comportamenti arbitrari dei singoli, ed il problema di trovare limiti all'esercizio delle funzioni dei titolari della potestà politica non sussisteva affatto, essendo il diritto fondato su concezioni empiristiche. "Allora, mentre la concezione greca del diritto è una 'scienza del giusto', che si propone di avere una razionalità di tipo geometrico e la cui tecnica di realizzazione è la creazione da parte del detentore del potere politico di una legge scientificamente giusta, quella romana dell'epoca classica è invece 'scienza del diritto', ossia una conoscenza dei rapporti che si realizzano storicamente nella società, e la sua tecnica è la ricerca da parte del giudice, con il suggerimento delle parti in causa, della regola per il caso pratico"¹⁹⁸. Leoni riprende le due concezioni, l'una greca, l'altra romana, e le concilia nell'epoca attuale; egli afferma infatti che: "Tanto il modo di pensare greco che il modo romano sono presenti nella mente dell'uomo moderno che si propone il problema del diritto. La tendenza dei greci a vedere nella filosofia del diritto una scienza razionale della giustizia ottenuta mediante l'esercizio del puro raziocinio e pertanto analoga alle scienze matematiche, ha ispirato tutta la grande corrente del pensiero moderno che va sotto il nome generico di giusnaturalismo: a tale tendenza ha fatto riscontro, sempre al modo dei Greci, quella a concepire il diritto come legislazione e la legislazione quale tecnica fondata sulla scienza razionale del giusto. Inoltre, come presso i Greci, si è considerato come un ovvio corollario a tale concezione, la

¹⁹⁵ Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni, cit.*, p. 42, nota 51.

¹⁹⁶ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto, cit.*, pp. 186-187.

¹⁹⁷ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto, cit.*, p. 187.

¹⁹⁸ A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni, cit.*, p. 43.

necessità che al legislatore venisse conferito un potere assoluto per tradurre in pratica i principi accertati dalla scienza. I riflessi storici di una tale concezione sono stati imponenti: come già presso i Greci si è coltivato nell'età moderna *l'ideale dello stato e della legislazione modello*, e si è tentato infine di introdurre coattivamente questo ideale nella storia. La rivoluzione francese (e in parte la rivoluzione americana che la precedette) è il primo fatto storico in cui si riflette in modo evidente questa concezione, e alla rivoluzione francese si ispirano, per questo riguardo, tutte le rivoluzioni politiche successive, con le quali si è tentato e si tenta di imporre, alle società che ne sono vittime, un modello ideale, spesso mediante l'esercizio della più energica e spietata coazione. Sarebbe un errore il credere che questo modo razionalistico di concepire il diritto sia scomparso col decadere della scuola del diritto naturale: esso è tuttora molto diffuso, ed appartiene in molti paesi alla mentalità dell'uomo comune. Il diffondersi delle codificazioni e delle costituzioni scritte nel continente europeo; il mutare di esso col mutare dei regimi politici; l'invasione sempre maggiore della legislazione nella sfera dei rapporti privati, sono altrettanti fenomeni in cui si riflette il modo di pensare che abbiamo chiamato greco dal popolo che gli ha dato per primo un'espressione definita, ma che per molte ragioni potrebbe essere chiamato moderno e contemporaneo. D'altra parte, il modo che abbiamo chiamato romano, di pensare e di risolvere il problema del diritto, non si può affatto dire scomparso dalla mente dell'uomo contemporaneo. Esso è soprattutto diffuso nei paesi di lingua anglosassone e più generalmente in quelli dominati dai popoli anglosassoni, per effetto dell'espansione del diritto comune inglese, divenuto, come già l'antico diritto romano ai tempi di Caracalla, un diritto mondiale. La concezione inglese del diritto ha – come noto – molte affinità con quella romana, affinità che forse possono ricondursi tutte a quella, fondamentale, che abbiamo illustrata: il diritto è concepito assai più come oggetto di conoscenza empirica che non come prodotto della speculazione o espressione della volontà di un dominatore politico. Donde l'importanza della tradizione giuridica, il valore attribuito all'autorità dei giuristi e dei giudici come interpreti del diritto vivente, l'assenza di codificazioni nel senso europeo, la mancanza di costituzioni rigide (come in Inghilterra) ovvero l'aspetto particolare di queste costituzioni in cui (come negli Stati Uniti d'America) il concetto della sovranità appare come disperso, ed il supremo principio della costituzione stessa rimane indefinito ed affidato al sentimento dei cittadini. Donde, anche, la maggiore continuità storica delle costituzioni, la minore invadenza della

legislazione nell'ambito dei rapporti privati, e in generale il senso dei limiti del potere e dell'arbitrio dei singoli, siano essi gli interpreti del diritto, o i detentori del potere politico, nei confronti dell'ordinamento giuridico. Del resto, anche nei paesi in cui predomina il modo che abbiamo chiamato 'greco', le manifestazioni della tendenza opposta sono importanti e numerose. L'avvento dello storicismo e la conseguente negazione dei principi ispiratori della scuola giusnaturalistica, la resistenza alla codificazione, la critica ad essa, manifestata soprattutto attraverso la rivendicazione di forme libere e 'popolari' di giurisdizione, la resistenza e la reazione alla progressiva e spesso tumultuosa invasione della legislazione nella sfera dei rapporti privati, sono, specie sul continente europeo nel secolo XIX e nel nostro, altrettante manifestazioni di una tendenza a vedere nel diritto qualche cosa che trascende per la sua oggettività e per la sua stessa portata, l'arbitrio individuale dell'interprete o del legislatore, ed a ricondurre il diritto ad una fonte anteriore alla legislazione, anche se, così facendo ci si richiama nuovamente a un concetto di 'natura', che ricorda più la *physis* razionale dei Greci o dei fautori del giusnaturalismo moderno, che non la *natura rerum* empirica dei Romani¹⁹⁹.

15. Paolo Grossi: riflessioni sulla proprietà

Innanzitutto l'approccio spontaneo di Paolo Grossi si intuisce già dalla definizione che egli fornisce del concetto di proprietà, un termine apparentemente fisso, ma in realtà assai mobile e mutevole. La prima cautela dello storico è proprio quella di prestare attenzione ai diversi significati che tale termine assume col passare del tempo, in altre parole alla "storicità della proprietà", ossia a quel diverso atteggiarsi di un istituto sensibile ai condizionamenti del contesto in cui è avviluppato²⁰⁰. Durante l'età dei particolarismi medievali, in mancanza di un unico detentore del potere politico – fatta salva la sfera di sovranità del Principe - la proprietà non si crea dall'alto ma, al contrario, è il risultato di un lento e spontaneo processo di formazione proveniente dal basso e determinato dai

¹⁹⁹ B. LEONI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, cit., pp. 196-198.

²⁰⁰ Cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p.3.

diversi accadimenti politici, economici, sociali, climatici, giuridici. L'istituto della proprietà si modella, più che sulle vicende soggettive, dei singoli individui, su quelle della *res*; ciò trova spiegazione nel carattere essenzialmente agrario delle realtà medioevali. Particolare considerazione era rivolta alla regolamentazione della c.d. *res frugifera*; in tale categoria vi rientravano tutti i beni caratterizzati dall'attitudine alla produttività, primo tra tutti il fondo rustico. Ed è proprio grazie ad una simile impostazione che si gratifica la posizione effettiva vantata su un bene, più che la mera titolarità. “È in questa visione progettuale che, nel medioevo sapienziale, nei secoli XII e XIII, una sensibilissima scienza giuridica costruisce la teoria del dominio diviso, del doppio dominio. La cosa viene disegnata come realtà complessa composta da una *substantia* interna e da una *utilitas* esterna, la prima che compete in ogni caso al proprietario formale, all'intestatario del bene, la seconda valorizzata da quel soggetto che il proprietario ha immesso sulla cosa per raggiungere la maggiore utilizzazione economica”²⁰¹. L'ordinamento giuridico romano aveva già accolto una tale distinzione, in particolare prevedendo l'istituto della locazione, che presentava però lo svantaggio di offrire al conduttore una debole tutela. Dal lavoro svolto dai glossatori emerge, dunque, una visione frammentata della proprietà, in quanto vengono formulate due costruzioni giuridiche ben distinte: il dominio diretto e il dominio utile. Ciò, in altri termini, significa che su uno stesso bene possono insistere situazioni proprietarie diverse, non necessariamente derivanti dal negozio della compravendita né dalla successione ereditaria, ma piuttosto da meri fatti, come il godimento, la gestione o l'uso del bene. Tuttavia, il *reicentrismo* che dominò la scena nel medioevo, era destinato, già a partire dal secolo XIV, a cedere il passo alle aspirazioni dell'*antropocentrismo*: infatti per quel che attiene il rapporto uomo/cosa, mentre la tendenza medievale era di dar prevalenza alla *res*, oggettivizzandola e frammentandola in più entità, in età moderna si assiste ad un'inversione di marcia: è posto in risalto il potere dell'individuo, padrone non soltanto del corpo e delle facoltà intellettive, ma anche di oggetti esteriori; la proprietà smette di esser considerata un elemento estrinseco e diventa un elemento intrinseco, connaturato all'essere umano; la proprietà è quindi intesa come una proiezione del potere individuale e, come tale, rigorosamente indivisibile. In questo senso si concretizza l'assolutizzazione

²⁰¹ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà, oggi, cit.*, p.5.

della proprietà²⁰², la cui massima celebrazione culminerà con la *Déclaration des droits* del 1789 che, nell'articolo 17, lo elevava a "diritto inviolabile e sacro". La proprietà diviene il cardine del tessuto sociale, economico e giuridico, uno strumento in realtà atto a perpetrare le diseguaglianze tra classe borghese e ceti meno abbienti. Tuttavia, l'emersione - tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento - della classe proletaria, gli sconvolgimenti sociali, i conflitti bellici, concorreranno alla riscoperta degli elementi fattuali, producendo ripercussioni anche sulla nozione di proprietà fissata nei Codici. Tra i primi giuristi che intuirono l'imminenza del cambiamento sicuramente occupa un ruolo notevole Enrico Finzi, il cui proposito era quello di strappare la proprietà alla dimensione astratta e catapultarla nel tessuto sociale che si andava delineando. Egli comprese il bisogno di dover osservare la proprietà dal basso e, in un discorso del 1922 intitolato "*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*", asserì: "non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli"²⁰³. Ne conseguì una riesumazione del *reicentrismo*, colta da altri insigni giuristi, tra cui Filippo Vassalli e Salvatore Pugliatti. La *de-soggettivizzazione* arrivò ben presto con lo "sconfinamento nella sfera sociale di un diritto pensato e risolto in chiave individualistica; la *funzione* impediva di pensare il proprietario quale entità insulare e lo inseriva invece cogentemente all'interno di un contesto sociale e ambientale. In talune conclusioni si arrivava a disegnarlo, più che il titolare del vecchio potere assoluto, quasi un *funzionario* al centro di una raggiera di doveri, o un *socius*, o - in determinate situazioni, come nel caso della proprietà forestale - un semplice *custos terrae*"²⁰⁴. Nel breve *excursus* tratteggiato, le prospettive storiche hanno seguito un incostante andamento: a mutare, però, non è il concetto di proprietà, ossia il potere esercitato sulle cose, ma l'angolazione scelta; il che conduce ad attribuire, a seconda dei casi, una rilevanza maggiore o minore all'individuo o alla *res*.

²⁰² Cfr. P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 13.

²⁰³ Si tratta di un discorso inaugurale tenuto da Enrico Finzi presso l'Istituto di Scienze Sociali 'Cesare Alfieri' in Firenze, cui lo stesso Paolo Grossi fa riferimento esplicito nell'opera *La proprietà e le proprietà, oggi, cit.*, pp. 12-13.

²⁰⁴ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà, oggi, cit.*, p.5.

15.1. *Proprietà collettive ed usi civici: istituti “viventi”*

Innanzitutto occorre tracciare una linea di demarcazione tra il concetto di proprietà collettive e quello di diritti di uso civico; “le prime costituiscono forme di appartenenza distinta sia da quella privata, sia da quella pubblica, spettanti su determinati beni (soprattutto terreni) a gruppi di antichi originari individuati dal luogo di residenza o da antiche concessioni, e da questi tramandate ai loro discendenti, secondo modalità variamente stabilite. I beni appartengono alla comunità come tale, anche se sottoposti ad utilizzazione individuale da parte dei singoli partecipi, ciascuno secondo la propria privata economia, utilizzazione che può realizzarsi sia sul complesso indiviso, sia su parti divise (come nelle partecipanze emiliane)”²⁰⁵. Gli usi civici, invece, consistono in diritti reali di godimento su fondi altrui, privati o pubblici. Gli usi civici – almeno i più diffusi – trovano puntuale disciplina nella l. 16 giugno 1927 n. 1776, nel r.d. 26 febbraio 1928 n.332 e nella l. 10 luglio 1930 n.1078. In sostanza le forme collettive di appropriazione fondiaria altro non sono che diritti spettanti ad una collettività, insediata in un dato territorio e consistenti nel trarre utilità elementari dalle terre, dalle acque e dai boschi; la finalità è quella di assicurare alla comunità, e ai componenti di essa, il godimento di siffatte risorse. I sistemi fondiari collettivi in questione sono presenti in tutta la penisola italiana ed hanno contenuto molto variegato, dal vagantivo al pensionatico delle province venete, dalle consorzierie valdostane alle servitù di pascolo degli Stati Pontifici, alle comunità della zona alpina centro-orientale alle partecipanze emiliane, dagli usi e demani del Meridione e agli ademprivi sardi²⁰⁶; pur nelle loro diversità intrinseche, essi presentano due punti di contatto: il primato della cosa – più precisamente della terra – ed il primato della comunità sull’individuo, simbolo di una imprescindibile e simbiotica relazione tra l’uomo e l’unità di appartenenza. Si tratta, inoltre, di assetti e meccanismi che procedono autonomamente e parallelamente all’ordine ed alla cultura ufficiale; ma mentre i primi sono fondati, come appena detto, su principi reicentrici, il secondo è imperniato sui caratteri propri dell’antropocentrismo²⁰⁷. Il dato ufficiale coincide con quanto lasciato in eredità dalla tradizione giuridica romana, su cui l’ordinamento borghese dell’età moderna si reggeva; uno dei capisaldi di tale

²⁰⁵ E. CASADEI, *Le forme di godimento collettivo dei beni agro-silvo-pastorali: ruolo e funzioni attuali*, in *Atti del XXXI Incontro di Studio*, Firenze, Firenze University Press, 2001, p. 284.

²⁰⁶ Cfr. P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 191-192.

²⁰⁷ Cfr. P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *I Georgofili-Quaderni*, Firenze, 2005, pp. 19-27.

sistema era appunto il centralismo dell'individuo – borghese - e della sua proprietà.

Una volta fuori dai secoli oscuri del Medioevo, la proprietà individuale acquista una nuova e fulgida dimensione, diventando espressione massima del potere e della libertà del singolo, un diritto naturale e quindi inviolabile; ogni forma di comunanza è rifiutata perché *mater malorum*²⁰⁸. Gli assetti fondiari collettivi costituiscono quindi un'altra proprietà, una 'proprietà funzione', un paradigma diametralmente opposto a quello della proprietà individuale²⁰⁹. Proprietà *funzione* nel significato più autentico del termine, "nel senso di una situazione soggettiva esercitata per l'interesse non proprio ma della collettività"²¹⁰.

Gli usi civici costituiscono una dimensione che nei secoli scorsi è stata ignorata, pur essendo ardente e radicata nel magma sociale attuale, come in quello passato, fino a perdersi nei meandri del tempo. Essi "non nascono da brillanti ipotesi scientifiche o da interventi legislativi di Sovrani o, comunque, di pubblici poteri. Nascono, invece, sparsamente come invenzioni spontanee di comunità storiche che credono di risolvere così il problema della utilizzazione d'una terra e, conseguentemente, della stessa sopravvivenza della comunità; e nascono diversi, perché ha da essere diverso lo sfruttamento di un territorio boschivo e pascolivo da quello suscettibile di coltivazione agraria, di un terreno di pianura da quello di montagna, di uno stagno da un ambiente siccitoso. Senza contare che su queste manifestazioni giuridiche improntate a un intenso localismo intensificheranno le diversità le particolarità etniche, le costumanze locali, i dialetti, le specifiche e irripetibili vicende storiche. Tutta questa realtà ha, come diremmo noi giuristi, una matrice squisitamente consuetudinaria, ha cioè nell'uso la sua genesi e la sua disciplina, ossia in quella fonte – l'uso appunto – che, provenendo dal basso, è specchio di situazioni particolari, è sempre segno di particolarismo giuridico. Aggiungendo anche che, trattandosi di fonte geneticamente non scritta, molto spesso – in comunità assai rozze e quasi sempre al di fuori dei grandi flussi culturali – tendente a restare orale senza tradursi in testi scritti, il carattere di oralità non poteva che esasperare l'incomunicabilità oltre i confini della micro-società dove l'uso era nato e prosperato"²¹¹. La loro formazione, quindi, è frutto di pratiche spontanee nate dal basso, e non certo dell'intervento del legislatore, che ha invece remato in direzione opposta,

²⁰⁸ Cfr. P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici, cit.*, pp. 25-26.

²⁰⁹ Cfr. P. GROSSI *Un altro modo di possedere, cit.*, pp. 38-39.

²¹⁰ P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici, cit.*, p. 26.

²¹¹ P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici, cit.*, p. 23.

nel tentativo di “liquidarli”, ossia di estinguerli o quantomeno alterarne la natura. “È proprio questo che si dovrebbe sottolineare: gli ‘usi civici’ sono manifestazioni di un costume primordiale, sono un *prius* rispetto allo Stato, emanazioni genuine di una società che spontaneamente si auto-ordina al fine di garantirsi una migliore sopravvivenza quotidiana, tanto è vero che il ricercatore (che si accosta ad essi per studiarli) non ha di fronte atti del potere politico (se non quelli liquidatorii) o riflessioni di dotti giuristi, bensì una tradizione spesso soltanto orale o che si è consolidata in rozzi ma efficaci statuti locali regolanti il rapporto fra comunità, comunista e terra. La fonte di queste realtà giuridiche è l’uso, ossia una fonte che viene dal basso e che esprime le esigenze, gli interessi, i valori circolanti in basso all’interno di comunità locali.”²¹².

Il termine “usi civici” è in realtà molto vago, di per sé insufficiente a ricomprendere la miriade di usi locali diffusi in tutta la penisola italiana. Ecco il motivo per il quale occorre molta prudenza nell’utilizzare tale espressione: essa racchiude il fulcro di costumanze, abitudini, tradizioni di quelle popolazioni che non hanno preso parte alle rivoluzioni e alle codificazioni, ma la cui esistenza è provata solo dai tentativi di “liquidazione” legislativa. Anche la realtà delle proprietà collettive emerge soltanto in seguito agli interventi legislativi volti ad eliminare ogni forma atipica, e quindi divergente dallo schema ufficiale ed inviolabile della proprietà individuale. A riprova di ciò, nella *Memoria per il Municipio di Medicina ai Ministri di Grazia e Giustizia e dell’Interno* del 1882, Oreste Regnoli, riferendosi alla natura delle Partecipanze, affermò che essa “non solo è perturbatrice dell’ordine giuridico, sì anche economico, come quello che sottrae all’utile commercio vasti territori, mantenendo una specie di manomorta in onta ai più elementari e più certi principii di pubblica economia, e di più poi è perturbatrice dell’ordine morale e della pubblica tranquillità”²¹³. Si trattava, invero, della testimonianza di uno stato d’animo diffuso, secondo cui “quei mostriciattoli, quei pericolosi relitti storici, quelle testimonianze di un primato del collettivo orrendamente suonate agli orecchi dei giuristi romanisti, dovevano essere cancellati dalla faccia della terra”²¹⁴. Il *Code Napoléon* del 1804 e il Codice Civile italiano del 1865, sono tra le più grandi conquiste dei

²¹² P. GROSSI, “*Usi civici*”: una storia vivente, in Archivio Scialoja Bolla, Milano, Giuffrè, 2008, p.20

²¹³ O. REGNOLI, *Sullo scioglimento delle partecipanze* in *Memoria per il Municipio di Medicina ai Ministri di Grazia e Giustizia e dell’Interno*, citazione di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* in *Quaderni fiorentini*, n. 19, Milano, Giuffrè, 1990.

²¹⁴ P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, cit., p.27.

moti rivoluzionari; di stampo squisitamente borghese, poggiano evidentemente sul pilastro della proprietà privata individuale, intesa come potere assoluto e connaturato alla vita del singolo individuo, oltre che modello indiscusso e avvolto da sacralità; per tale ragione nessuno delle due raccolte contiene tracce e riferimenti al fenomeno della proprietà collettiva²¹⁵: l'unica via da seguire era quella monista, dell'*unum dominium*. Seguirono diversi interventi legislativi a carattere sia nazionale che regionale, dando concretezza all'idea di una "sistemazione uniforme per tutto il Regno"²¹⁶. Tuttavia, sul finire del secolo XIX, cominciavano a maturare cambiamenti nelle coscienze dei più illuminati; fu proprio in questo periodo, precisamente nel 1861, che Sir Henry Sumner-Maine, professore di *Roman Law* a Cambridge e studioso attentissimo alle scoperte coeve di etnologi e storici, pubblicò la sua opera – a dir il vero il primo manifesto dei suoi propositi – in cui analizzava le testimonianze raccolte in zone non sensibili all'ascendente esercitato dal diritto romano: il risultato fu dirompente. Le forme di proprietà collettive, ben precedenti alle costruzioni – e costrizioni – giuridiche, costituivano un *prius* logico e cronologico. Paolo Grossi osserva, a tal proposito che: "(...) con Maine, il panorama culturale si fa per il giurista complesso, più vario e più ricco: accanto al canale obbligato e obbligante della cultura classica *altre* culture propongono soluzioni *alternative* e, nella nuova ottica, si consolidano due punti fermi: il disincagliamento di molte verità classiche dall'approdo sicuro e indiscutibile della *natura* e il loro affidamento alla fragilità e mutabilità del flusso storico; la possibilità di risolvere il problema del rapporto tra uomo e beni in chiave non individualistica senza far violenza alle vocazioni più riposte dell'umana natura"²¹⁷. Così Maine, in un passo della suindicata opera, sostiene che: "*There is a strong a priori improbability of our obtaining any clue to the early history of property, if we confine our notice to the proprietary rights of individuals. It is more than likely that joint-ownership, and not separate ownership, in the really archaic institution, and that the forms of property which will afford us instruction will be those which are associated with the rights of families and of groups of kindred. The Roman jurisprudence will not here assist in enlightening us, for it is exactly the Roman jurisprudence which, transformed by the theory of Natural Law, has bequeathed to the moderns the impression that individual ownership is the normal state of proprietary*

²¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, Milano, Giuffrè, pp. 509 ss.

²¹⁶ Così si legge in un passo della *Relazione al Senato* di Carlo CALISSE, dalla quale ha attinto P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 511-512.

²¹⁷ P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, cit., p. 65.

right, and that ownership in common by groups of men is only the exception to a general rule. (...) The mature Roman Law, and modern jurisprudence following in its wake, look upon co-ownership as an exceptional and momentary condition of the rights of property. This view is clearly indicated in the maxim which obtains universally in Western Europe, 'Nemo in communione potest invitus detineri'... But in India this order of ideas is reversed, and it may be said that separate proprietorship is always on its way to become proprietorship in common"²¹⁸.

Nella stessa direzione le riflessioni di Émile De Laveleye, eclettico economista belga, che affiorano in numerose sue opere, tra cui *De la propriété et de ses formes primitives* del 1874, e *Le socialisme contemporain* del 1881, in cui viene ampiamente affrontato il problema delle origini storiche della proprietà: "*La propriété foncière a pris un caractère tout nouveau et sans précédent dans l'histoire. Aux époques primitives, la terre, propriété collective de la tribu, fournit à chaque famille le moyen de vivre par son travail. Aux époques féodales, considérée comme appartenant en principe au souverain, elle est la rémunération de fonctions remplies, et elle implique des services rendus, entre autres ceux de l'armée et de la justice. Aujourd'hui, dégagée de tout lien, affranchie de tout devoir, elle n'est plus, pour qui la possède, qu'une source de jouissances. Les classes qui travaillent et les classes qui jouissent deviennent ainsi de plus en plus étrangères les unes aux les autres, et ici, comme à Rome, étrangères est synonyme d'hostiles*"²¹⁹. Con tali osservazioni, Laveleye denuncia le distorsioni del concetto di proprietà, adattato alle esigenze del ceto borghese e illegittimamente elevato a diritto naturale; la proprietà così intesa è unilaterale ed iniqua, viola l'equilibrio del principio della *aequalitas partium*, privilegiando il *dominus* in funzione della sola posizione socio-economica rivestita²²⁰. In territorio italiano, attorno agli anni '70 ed '80 dell'Ottocento, si crearono i presupposti per la concreta emersione di tali assetti particolaristici. Notevole lucidità si ravvisa nell'indagine svolta da Carlo Cattaneo nel 1851, quando fu incaricato di verificare la situazione globale – e specialmente gli aspetti sociali, culturali, giuridici, economici – di una regione del Canton Ticino, il piano di Magadino, in occasione della sua bonifica; in tale circostanza Cattaneo, evidenziando la presenza di assetti

²¹⁸ H. S. MAINE, *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London, 1870, pp. 259-261, riprese da P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, cit., p. 67.

²¹⁹ E. DE LAVELEYE, *Le socialisme contemporain*, p. XXIII, citato da P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, cit., p. 92.

²²⁰ Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 92-93.

proprietari collettivi, così precisò : “questi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni: è un altro modo di possedere, un’altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi”²²¹. Risultati ragguardevoli si raggiunsero anche grazie ai lavori svolti in seno all’Inchiesta Jacini in cui si prevedeva l’istituzione di Comitati e Sotto-Comitati, composti prevalentemente da periti agrari; a questi ultimi era affidato il compito di effettuare un esame capillare, regione per regione, e stilare un resoconto di tutti i fenomeni collettivi allora esistenti²²²; gli *Atti* che ne sono scaturiti costituiscono una preziosa e ricca sorgente di informazioni, che ha permesso la individuazione del “paese reale” - a voler usare l’espressione di Jacini – ossia l’altro volto del “paese ufficiale”²²³.

Di particolare importanza sono due proposte di legge, rispettivamente del 1888 e del 1894, originariamente rivolte la prima ad abolire “le servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare i imposte a titolo di pascoli nelle ex-province pontificie”, la seconda “portante l’ordinamento dei domini collettivi nelle provincie dell’ex Stato pontificio”; a tal proposito illuminanti furono gli interventi di Giovanni Zucconi e Tommaso Tittoni.

La legge 24 giugno 1888 n. 54789 seguì un percorso tortuoso ed accidentato prima di diventare tale : causa ne è l’incedere di teorie collettivistiche che iniziavano a diffondersi tra le schiere di economisti e giuristi. In occasione dell’esame della Commissione, venne insignito della carica di relatore Giovanni Zucconi, che temperò nettamente il divieto, aprendo varchi agli assetti collettivi²²⁴.

La legge 4 agosto 1894 n. 397 traeva spunto dalla proposta di legge avanzata dall’ onorevole Tittoni ed altri deputati. Grazie ad essa “nelle provincie degli ex Stati pontifici e dell’Emilia le università agrarie, comunanze, partecipanze e le associazioni istituite a profitto della generalità degli abitanti di un comune, o di una frazione di un comune, o di una determinata classe di cittadini per la coltivazione o il godimento collettivo dei fondi, o l’amministrazione sociale di mandrie di bestiame, sono considerate persone giuridiche”²²⁵. La portata di una tale iniziativa legislativa era prorompente: per la

²²¹ C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, in *Scritti economici*, passo richiamato da P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 35.

²²² Cfr. P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, cit., p.24.

²²³ Cfr. P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, cit., p 31.

²²⁴ Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 315-352.

²²⁵ Art. 1 degli *Atti parlamentari. Camera dei Deputati*, in P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 352 ss.

prima volta si dava valore alla proprietà collettiva. Tuttavia, le timide aperture provocate dagli interventi del 1888 e del 1894 si smorzarono con l'indifferenza, e talvolta con l'avversione, generali. Tale *animus* non era cambiato quando, in occasione del riordino operato con la legge 16 giugno 1927, si volle realizzare una legislazione uniforme, applicabile in tutto il territorio italiano. Essa presentava l'inconveniente di non contemplare tutta la sterminata casistica delle appartenenze collettive; si assunse come modello paradigmatico la legislazione meridionale che, pur essendo di notevole pregio, rifletteva una realtà parziale - quella del Mezzogiorno appunto - senza tener conto delle evidenti difformità radicate nel centro e nel settentrione; realizzava "un trapianto forzoso, innaturale e antistorico", oltre a ricomprendere "sotto la onnicomprensiva ma falsante dizione di 'usi civici' situazioni oggettivamente non riconducibili entro quell'unico denominatore; si riportavano i diritti promiscui 'in una sfera di diritto pubblico' in coerenza con le impostazioni generali del regime (anche se in contraddizione con il carattere condominiale loro riconosciuto) e si perpetrava in tal modo un'altra innaturale operazione, ripugnando una riduzione pubblicistica, come vedremo tra poco, almeno a tutte le proprietà comuni dell'Italia centro-settentrionale"²²⁶. L'uniformità legislativa fu preservata dal regime fascista, come anche in seguito; l'insofferenza per le teorie collettivistiche avanzava sicura: costituisce un esempio la sentenza 24 ottobre – 27 dicembre 1947 di Giovanni Raffaglio, Commissario per la liquidazione degli usi civici per le provincie di Trento, Bolzano e Belluno: nel caso specifico l'intento mostrato da Raffaglio era quello di incasellare le Regole ampezzane entro il sistema di diritto vigente. In posizione diametralmente opposta Giangastone Bolla, il quale aveva espresso forti dubbi sulla legittimità della legge del '27 e sulla sufficienza degli strumenti esegetici a disposizione. "Il rigore, che è doveroso riconoscere a Bolla, è nella ritrovata percezione dell'alterità degli assetti collettivi rispetto al diritto vigente italiano, e della conseguente assurdità di voler continuare a misurarli con delle unità di misura assolutamente falsanti"²²⁷. Tale giurista nel tempo acquistò sempre più consapevolezza dell'esistenza di tali realtà sepolte dai rigidi schemi legislativi; pubblicò memorie e saggi in difesa delle Regole cadorine ed in generale gli assetti collettivi alpini, senza però aspirare ad una tanto inutile quanto infeconda classificazione puntuale di essi. Bolla sarà accanito contestatore di "quell'accentramento legislativo che tende ad imporre *leggi*

²²⁶ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., pp. 513-514.

²²⁷ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., pp. 518.

uniche a situazioni diverse, a negare forme storiche di *autonomia locale e di gruppi* che attraverso il lavoro e l'esperienza di secoli, forse millenni, hanno acquistato il diritto di regolar da sé i propri interessi mediante istituti che sono fondamentali per la vita sociale e l'economia di importanti regioni”²²⁸. L'instancabile attività di Bolla, lo condussero alla stesura dell'art. 34 della legge 25 luglio 1952, la c.d. legge per la montagna, che recitava: “Nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere ed amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore”. Con tale intervento, Bolla realizzò un grande successo in quanto arrivò ad stravolgere la direzione del legislatore e l'atteggiamento di chiusura che si era reiterato nel tempo.

Una nuova sensibilità si avvertì anche in una pronuncia del 1964 della sezione IV del Consiglio di Stato e in una del 1967 della Corte d'Appello di Roma – sezione usi civici; entrambe facevano espresso richiamo al *condominium iuris germanici*. Al di là delle vicende di tale istituto - da molti ritenuto un tentativo di “gabellare come *urdeutsch*”, come assolutamente tipico della civiltà germanica, uno schema appropriativo: il *Gesamteigentum*²²⁹ – evocava significati provocatori, perché simbolo di una concezione nuova della proprietà, o quantomeno opposta a quella tradizionale.

In conclusione, la contrapposizione e le differenze tra proprietà individuale ed assetti appropriativi collettivi esiste ed è palpabile; l'una è incentrata sulla dimensione soggettiva, gli altri si modellano sulla cosa, in ossequio ad una visione prettamente oggettiva. Tuttavia, la proprietà collettiva “non è soltanto un regime di beni, ma si compenetra col regime sociale soprastante generalmente identificato in una sorta di consorzio soprafamigliare, e il tessuto squisitamente solidaristico che lega e cementa la micro-società consortile si riversa anche sul piano patrimoniale, che è investito e caratterizzato da un genuino spirito di solidarietà. (...) Non un soffio di psicologia capitalistica li sorregge, ma un intreccio fra lavoro, produzione, sangue e terra dove la dimensione personale e la dimensione reale si intrecciano con le loro reciproche forze coesive per costruire un certo tipo di organizzazione giuridica

²²⁸ G. G. BOLLA, *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici*, 1947, passo citato da P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 526.

²²⁹ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 539.

di beni, appunto la proprietà collettiva²³⁰. Dai primi tentativi di aprire un varco al pluralismo si sono compiuti numerosi passi avanti; nonostante la crescente considerazione e le numerose conquiste in tale ambito, perdura in alcuni la tenace convinzione della superiorità dell'assolutismo giuridico. Eppure il principio della sovranità popolare celebrata nell'art.1 della Carta Costituzionale "non è da vedersi come una affermazione declamatoria e retorica priva di precisi contenuti, ma come la affermazione della preminenza sostanziale della società e dell'ordine sociale in confronto ad ogni potere politico che in qualche modo pretendesse di rendersi prevalente o dominante in confronto alla società stessa"²³¹, il che significa in altri termini "la riconduzione alla società della funzione normativa e, di conseguenza, la non-identificazione fra ordine giuridico e Stato; una società sorpresa dall'art.2 in tutta la ricchezza delle varie formazioni sociali; una società vocata, secondo l'indicazione dell'art.3, a garantire l'eguaglianza fra i cittadini con la rimozione di tutti quegli ostacoli che possano impedire il pieno sviluppo della persona. Se un pregiudizio assolutistico non vizia apoditticamente la mente dell'interprete, questi tre articoli sembrano scritti anche per i nostri assetti proprietari collettivi: manifestazioni vivaci della sovranità popolare nel suo vario esprimersi (...). In grazia di questi tre articoli il giudice repubblicano non ha vincoli – nemmeno sul terreno dello stretto diritto positivo – a dover misurare le architetture giuridiche degli assetti collettivi con i principii loro esterni ed estranei contenuti nelle leggi dello Stato; ha piuttosto il dovere culturale ma anche giuridico di 'misurarli' con le unità di misura offerte dalla loro tradizione culturale"²³².

²³⁰ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., pp. 545-546.

²³¹ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, 1990, citazione ripresa da P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 550.

²³² P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., pp. 550-551.

16. *Modelli di spontaneità*

16.1. *La vendetta barbaricina*

I barbaricini sono popolazioni insediatesi in Barbagia, una regione della Sardegna. Nella cultura barbaricina²³³, accanto alle leggi dello Stato, spesso comprese solo parzialmente o ignorate del tutto, si rinveniva un *corpus* di regole di comportamento non scritto ma saldamente radicato da tempo immemorabile nelle comunità locali e percepito come vincolante; membri delle comunità barbaricine erano soprattutto contadini e pastori, tenuti ad osservare le regole istituite nell'ambito di tali forme di organizzazione sociale. Eventuali violazioni venivano punite attraverso la vendetta, strumento di giustizia messo a disposizione dell'intera comunità e anch'esso regolato da una pluralità di norme non scritte.

In particolare, un'indagine approfondita è approntata da Antonio Pigliaru nell'opera *Il codice della vendetta barbaricina*, nel focalizza l'attenzione sul fenomeno del banditismo in Sardegna e sulle regole relative al meccanismo della vendetta, tramandate oralmente e in lingua sarda, di generazione in generazione. In tale scritto, Pigliaru porta a termine l'arduo compito di fissare per iscritto tali norme, costituendo un vero e proprio codice di 23 articoli, con il rigore e il linguaggio squisitamente giuridici. Alla base della tradizione e della cultura barbaricina vi è quindi un coacervo di regole non scritte e formato spontaneamente perché necessario ad una pacifica convivenza sociale. La vendetta è, invece, lo strumento attraverso cui ripristinare l'ordine venuto meno in seguito all'offesa. Il concetto di offesa non è connesso all'azione in sé, quanto piuttosto all'intenzione sottesa all'azione; ne deriva che il medesimo atto può costituire o meno un'offesa, a seconda dell'intento retrostante. L'abigeato, ad esempio, è considerato un comportamento meritevole di censura, se rivolto solamente a danneggiare e screditare l'offeso; al contrario, esso è percepito come legittimo, "è pratica normale di vita", se attuato in risposta ad un primo furto di bestiame ed anche se non è rivolto ai danni del colpevole del furto precedente. Una volta verificata la sussistenza dell'offesa, scatta il meccanismo della vendetta, che non costituisce un mero diritto dell'offeso, ma un vero e proprio dovere di quest'ultimo, dal quale non può esimersi senza cessare di esser parte della "comunità dei noi", di "noi

²³³ A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna. Il codice della vendetta barbaricina*, Milano, Giuffrè, 1970.

pastori”, “noi barbaricini” e di rinunciare ai vantaggi da essa derivanti. Chi opera vendetta, in ultima analisi, opera nella comunità e per conto della comunità; è la comunità stessa a chiedere vendetta e a giudicare le modalità con cui si è realizzata. Perciò la vendetta può esser considerata tutt’altro che istintiva e meccanica, ma anzi ponderata e soppesata. Pagliaru sostiene appunto che “La cosa importante perché, sia pure in modo rudimentale, il soggetto legittimato dalla vendetta per causa di questa attribuzione di un dovere (attribuzione attraverso la quale la comunità realizza se medesima e si pone essa medesima come soggetto di azione); e per il modo in cui quel dovere viene attribuito e per il significato che esso ha – in quei termini in cui è posto nella struttura organizzativa dell’ente sociale – finisce con l’assumere, di fatto, il ruolo di organo, rispetto alla comunità – e dalla sua legge – che appunto per tal modo e per l’azione di quel suo membro, realizza il proprio intervento nell’azione, egli acquista infatti, ad implicita conferma di questa sua nuova posizione, anche alcuni criteri discrezionali, nell’esercizio attivo di questa sua nuova condizione, che ben sottolineano, a loro volta, il rapporto di continuità intercorrente tra la volontà (generale) della comunità e la volontà sua, rapporto che così non risulta interrotto in nessun momento”. Il codice barbaricino è quindi da intendersi come un’evoluzione della legge del taglione che, ancora in uno stadio primitivo, non distingue tra azione ed intenzione, e che, contrariamente, prende in considerazione singoli fatti, moralmente e socialmente deprecabili, ai quali far corrispondere punizioni, ossia altri fatti, proporzionate all’entità danno cagionato. Dal codice della vendetta, un vero e proprio “codice di guerra”, invece, si evince il concetto di dovere sociale, morale, universale di sentirsi offesi da un’azione sempre mirata a ledere l’onore dell’offeso. In altre parole, non è sufficiente il danno patrimoniale in sé per mettere in atto la vendetta: è il danno patrimoniale che deve recare l’offesa. L’onore è l’unità di misura, il cardine della stabilità e dell’omogeneità sociale. Così Pagliaru afferma che “L’offesa offende l’unità sociale, rigetta l’uomo nel mondo dell’incertezza: introduce una frattura, un miasma che significa – fatalmente – la crisi di tutto il mondo che l’uomo ha edificato a sé medesimo, per vivere in esso, fuori della natura e contro la natura, una vita umana. L’offesa è così la crisi di ogni tentativo di pensarsi umanamente che l’uomo compie nell’esperienza e nella vita per salvare l’esperienza (l’azione) e la vita: l’offesa offende in effetti questa nuova idea che l’uomo ha di sé dal momento che non si pensa non più come una fiera solitaria, ma come uomo, cioè come persona, e soggetto quindi di nuovi rapporti sociali posti in essere da lui stesso

nello sforzo di umanizzare se stesso e la propria vita”. Vendicarsi, opporre la propria forza contro l’altrui prepotenza per preservare la stabilità del proprio gruppo di appartenenza, assicura la partecipazione alla vita sociale e alla conservazione di essa. Tuttavia, la doverosa vendetta non può esser lasciata agli arbitri dell’offeso, ma dev’essere imbrigliata entro dei limiti precisi, tutti riassunti nel Codice.

Il codice funge quindi non solo da strumento per regolare i rapporti intersoggettivi tra i membri delle comunità barbaricine, ma si fonde con esse e ne costituisce la storia; ma si tratta di uno strumento che non conclude, che conduce, per utilizzare i termini dell’Autore alla “inconclusione perpetua”, poiché ogni atto di sangue impone in ogni caso un altro atto di sangue, fino a ripetersi all’infinito. Ecco che, altrettanto spontaneamente, viene previsto all’interno della comunità un comitato incaricato proprio di esercitare una funzione risolutiva, di ristabilire la concordia, un organo che, pur riconoscendo l’esistenza del codice, ha il compito di attribuire a ciascuno l’onore perduto²³⁴.

16.2. Il tricolore

Un altro esempio di spontaneità nella storia italiana è sicuramente la diffusione del vessillo tricolore. Allo sbocciare della Primavera dei popoli, periodo caratterizzato da moti rivoluzionari borghesi che esplosero in tutta l’Europa nel 1848, andava infatti comparso un peculiare fenomeno nelle diverse regioni del territorio italiano che, pur essendo caratterizzate da evidenti diversità, presentavano un elemento di corrispondenza: l’impiego della bandiera di tre colori, verde, bianco, e rosso. Non si trattava di un episodio circoscritto alla penisola italiana, in quanto aveva contraddistinto anche altre parti dell’Europa; in Germania, per fare un esempio, nero, oro e rosso erano i colori imperanti. La scelta di una bandiera tricolore non era casuale, in quanto rappresentava il simbolo di ambizioni ed ideali costituzionali e liberali, nonché di brame ed intenti eversivi. Molteplici furono le occasioni in cui, sul suolo italiano, si issarono bandiere dai tre colori: già alla fine del XVIII secolo, con l’esperienza delle Repubbliche, vennero esibite bandiere dai tre colori orizzontali; solo nel 1847

²³⁴ V. CORREDDU, forum del Centro Studi Umanista “Salvatore Puledda”, <http://csusalvatorepuledda.org/viewtop>

Goffredo Mameli esibì il tricolore a bande verticali in quel di Genova; tuttavia non si trattò di un avvenimento isolato, in quanto ad esso ne fecero seguito altri; il tricolore fu sfoggiato a Palermo il 12 Gennaio 1848, il 17 dello stesso mese a Torino ed il 28 a Napoli. Si era davanti ad un irrefrenabile fenomeno: il 17 Marzo a Venezia sventolava il tricolore con strisce orizzontali, il 18 Marzo, data in cui ebbero inizio le ‘Cinque giornate’, sia a Milano che a Roma, il 22 Marzo a Parma; il giorno seguente, a Torino, Carlo Alberto mostrò per la prima volta una sciarpa dai tre colori; 24 Marzo fu utilizzato il tricolore come drappo dell’armata di terra e, venti giorni dopo, analoga decisione venne presa per l’armata di mare. Il 28 Aprile si confermò che “le insegne delle milizie comunali si comporranno di tre liste uguali e verticali in verde, bianco e rosso, e porteranno al centro lo scudo di Savoia con orlo azzurro. Le dimensioni delle insegne saranno di metri 1,60 per l’altezza e 1.50 per la larghezza”.Altri Stati italiani giunsero alla stessa decisione: i tre colori divennero il simbolo della Repubblica veneta già dal 26 Marzo, come anche quello del Granducato di Firenze e del Regno delle Due Sicilie, dove il Programma del 3 Aprile prevedeva che “le bandiere reali verranno circondate dai colori italiani”²³⁵.

16.3. Nascita dell’interim ministeriale

Nello Statuto Albertino, firmato e pubblicato nel Marzo del 1848 ed entrato in vigore nel Maggio dello stesso anno, scarse erano le disposizioni volte a regolare l’esercizio del potere esecutivo. Sin da subito, nella vita politica di quel tempo si verificarono svariate manifestazioni spontanee, soprattutto per quel che riguarda la nascita di istituti e comportamenti, che avrebbero poi influenzato la storia costituzionale dello Stivale. Già dalla settimana seguente alla firma dello Statuto nacque in modo del tutto spontaneo la carica di Presidente del Consiglio dei ministri e perfino quella del presidente incaricato, non contemplate affatto nel testo in parola. Infatti, il 5 Marzo, re Carlo Alberto aveva investito Federico Sclopis del compito di individuare i possibili presidenti del Consiglio e di forgiare un governo ‘costituzionale’; tra i nominativi dei possibili presidenti vi era quello di Balbo, che

²³⁵ R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità e ideologia*, Torino, Giappichelli, 2008, pp.87 – 90.

concretamente ottenne l'incarico l'8 Marzo. Balbo fu infatti il primo Presidente del Consiglio ed il primo ad ottenere la reggenza di un *interim*. Infatti, l'allora ministro della Guerra, il conte Franzini, lasciò Torino per occuparsi della guerra contro l'Austria e quindi occorreva assegnare la gestione del portafoglio di Guerra e Marina a qualcuno che fosse presente nella capitale: Balbo fu incaricato interinalmente fino al rientro del titolare. L'istituto dell' *interim* ministeriale fu caratterizzato da un repentino sviluppo e da un impiego massiccio, senza incontrare ostacoli dottrinari né politici. In un altro caso, l'allora ministro dei Lavori pubblici des Ambrosis fu nominato commissario straordinario per sedare i disordini in Savoia; durante la sua breve assenza fu quindi assegnato l'*interim* non già al Presidente del Consiglio, ma al conte Ottavio Thaon di Revel, ministro delle Finanze. Già da questi esempi è possibile evidenziare i tratti salienti dell'istituto che veniva assegnato per iscritto dal Capo dello Stato, non richiedeva una delibera da parte del Consiglio dei ministri in quanto l'accordo dei due interessati era di per sé bastevole; il titolare era temporaneamente sospeso dall'esercizio del suo dicastero, senza però vedersi sottrarre la sua funzione. L'*interim* si distingueva nettamente dagli strumenti della delega e del mandato, in quanto mancavano nel primo, contenuti ed effetti prestabiliti, oltre che un conferimento diretto del titolare al reggente; doveva inoltre esser incaricato il Presidente del Consiglio o un ministro. Se era incaricato il Presidente, questi non necessitava di un proponente; se era incaricato un ministro, il ruolo del proponente era attribuito al Presidente. Inoltre l'*interim* non incontrava limiti di tempo, pur essendo intrinsecamente una funzione temporanea perché destinata ad esaurirsi con il rientro del titolare. Non configurava una vera e propria supplenza, perché non si riscontrava una sostituzione del titolare, né dava vita a situazioni di co-titolarità o di subentro. Non è casuale la mancanza di indicazioni riguardo al giuramento da parte del destinatario di *interim* : costui non era tenuto a reiterare il giuramento già prestato per il proprio ministero. A partire dall'Agosto del 1848 altre e nuove forme di *interim* si concretizzarono, in attesa della designazione del Presidente del Consiglio. Ciò avveniva durante la formazione del terzo governo statutario, in cui a Thaon di Revel fu riconosciuta la titolarità delle Finanze (il 14 Agosto), mentre a Merlo dell'Istruzione (il 16 Agosto); a quest'ultimo fu anche assegnata ad *interim* la Giustizia e solo successivamente alle dimissioni di Casati, il 19 Agosto Alfieri fu nominato come Presidente del Consiglio. L'altro *interim* che caratterizzò tale governo riguardava l'Agricoltura e coinvolse due

ministri, in un primo momento lo stesso Alfieri, il quale cedette l'incarico al ministro Derossi di Santa Rosa, già titolare dei Lavori pubblici e quest'ultimo lo mantenne finché non fu nominato Torelli come titolare. Anche questi passaggi interinali furono testimoniati da atti scritti, anche se non era affatto previsto un regime di pubblicità nella *Raccolta degli Atti di Governo* (corrispondente all'attuale *Gazzetta ufficiale*); apparve solamente e spontaneamente l'abitudine di darne notizia alle Camere. Dell'*interim*, inoltre, si potevano distinguere diverse tipologie: poteva essere predisposto prima ancora della nascita (quindi *ex ante*) o anche durante (ossia *in itinere*) la vita di un governo, con o senza aver prima designato il titolare stabile (realizzando, rispettivamente, una interposizione soggettiva od oggettiva). Essendo un istituto estremamente malleabile, sorsero spontaneamente altre varianti, come la previsione di più *interim* sullo stesso soggetto o dicastero e sul Presidente del Consiglio. Infatti l'allora Presidente e titolare degli Esteri, Gioberti, il 19 Febbraio del 1849 fu dispensato dal re Carlo Alberto e solo due giorni dopo fu conferito il doppio *interim* a Chiodo, già occupato nella reggenza del dicastero di Guerra. Dagli anni '50 in avanti l'*interim* conobbe una espansione celere e florida; le nuove configurazioni conservavano tutte un carattere spontaneo e legato alla temporaneità dell'istituto. Quasi tutti i governi si servirono di un tale strumento, da Cavour a Rudinì, da Depetris a Zanardelli; eppure in nessun caso, neanche in epoca fascista, si desiderò disciplinare l'istituto, lasciando che l'evoluzione spontanea dell'istituto facesse il suo corso e lo modellasse sulla base di una tavola di valori comuni.

Nella metà del XX secolo si provò a regolamentare l'istituto, a partire dal un progetto di legge avanzato nel 1952 da De Gasperi fino alla legge 400/'88, senza però giungere a risultati soddisfacenti; l'assenza di prescrizioni normative che cristallizzino la materia riflette l'indole mutevole e spontanea dell'istituto, che è tale perché approvato dai soggetti istituzionali e mai eliminato²³⁶.

²³⁶ Cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *1848-1920: l'interim ministeriale, un istituto spontaneo?* In *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, anno XXXII, n.1, Marzo 2012, Bologna, Il Mulino, pp. 75-90.

16.4. Decreto legislativo e decreto-legge

Lo Statuto Albertino, per sua natura duttile, flessibile ed elastico, costituì le basi di cambiamenti, arricchimenti ed evoluzioni spontanei, avvenuti cioè senza brusche trasformazioni del tessuto sociale e politico, ma anzi, assecondando fluidamente l'andamento di aspirazioni ed interessi di individui e Stato. La spontaneità è stato elemento predominante per tutta la vita dello Statuto, idoneo ed aperto al costante progresso, reso possibile attraverso la lettura e l'applicazione evolutive del suo contenuto. “Il distinguo può farsi risiedere in ciò, che la *lettura evolutiva* dello Statuto si concretizzava quando la disposizione scritta veniva novata in via di fatto, mentre l'*applicazione evolutiva* dello stesso, quando sorgeva spontaneamente un nuovo istituto o un nuovo comportamento di rango costituzionale”²³⁷. Una dimostrazione di spontaneità parlamentare si ebbe con la nascita della legge sui pieni poteri del 2 Agosto 1848. “Ebbene, travalicando ampiamente la previsione di quel testo normativo sorse, per volontà del governo ‘ratificata’ dal Parlamento, una figura giuridica riconducibile al decreto legislativo e, per taluni aspetti, anche un'altra figura riconducibile in via tendenziale al ‘decreto-legge’”²³⁸. In tale ambito, altrettanto spontaneamente, si pervenne alla sospensione dello Statuto Albertino, per un lasso di tempo compreso tra il 5 Agosto e il 17 Ottobre 1848.

Nel Luglio del 1848, durante la I guerra d'indipendenza, tre deputati, Bon Compagni, Ferraris e Galvagno, presentarono un progetto di legge denominato “Poteri straordinari al re durante la guerra”, con il quale si mirava a consegnare nelle mani del re tutti i poteri esecutivi e la facoltà di emanare “tutti gli atti legislativi ed esecutivi che saranno necessari”, delegittimando così il governo Casati, in quel periodo in carica. Il disegno fu esaminato nello stesso giorno in cui fu proposto, il 29 Luglio e furono apportati due importanti emendamenti: venne da un lato limitata la portata temporale dell'interferenza e, dall'altro, venne precisato che il destinatario delle disposizioni non era il re, bensì il “governo del re”; il testo conseguentemente modificato e trasmesso dalla Camera recitava così: “Il Governo del Re è investito durante l'attuale guerra dell'indipendenza, di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, e potrà quindi per semplici Decreti Reali, e sotto la responsabilità ministeriale, salve le istituzioni costituzionali, fare tutti gli atti che saranno necessari per la difesa della Patria, e delle

²³⁷ R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità e ideologia*, p.627.

²³⁸ R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità e ideologia, cit.*, p.627.

nostre istituzioni”. Il progetto passò poi al vaglio del Senato, che puntava a sostituire l’espressione “governo del re” con un richiamo diretto al re, proprio per poter svincolare il riconoscimento di pieni poteri al sovrano con il governo in carica e legarlo a qualsiasi altra unione e al particolare momento di difficoltà. Tuttavia l’assemblea non riteneva, vista l’urgenza, che vi fosse tempo apportare ulteriori modifiche e il 2 Agosto venne firmata la legge n.759. Con tale strumento si attribuì al governo il potere diretto di legiferare: si trattava di una vera e propria delega con la quale le Camere riconoscevano all’ esecutivo la funzione legislativa. Dal canto suo, il governo ammetteva di esercitare una facoltà non propria, ma delegata.

Ulteriori evoluzioni spontanee, di certo non previste né volute dai promotori della legge in questione, condussero alla formazione di una pluralità interventi legislativi diversi, forme embrionali degli attuali istituti del decreto legislativo e decreto-legge. Infatti, vi erano casi in cui la funzione legislativa esercitata dal governo si fondava su un precedente voto della Camera dei deputati: si fondava sostanzialmente su una delega alla quale il governo era vincolato nei contenuti; in altri, invece, mancando del tutto il voto dell’organo parlamentare, la potestà di legiferare acquisiva caratteristiche autonome e dirette. Sorse, altrettanto spontaneamente, un’ipotesi di auto-limitazione del governo stesso nell’esercizio della funzione legislativa autonoma, in quanto tale potestà veniva subordinata ad un voto successivo del Parlamento: un meccanismo riconducibile all’odierno decreto-legge²³⁹.

16.4.1. *Fattispecie del decreto legislativo*

Per quel che concerne il decreto legislativo, durante il periodo di interruzione dello Statuto, i decreti emanati dal governo avevano assunto profili diversi: decreti con delega forte, quando preceduti dal voto della Camera: occorre però operare un distinguo tra ipotesi di recepimento completo ed ipotesi di recepimento parziale del testo della Camera; decreti con delega di intensità media, quando preceduti da un testo presentato all’ Ufficio della Camera ma non votato; decreti con delega tenue, quando

²³⁹ Cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, in *Quaderni costituzionali*, anno XXXI, n. 2, Giugno 2011, Bologna, Il Mulino, pp. 303-312.

preceduti da un testo presentato alla Camera e rimasto però allo stadio iniziale della valutazione; decreti con delega libera, privi di vincoli di contenuto da osservare. Tutte le fattispecie trovavano legittimazione nella legge del 2 Agosto, sebbene si trattasse di strumenti di natura ed estensione diverse: nelle prime due ipotesi vi era un voto della Camera, voto pieno nel decreto con delega forte, voto tendenziale nel decreto con delega di tipo medio.

Al contrario, le restanti due ipotesi, essendo del tutto mancanti criteri direttivi dell'organo parlamentare, permettevano al governo di esercitare l'interferenza funzionale liberamente. Un esempio concreto di decreto con delega forte è il decreto n. 777; era stato infatti avanzato, su iniziativa del deputato Bixio, un ddl riguardante l'allontanamento della Compagnia di Gesù, approvato il 21 Luglio dalla Camera dei deputati ed inviato in Senato il 24. Il testo definitivo, contenuto nel decreto n.777 presentava delle diversità rispetto a quello votato alla Camera, in quanto prevedeva misure meno aspre.

Tra i decreti con delega di tipo medio, rientravano i decreti nn. 767, 768, 789, riguardanti la Sardegna e concernenti rispettivamente l'estensione del codice civile, penale e di un provvedimento su cave e miniere.

Facevano parte dei decreti con delega tenue, invece, cinque decreti derivanti da ddl presentati tra il 7 Giugno e il 21 Luglio e varati in assenza di un esame da parte della Camera.

I decreti a delega libera, infine, vantavano un rilevante successo numerico ed un'estesa applicazione pratica, in quanto furono utilizzati per regolare molte materie, tra cui Giustizia, Finanze, per creare il Ministero dell'Agricoltura e commercio, un'amministrazione di pubblica sicurezza, una nuova amministrazione comunale, un nuovo sistema giuridico in Sardegna²⁴⁰.

²⁴⁰ R. FERRARI ZUMBINI, *Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, cit., pp. 303-312.

16.4.2. Fattispecie del decreto-legge

Ulteriori fattispecie, differenti da quelle finora esaminate, si erano nel frattempo diffuse in quel particolare frammento storico, non senza conseguenze successive. Una prima fattispecie riguardava il caso di due testi, il ddl Bixio e il ddl des Ambrosis, i quali, pur essendo stati approvati da Camera e Senato, non furono mai recepiti dal governo. La delega contemplata nella legge 2 Agosto venne quindi interpretata dall'esecutivo come uno strumento legittimante ma non vincolante per il recepimento di ddl. L'ipotesi invece, non riconducibile al testo della legge 2 Agosto e per questo illegittima, riguardava il caso di un ddl avanzato il 3 Luglio dal ministro Ricci e approvato dalla Camera e poi anche dal Senato, ma con alcuni emendamenti; quindi occorre un ulteriore esame da parte della Camera dei deputati; tale fase fu saltata ma, ciononostante, il testo fu varato con il decreto n.756. L'illegittimità consisteva nell'aver riconosciuto al governo la potestà legislativa ancor prima della promulgazione della legge sui pieni poteri, firmata il 2 Agosto e pubblicata tre giorni dopo. In un'occasione il governo, forte del potere discrezionale acquisito in ambito legislativo, ordinò alle Camere di trasporre in legge un decreto, tratteggiando così il profilo dell'attuale decreto-legge. Infatti, con atto n. 807 del 7 Ottobre "considerando che è divenuto urgente di provvedere [...] abbiamo ordinato ed ordiniamo : avrà provvisoriamente forza di legge , e sarà nella prima sessione presentato alla deliberazione del Parlamento con le modificazioni ritenute utili in quest'intervallo, per essere poscia convertito in legge definitiva, il complesso delle disposizioni seguenti ...". Il governo in tal caso però, pur esaltando la propria potestà legislativa e compiendo un passo avanti, spontaneamente si era auto-imposto dei limiti, ritenendo necessaria conversione in legge definitiva da parte del Parlamento. Altre fattispecie si delinearono nel quadro politico-costituzionale di quel momento, tutte gravitanti attorno alla necessità di conversione, avvertita questa volta in Parlamento. Un'altra fattispecie apparse al momento dell'esame della Camera del decreto n. 786 del 12 Settembre: in tale circostanza fu avanzato un disegno di legge dal deputato Martinet, che però non fu preso in considerazione. Un altro caso aveva ad oggetto un ddl sottoposto all'esame della Camera delle Finanze, che modificava uno dei decreti emanati dal governo in forza della legge 2 Agosto. Il deputato Montezemolo, presentando in Assemblea i lavori effettuati, affermò che "la Commissione incaricata

[...] conchiudeva che l'attuale progetto fosse rimandato negli uffici unitamente a tutte le leggi finanziarie dello scorso settembre [...] acciocché sia fatto apposito esame sì delle leggi promulgate che della nuova proposta, e sia per mezzo di una nuova Commissione fatto rapporto alla Camera intorno alle opportunità di rivedere quelle leggi, e di recar loro le modificazioni che potranno esser suggerite” .

In tale occasione si originò del tutto spontaneamente una nuova tipologia di conversione, non già di un atto derivante dall'attività legislativa del governo, ma, al contrario, di un atto sorto in sede parlamentare. L'estinzione della legge sui pieni poteri fu oggetto di non pochi contrasti. Alla prima adunanza della Camera, avvenuta il 17 Ottobre, il governo dichiarò di non servirsi più dei poteri straordinari riconosciuti dalla legge 2 Agosto. Tale dichiarazione bastò a Cadorna, che ne prese atto e la fissò nell'ordine del giorno. L'ordine del giorno Cadorna fu approvato, ma la vicenda non si concluse in questa sede. Alcuni deputati, in particolare Pescatore ed Albini, ritennero necessario avvalersi di una legge per formalizzare la cessazione della legge 2 Agosto, perciò fu presentato quello stesso giorno un ddl, che però non fu tenuto in debita considerazione. Così, nonostante l'apparente cessazione della legge 2 Agosto, atti normativi continuavano ad essere emanati e quello stesso ddl fu adottato a maggioranza, sebbene con alcune modifiche. Questo il contenuto: “la legge 2 Agosto [...] ha cessato di avere qualunque effetto per l'avvenire, e ciò fin dal 17 Ottobre p.p., nel quale fu radunato il Parlamento”. In Senato furono predisposti alcuni emendamenti; in particolare Giovanetti intervenne proponendo “un emendamento che vorrei sostituito a questo articolo unico [...] non è l'effetto della legge che debba cessare [...] ma è il vigore della legge [...] gli effetti anche di un mandato transitorio debbono mantenersi” e precisando che “la legge del 2 Agosto [...] ha cessato di essere in vigore fino dal giorno 17 del seguente Ottobre”. Il testo modificato fu inviato alla Camera per la terza lettura, ma le divisioni interne culminarono con la previsione di una commissione mista di parlamentari delle due Camere, con il compito di elaborare una versione comune. Il risultato fu l'approvazione del ddl Albini, che divenne legge il 16 Dicembre e acquistò portata retroattiva. Ciononostante, conservarono l'efficacia tutti i decreti d'urgenza emanati in forza della legge 2 Agosto, anche quelli emanati successivamente alla ripresa dei lavori della Camere. Si trattava, anche questo caso, di evoluzioni avvenute in maniera del tutto spontanea²⁴¹.

²⁴¹ Cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, cit.,

CAPITOLO III

ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLE CONSUETUDINI MARITTIME

17. Storia delle consuetudini marittime

Fin nelle epoche più remote si avvertì la necessità di redigere regole e corpi di norme per garantire un più elevato grado di certezza e di tutela. Inizialmente si trattava di operazioni di trascrizione di usi e consuetudini, che con il passar del tempo si erano modellate sulla base di prassi diffuse nell'ambito dei traffici terrestri e marittimi. Le norme consuetudinarie trovano quindi fondamento nelle attività svolte da commercianti ed artigiani e nelle pratiche nate spontaneamente in fiere e mercati per facilitare contrattazioni e scambi commerciali. Soprattutto nelle epoche risalenti, infatti, le consuetudini e gli usi, rivestivano un ruolo principale per la formazione del diritto ed è proprio ad essi che si deve l'origine di molti istituti, ancora utilizzati negli attuali scambi commerciali; scambi commerciali che non sono scevri da implicazioni giuridiche, anzi, sono tra loro collegati in un rapporto sinergico e di reciproca influenza: da un lato l'economia acquista un peso sempre crescente nel mondo del diritto e, dall'altro, all'interno delle dinamiche del mercato globale, disciplinare in modo uniforme la circolazione di prodotti, merci, servizi e capitali, assume sempre maggiore importanza. L'obiettivo che si mira a raggiungere incontra però due approcci diametralmente opposti: da un lato i positivisti, che nell'ottica della statualità del diritto, affermano che “dagli Stati di parte ed agli Stati si torna”, e confinano l'attività del giurista alla mera interpretazione del diritto²⁴². Dall'altro lato, invece, i sostenitori di una nuova *lex mercatoria* che interessa una società globale, dotata di un proprio diritto, non statutale in cui al giurista non sono attribuiti solo poteri interpretativi, ma anche creativi, in modo da fornire gli strumenti di volta in volta necessari per soddisfare le variabili necessità

pp. 303-312.

²⁴² Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, n.108, 2009, pp. 29-30.

del mercato²⁴³.

Le fonti normative consuetudinarie e positive che hanno determinato la genesi del diritto marittimo prima, e dei diritti speciali della navigazione e dei trasporti poi, sono il frutto di vicende storiche non agevoli da ripercorrere; questo perché il momento della loro nascita, come anche la loro evoluzione, non hanno lasciato testimonianze. È possibile disporre di una documentazione che risale all'epoca romana e ai secoli XII e XIII. Nelle epoche precedenti testimonianze scritte sono rare; ma ciò non dimostra l'inesistenza di consuetudini in periodi più remoti.

18. Epoca pre-romana, cenni

Usi e regole consuetudinarie hanno rivestito un ruolo di primaria importanza presso le popolazioni più antiche, non ancora dotate dello strumento della scrittura. Le interazioni tra i consociati erano infatti regolate da abitudini e tradizioni sedimentate nel tempo e divenute parte integrante del tessuto culturale di ogni società primitiva. Caratteristica pressoché costante nei popoli più antichi è la coincidenza dell'autorità politica con quella religiosa; di conseguenza, anche le consuetudini lasciate in eredità dal passato avevano sovente carattere giuridico e religioso insieme, e per questo motivo erano oggetto di scrupoloso rispetto.

Scarse ed insufficienti sono le notizie sulla struttura degli ordinamenti giuridici precedenti all'epoca romana (come ad esempio il diritto egizio o quello ebraico); la ragione riposa nella penuria, se non nella mancanza quasi totale, di testimonianze scritte relative a quegli ordinamenti giuridici. Il Codice di Hammurabi, risalente all'incirca al periodo compreso tra il 2285 e il 2242 a.C., costituisce la più antica raccolta di leggi ed usanze precedenti, per larga parte sumere. Il Codice contiene anche numerose disposizioni in materia di diritto marittimo²⁴⁴, necessarie per gli assidui scambi commerciali tra Mesopotamia ed Asia occidentale.

²⁴³ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, vol. I, p. 633; ed anche R. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, vol. I, pp. 577 ss.

²⁴⁴ Cfr. M. TOCCI, *Sintesi storica delle fonti del diritto marittimo dall'antichità al medioevo*, in *Diritto dei trasporti*, 2002, vol. XV, pp. 349 ss.

A lungo si è discusso sul contenuto del Codice, che secondo alcuni sembra esser costituito da leggi preesistenti; altri invece sostengono che si tratti di una raccolta di regole consuetudinarie, riconosciute e abitualmente praticate dalla popolazione babilonese, poi redatte durante il regno di Hammurabi. Si pensa che anche presso i popoli fenici ci fossero disposizioni legislative e consuetudini in materia marittima²⁴⁵. In particolare, Dauvillier ha rinvenuto nel Talmud di Gerusalemme e nel Talmud di Babilonia una considerevole quantità di regole di derivazione fenicia; una tale influenza è spiegata dal fatto che gli Ebrei, intrattenendo una fitta serie di relazioni commerciali con i navigatori fenici, avrebbero fatto proprie le consuetudini di questi ultimi, a tal punto da trasporle nei testi talmudici; talvolta è fatto richiamo espreso “agli usi della gente di mare”, ossia alle regole vigenti presso alcune città fenicie. Di derivazione fenicia erano certamente gli istituti della vendita di nave, del noleggio e dell’avarìa. Nel Talmud di Gerusalemme si legge che “per resistere ad una tempesta, un vascello ha dovuto lasciare le merci in mare, le perdite si ripartiscono in ragione del peso e non in ragione del valore”. Allo stesso modo, il Talmud di Babilonia recita che “una nave che si trova in mare e minaccia di colare a picco, viene alleggerita; la valutazione deve farsi in base al peso e non al valore e con ciò non viene apportata alcuna deroga all’usanza della gente di mare”.

Anche in Grecia, rilevante è stata l’importanza rivestita dalle consuetudini marittime, poi estese anche in tutto il bacino del Mar Mediterraneo e nel Mar Adriatico. Tra le raccolte più feconde, si distingue la *Lex Rhodia*, coacervo di leggi ed usi marittimi originati nell’isola di Rodi e poi recepiti nel diritto romano, soprattutto in materia di trasporto marittimo di merci.

²⁴⁵ Cfr. J. DAUVILLIER, *Le droit maritime phénicien*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 1909, pp. 33-63, riportato da G. PURPURA, , *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, in *Tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004, p.16. Cfr. anche F. QUERCI, *Il diritto marittimo fenicio*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1960, I, pp. 411 ss.

19. Epoca romana

19.1. La legge delle XII Tavole

In epoca arcaica, le norme consuetudinarie hanno svolto il ruolo di protagonista nella formazione del *mos maiorum*, letteralmente il costume degli antenati, una tavola di valori e di comportamenti condivisa dalla comunità; vi si affiancavano i *foedera*, accordi che probabilmente prendono il nome dalla struttura federativa della *civitas* romana, e le *leges regiae*, leggi emanate dal *rex*, in forma decretale o anche solamente annunciate oralmente; in età repubblicana, invece, acquistano importanza sempre crescente le leggi, riducendo ed è proprio in tale periodo che si assiste alla stesura delle XII Tavole, realizzando l'obiettivo di fissare per iscritto, con delle *leges*, gli antichi *mores*. Discordanti sono le opinioni circa il contenuto delle XII Tavole, ma secondo la tesi più accreditata, non può che trattarsi di una raccolta di usi e consuetudini precedenti, redatta tra il 451 e il 450 a.C. da dieci magistrati straordinari, i c.d. *decemviri legibus scribundis*. Lo scopo era quello di garantire al ceto dei plebei un maggior grado di conoscibilità e di certezza del diritto, fino ad allora tramandato oralmente ed applicato in modo arbitrario. Nel periodo dell'alto impero, l'applicazione della consuetudine si riduce al punto da costituire solo uno strumento volto a colmare le lacune dell'ordinamento.

Quindi la consuetudine, contraddistinta dai due elementi della *vetustas* e del *consensus omnium*, veniva ammessa solo come fonte suppletiva *praeter legem*, mentre era rifiutata *se contra legem*. Si consentivano inoltre le *consuetudines regiones* o *loci*, ossia reticoli di diritti conservati dai popoli assoggettati, costituiti per larga parte da regole consuetudinarie e non contrarie all'ordine pubblico.

19.2. Ius gentium

Tali consuetudini hanno costituito la base della formazione dello *ius gentium*, favorito indubbiamente dal dinamismo dei commerci, che necessitavano di meccanismi rapidi ed agevoli. L'espressione *ius gentium* indica il complesso delle regole atte a formare un ordine giuridico oggettivo, comune ad una moltitudine di popolazioni. La convivenza tra genti di diverse etnie doveva essere disciplinata e

soprattutto assicurata giuridicamente: lo strumento a disposizione dei romani era appunto lo *ius gentium*, coacervo di regole presenti in un certo senso in tutti i popoli, indipendentemente da ogni elemento di internazionalità²⁴⁶. Nel *Corpus iuris civilis*, Gaio realizza una dicotomia tra *ius civile* e *ius gentium*, equipara quest'ultimo allo *ius naturale*; e così afferma: “*quod vero naturalis ratio inter omnes nomine constituit, id apud omnes populos peraque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quip iure omnes gentes utuntur*”. Ulpiano, pur riconoscendo la tripartizione in *ius naturale*, *ius civile* e *ius gentium*, tiene nettamente distinto lo *ius naturale*, frutto dell'intervento Divino e valido per tutti gli uomini, a prescindere dal popolo di appartenenza; infatti egli asserisce che: “*quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*”. In Giustiniano, invece, si rinviene identità tra *ius naturale* e *ius gentium*: *omni humano generi comune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*²⁴⁷.

Tutto lo *ius gentium*, in origine diffuso grazie allo strumento consuetudinario, si introdusse in editti e legislazioni. Ciononostante, secondo R. W. Leage sarebbe comunque scorretto ritenere che la consuetudine, dopo la sua collocazione nelle XII Tavole, cessò di essere una fonte di legge²⁴⁸. Sebbene molte furono le influenze di ordinamenti giuridici stranieri in ragione dei traffici commerciali - l'arrene è un esempio - tuttavia lo *ius gentium* era un diritto romano universale, applicato a cittadini e stranieri, sotto la giurisdizione del *praetor peregrinus*²⁴⁹.

Se in precedenza le interazioni tra cittadini romani e stranieri situati in territori limitrofi erano solitamente regolate da *pacta*, ossia accordi, e provvedimenti pretori, quando gli scambi commerciali dei cittadini romani si intensificarono e si estesero fino a guadagnare il dominio dei mari, si rese necessaria la previsione di una nuova figura, il *praetor peregrinus*, competente a dirimere le controversie tra cittadini romani e stranieri, applicando non solo alcune leggi appartenenti all'ordinamento romano, ma anche le regole di altri popoli, e decidendo sulla base di una *naturalis*

²⁴⁶ Cfr. G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, Istituto di diritto romano, 1947, pp. 19-20.

²⁴⁷ GAIO, *Institutiones*, I, 1; ULPIANO, *Digesta*, I, 1, 11; GIUSTINIANO, *Institutiones*, I, II, 2; si tratta di citazioni di R. PUKENIS, *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana*, Soter, Journal of Religious Science, 2005, p.176.

²⁴⁸ Cfr. R.W. LEAGE, *Roman private law, founded on the institutes of Gaius and Justinian*, London, C.H. Ziegler ed., 1942.

²⁴⁹ Cfr. R. PUKENIS, *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana, cit.*, p.177.

ratio comune a tutti gli uomini. Ciò permetteva quindi di applicare norme straniere ai cittadini romani e, al contempo, di far permeare il diritto romano in altri sistemi giuridici²⁵⁰.

Questo è lo scenario che accompagna la nascita spontanea dello *ius gentium*, ossia di un diritto internazionale consuetudinario, ispirato ai modelli contemplati in preesistenti accordi commerciali ed ascrivibili al VI, V, IV e III secolo a.C., poi ripresi ed assorbiti dai costumi²⁵¹. Uno dei trattati più risalenti è il primo accordo commerciale stipulato tra Roma e Cartagine, nascente dall'esigenza di instaurare un pacifico ed efficiente sistema di traffici internazionali. Ne è attestata esattamente la data di origine dalla testimonianza di Polibio, che lo fa risalire al 509 a.C. e ne cita il testo: "A questi patti sia amicizia tra i Romani e gli alleati dei Romani, e i Cartaginesi e gli alleati dei Cartaginesi. Che i Romani e gli alleati dei Romani non navighino al di là del *Kalòn Akrotérion*, a meno che non vi siano costretti da tempesta o da inseguimento nemico. Se alcuno di essi vi sia stato costretto, non gli sia lecito prendere o comprare se non quelle cose necessarie a riprendere la navigazione o a celebrare un sacrificio, e dentro cinque giorni parta. A coloro poi che vengono per commerciare non sia alcun diritto, se non innanzi a un banditore o a uno scriba. Di quelle cose che in presenza di costoro siano vendute, sotto pubblica fede ne sia dovuto il prezzo al venditore per tutte quelle cose che sian vendute in Libia o in Sardegna. Se alcuno dei Romani venga in quella parte della Sicilia che i Cartaginesi dominano, siano in tutto uguali i diritti dei Romani. I Cartaginesi non rechino offesa al popolo degli Ardeati, degli Anziati, dei Laurentini, dei Circeensi, dei Terracinesi, né ad alcun altro dei Latini, quanti sono soggetti a Roma. Se alcuni non sono soggetti, si astengano i Cartaginesi dalle loro città; qualora le abbiano prese, le cedano ai Romani intatte. Non costruiscano fortificazioni in terra latina. Se entreranno in armi nel paese, non vi passino la notte". Il trattato presupponeva il dominio di Cartagine su Libia, Sardegna e parte della Sicilia, e il dominio di Roma sul Lazio ed in particolare su alcune zone litoranee quali Anzio, Ardea, Laurento, ed il Circeo. Il trattato venne stipulato in condizioni di parità, in quanto ciascuna potenza, oltre a riconoscere l'altrui sovranità su alcuni territori, lasciava spazio all'esercizio di un reciproco diritto di espansione; espansione di natura commerciale per quel che riguardava i Cartaginesi; di natura militare, per quel

²⁵⁰ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., pp. 32-33.

²⁵¹ Cfr. A. RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1964, p. 146.

che riguardava i Romani. Di conseguenza, da un lato Roma rinunciava alle aspirazioni commerciali per assicurarsi un'espansione militare e l'appoggio di Cartagine contro le popolazioni latine ribelli. Dall'altro Cartagine realizzava le sue ambizioni mercantili, preservando il mercato dalla concorrenza dei commercianti romani. Inizialmente viene imposto ai Romani che intendevano commerciare in Libia o in Sardegna, di dover ricorrere allo scriba o al banditore e di rispettare la garanzia di pubblica fede; in Sicilia, invece, i Romani erano esonerati dall'osservanza di un tale obbligo, godendo degli stessi diritti dei Cartaginesi. Ma, al di là dello scopo con cui fu concepito il trattato, la grandezza di questo strumento sta nel fatto che contemplava delle modalità di compravendita sconosciute all'antico diritto romano; si trattava di forme negoziali proprie del diritto punico, che aveva a sua volta mutuato dalla consuetudine dei traffici intervenuti tra Cartagine ed altri popoli: è quindi evidente che il trattato permetteva l'applicazione del diritto cartaginese all'ordinamento romano, assegnando così ai Romani la capacità di negoziare nelle modalità previste dal diritto punico²⁵².

19.3. *Il Foenus nauticum*

Di converso, si rendeva possibile anche l'applicazione di istituti romani nei rapporti commerciali con operatori stranieri. Questo è quanto si verificò soprattutto per i negozi di diritto marittimo, come il *foenus nauticum*, un contratto di cambio marittimo, con cui i creditori si assumevano il rischio della navigazione delle merci, e quindi delle perdite fortuite o derivanti da causa di forza maggiore, stabilendo però interessi elevatissimi e rapportati all'entità del rischio. Si trattava di uno strumento di origine molto antica, ampiamente utilizzato nelle Città marinare medievali e contemplato nel Digesto e nel *Codex*. La *traiectitia pecunia* era il danaro che veniva trasportato oltre mare per essere utilizzato dal prenditore/beneficiario, a rischio del datore/creditore. Nelle Fiandre e sui territori che affacciano sul Mar Baltico, il contratto in questione era denominato *Bomerte*, mentre in Regno Unito prendeva il nome di *Bottomry*. È opportuno procedere, però, ad alcune distinzioni. “Quando il denaro è dato sopra corpo e attrezzi, se la nave ritorna a salvamento, essa è obbligata, e lo sono i suoi accessori pel denaro ricevuto ad imprestito, come la persona del prenditore, e questo dicesi propriamente *Bottomry*; quando

²⁵² Cfr. G. GANDOLFI, *Un documento del diritto internazionale antico: il primo trattato tra Roma e Cartagine (VI sec. a.C.)*, in *Comunicazioni e studi*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 323 ss.

l'imprestito non è fatto propriamente sopra corpo, ma sopra mercanzie caricate, che di loro natura devono essere vendute o permutate nel decorso del viaggio, il solo prenditore è *personalmente* tenuto per la esecuzione del contratto, e questo dicesi *respondentia*; è chiamato *foenus nauticum*, o *usura marittima*, quando è data una somma di denaro a un mercante per essere impiegata in un traffico lucroso, a condizione di rimborsarla con interessi straordinari, qualora un prefisso specifico viaggio sia compiuto felicemente²⁵³.

Il contratto di cambio marittimo era invece definito dai francesi à *la grosse aventure*, o più brevemente, à *la grosse*, in quanto il datore lasciava all'*avventura* del mare il proprio denaro, potendolo riconquistare solo nel caso in cui l'imbarcazione fosse tornata illesa. In altri termini, nel cambio marittimo il *datore* concedeva al *prenditore* una somma di denaro, che insisteva sul corpo, ossia su oggetti che costituivano parte integrante della nave, come attrezzi, alberi, vele, armamenti, vettovaglie; oppure su merci e prodotti, caricati al momento della partenza, o introdotti nell'imbarcazione durante la tratta. Oggetto del contratto di cambio, quindi, potevano essere tutti i beni esposti al rischio di navigazione; se durante la tratta, per caso fortuito o cause di forza maggiore, fossero stati smarriti o danneggiati, il datore avrebbe perduto il denaro e avrebbe potuto soltanto ottenere il corrispettivo del prezzo delle merci deteriorate; al contrario, se le mercanzie e le cose trasportate non avessero riportato danneggiamenti, il datore non solo avrebbe ripreso indietro la somma concessa, ma avrebbe ottenuto anche un premio o gli interessi precedentemente pattuiti. Sebbene il tasso d'interesse praticato fosse spesso ben al di sopra di quelli legali, l'istituto era ritenuto in tutto e per tutto uno strumento legale, e non usurario: infatti il premio, o cambio, presentava indici elevati in ragione del rischio che il datore si assumeva, liberando il prenditore. In altre parole, ricorrendo allo strumento del cambio, si permetteva al prenditore di non rischiare perdite.

Il cambio, però, poteva insistere soltanto sulle cose che erano di proprietà del prenditore, in quanto il contratto in questione non doveva in nessun caso costituire un mezzo di arricchimento, ma unicamente un sistema per sottrarsi all'esito incerto del viaggio.

Pothier colloca il contratto di cambio marittimo in una categoria a sé stante, senza ricollegarlo al mutuo, in cui il rischio è assunto esclusivamente dal prenditore, mentre nel cambio marittimo il rischio

²⁵³ G. MARRÉ, *Corso di diritto commerciale*, Firenze, Fratellini e c., 1840, p. 191.

grava sul datore; inoltre gli interessi praticati nel mutuo semplice non sono indefiniti, piuttosto coincidono con quelli predeterminati dalla legge e dall'uso dei commercianti; né lo assimila alla società, in cui lucro e danno sono sostenuti da tutti i contraenti²⁵⁴.

19.4. L'avaria nella Lex Rhodia de iactu

Un altro esempio di istituto nato spontaneamente e reso necessario dall'assiduità rapporti commerciali, è quello dell'avaria, previsto nella *Lex Rhodia de iactu*, letteralmente la legge di Rodi sulle merci gettate dalla nave. Tale documento è da alcuni considerato "l'unica legge greca che è giunta in forma vivente fino al mondo moderno"²⁵⁵ e notevole è stata l'influenza esercitata nell'ordinamento giuridico romano. Infatti, nel periodo pre-cristiano, le genti che abitavano l'isola di Rodi avevano raggiunto grande prestigio nell'ambito dei commerci marittimi, a tal punto da esser considerate la più potente forza navale nel bacino del Mediterraneo; i contatti con i Romani non tardarono, e si strinsero intese volte ad intensificare importazioni ed esportazioni tra i due popoli; la conseguenza fu che siffatte relazioni determinarono l'assimilazione di norme rodie nel diritto romano, in special modo, fu accolta la disciplina del getto di merci in mare²⁵⁶. La legge in questione fu infatti inserita da Giustiniano nel *Libro XIV* del Digesto, e divenne oggetto di grande attenzione dei più illustri giuristi romani, tra cui Paolo, Giuliano, Labeone e Papiniano. In particolare, Paolo (D. XIV, 2, n. 1 e n. 2) colse efficacemente il contenuto del testo, affermando che "*si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contribuzione sarciatur quod pro omnibus datum est*", ("se per alleggerire la navi si fece getto di merci, sia risarcito col contributo di tutti ciò che per il bene di tutti fu sacrificato"); "*Aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent*", ("è più che equo, infatti, rendere comune il danno a coloro che, grazie alla perdita delle cose altrui, ebbero salve le proprie"). Si trattava, in sostanza, di uno strumento

²⁵⁴ G. MARRÉ, *Corso di diritto commerciale, cit.*, pp. 191-192.

²⁵⁵ W. W. TARN, G. T. GRIFFITH, *Hellenistic civilisation*, London, Arnold, 1952, trad. it., G. DAVERIO ROCCHI, *La civiltà ellenistica*, Firenze, Nuova Italia, 1978, p. 176.

²⁵⁶ Cfr. VERNETTI, *L'influenza della Lex Rhodia de iactu sul diritto marittimo*, in *Atti del convegno internazionale di studi storici del diritto marittimo medioevale*, Napoli, 1934, pp. 245 ss.

utilizzato non soltanto nel caso di getto di merci, ma anche di attrezzi, utensili e parti della nave, qualora fosse stato necessario per trarre in salvo l'imbarcazione; questo è quanto evidenziato da Papiniano (D. XIV, 2, n.3) secondo il quale "*Cum arbor aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa deiectum est, contributio debetur*"²⁵⁷. Accanto all'ipotesi di avaria comune, così definita perché la perdita veniva ripartita tra tutti, il diritto romano prevedeva altre circostanze che pure imponevano l'obbligo della ripartizione comune dei danni; ciò avveniva per quelle merci che venivano rimosse dalla nave per ridurre il carico, ed affidate a lance, successivamente naufragate. Stessa disciplina era prevista anche per le mercanzie rimaste all'interno dell'imbarcazione, ma danneggiate dal lancio di altri oggetti o dagli schizzi delle onde del mare; o anche per le somme di danaro versate per riscattare navi rubate e depredate dai pirati. Per quanto riguarda le modalità di ripartizione comune dei danni, veniva applicato il principio "*iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet*"; ciò significa che la suddivisione veniva effettuata *pro rata*, calcolando il valore complessivo degli oggetti tratti in salvo, compresa l'imbarcazione, ma anche il valore di quelli periti o deteriorati²⁵⁸.

Nonostante gli ampliamenti, la legge *Rhodia* prevedeva esclusivamente le ipotesi di sacrificio volontario delle cose, e non copriva anche i danni derivanti da caso fortuito, come l'incendio o il naufragio; in queste situazioni si configurava avaria semplice: agli eventuali danneggiamenti o perdite doveva far fronte solamente il proprietario²⁵⁹. Vigeva il principio "Chi salva, salva; chi perde, perde"; e così, "il proprietario del bastimento naufragato e i proprietari delle mercanzie perdute nel naufragio non possono domandare alcuna contribuzione a coloro che hanno avuto la fortuna di salvare i loro effetti, perché la perdita che gli uni e gli altri hanno sofferto non procurò la comune salvezza"²⁶⁰. L'istituto dell'avaria, oltre che nella *Lex Rhodia*, era anche previsto nel *Nòmos Rhodion nautikòs*.

Tra le due fonti, però, esistono differenze macroscopiche e, tra le più rilevanti, proprio l'avaria. Infatti, come precedentemente illustrato, nell'ordinamento romano si distinguevano due forme di avaria,

²⁵⁷ Le testimonianze dei grandi giuristi romani si rinvengono nella elaborazione di A. LA TORRE, *Diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 141-142.

²⁵⁸ Cfr. R. ZENO, *Influenze romane e bizantine nella formazione del diritto marittimo medioevale*, in *Associazione italiana di diritto marittimo*, Napoli, 1934, p. 292.

²⁵⁹ Cfr. A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, F. GALLO, *Assicurazione*, in *Enciclopedia del diritto: annali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 84.

²⁶⁰ B. M. D' EMERIGON, *Traité des assurances et des contracts à la grosse*, trad. it., *Trattato delle assicurazioni e del contratto di prestito a cambio marittimo*, Venezia, 1845, p.671.

quella comune e quella speciale, disciplinate con metodi diversi. Invece, il *Nomos Rhodion Nautikos* mostrava un carattere maggiormente solidale in quanto la ripartizione comune delle perdite era prevista in entrambi i casi di avaria, quella comune e quella speciale²⁶¹.

Oltre all'avaria, fu introdotto anche l'istituto della *locatio operis*, un negozio riconducibile per grandi linee agli attuali contratti d'opera e d'appalto.

Infatti, si stabiliva che, in caso di difficoltà di navigazione, se si fosse verificata la necessità di buttare a mare una parte della merce locata per il trasporto, il rischio sarebbe stato suddiviso tra i locatori: il locatore che aveva perduto la merce, si sarebbe rivalso sul conduttore/trasportatore, e quest'ultimo sul locatore delle merci strappate al pericolo.

20. Età Media

Sebbene la sua sistemazione non goda di un consenso universale, si usa collocare il Medioevo tra due importanti circostanze storiche, la caduta dell'Impero romano d'Occidente, avvenuta nel 476, ed il fiorire dell'Età moderna; si estende, quindi, per un arco temporale compreso tra il IV ed il XII secolo. Diversi sono state gli accadimenti che hanno contraddistinto questa epoca; le aspirazioni di Giustiniano di far rivivere elementi di romanità, lo scontro con la realtà dei popoli germanici, il legame con l'Impero romano d'Oriente e l'ascendente esercitato dal diritto bizantino sull'ordinamento giuridico italiano, il contrasto tra il mondo orientale e quello occidentale, il principio dei due poteri elaborato da Papa Gelasio I e fondato sul riconoscimento di due autorità, il sovrano e il vescovo, figure indipendenti e dipendenti al tempo stesso l'una dall'altra.

Tutti questi fattori avevano condotto alla maturazione di alcune conseguenze sul piano giuridico: da un lato, la Chiesa avvertì la necessità di rafforzare la posizione delle norme di diritto canonico e di porle accanto alle altre fonti vigenti; dall'altro, il diritto romano si apprestava a divenire il diritto dell'Impero, a scapito delle numerose leggi barbariche in quel tempo esistenti.

²⁶¹ Cfr. M. D'AMELIO, *Caratteri unitari del diritto marittimo dell'Adriatico*, in *Diritto Marittimo*, Roma, 1934, p.334.

Ebbene, l'Italia divenne custode dell' immenso patrimonio giuridico lasciato in eredità dalla storia di Roma e contenuto della raccolta giustiniana: il diritto romano riviveva, così come conservato nel Digesto, nel Codice e nelle Istituzioni Giustinianee. Fonte predominante era la legge, sebbene alla consuetudine trovasse sempre più larga applicazione, soprattutto per regolare le relazioni privatistiche. In realtà operare la distinzione tra rapporti privatistici e rapporti pubblicistici risulta esser una forzatura, in quanto nel periodo di tempo preso in esame mancava una netta distinzione tra le categorie di pubblico e privato; una tale separazione, infatti, era stata annebbiata dalla influenza dei sistemi giuridici dei popoli germanici. Ma il fattore ancor più decisivo fu proprio il diffondersi di uno schema creato proprio dalla consuetudine e divenuto il fulcro dell'apparato sociale e politico medievale, il feudo. Il momento di maggiore prosperità vissuto dal sistema feudale, inquadrabile nel al lasso di tempo compreso tra il IX ed il XI secolo, corrisponde all'ακμή, alla stagione di grande rigoglio della consuetudine, al punto da guadagnare una posizione di supremazia rispetto alla legge. Ciò fu possibile per le particolari condizioni storiche che determinarono la frammentazione dell'unità dello Stato e la genesi del particolarismo, non solo politico ed istituzionale, ma anche giuridico, sociale e culturale. La consuetudine, infatti, tende ad espandersi quando il potere pubblico è debole e la legislazione non soddisfa più le necessità dei consociati. Il disfacimento della Potenza carolingia da un lato, le pressioni di forze disgreganti dall'altro, consentirono alle regole consuetudinarie di guadagnare terreno, riducendo al contrario il raggio d'azione delle leggi imperiali, sempre meno numerose ed in grado di accompagnare la rinnovata atmosfera²⁶². Le grandi trasformazioni, che certamente non potevano trovare esecuzione arbitraria e scomposta, erano guidate dalle condizioni economiche e sociali, nonché dal principio di unità di provenienza tomistico-aristotelica e rivolto a conciliare i principi di aristotelici con il cristianesimo. L'unità delineata nell'ambito di tale dottrina coincide con il Sacro Romano Impero, nel quale trova applicazione il diritto romano, l' *unum ius*, che non costituisce un diritto unico, ma un diritto comune, o *ius commune*, da cui derivano i tanti diritti particolari, gli *iura propria* delle popolazioni assoggettate dall'Impero²⁶³. Trovava così concreta applicazione il principio tomistico *omnis multitudo derivatur ab uno*. Così, parallelamente a quanto avveniva sul piano politico, in cui

²⁶² Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 104 ss.

²⁶³ Cfr. T. GALKOWSKI, *Il quid ius nella realtà umana e nella Chiesa*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1996, p.98.

accanto all'ordinamento universale si distinguevano gli ordinamenti minori, come regni, comuni, corporazioni, allo stesso modo e parallelamente, esisteva, sul piano giuridico, un diritto comune, il diritto romano appunto, al quale si contrapponevano i diritti particolari e che ha costituito il fondamento di gran parte del diritto europeo²⁶⁴.

20.1. *Ius commune maritimum*

In ambito marittimo, dopo il periodo di stasi generale che ha interessato l' "Anno Mille", il riavvio dei traffici ha stimolato la raccolta di usi, consuetudini e statuti preesistenti, sui quali si erano nel frattempo innestate giurisprudenza di corti consolari e prassi di operatori commerciali. Ciò ha determinato la nascita di un diritto autonomo e di natura internazionale, non solo perché utilizzato da una pluralità di ordinamenti, ma anche e principalmente perché fondato sulle stesse premesse ambientali e professionali. Per tale ragione il diritto marittimo sviluppatosi in tale periodo storico può esser efficacemente definito *ius commune maritimum*.

Il processo di creazione, stratificazione e di cristallizzazione delle consuetudini marittime svela l'esistenza di fattori che contraddistinguono momenti rilevanti per la elaborazione di usi mercantili, poi elaborati, sviluppati e adattati in gradazioni diverse. I rapporti commerciali concernenti la navigazione in Mediterraneo sono sorretti principalmente dal diritto rodio-romano, racchiuso nel *Libro XIV del Digesto* e nel *Libro LIII dei Basilici*, nei quali si rinviene una moltitudine di istituti, come la *pecunia trajecticia* con *foenus nauticum*, il *depositum*, il *receptum nautarum*, la *locatio-conductio rei e operum*, la *Lex Rhodia de iactu* etc.²⁶⁵. Oltre al contributo del diritto romano giustiniano, diffuso attraverso l'introduzione della *Pragmatica Sanctio*, risalente al 554 d.C. e la feconda produzione di provvedimenti statuari, importante è, quindi, l'apporto del diritto bizantino, dai tratti meramente consuetudinari²⁶⁶.

²⁶⁴ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 507-508.

²⁶⁵ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 29.

²⁶⁶ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., pp. 507-508.

20.2. *Nomos Rhodion Nautikos*

A tal proposito, meritevole di particolare attenzione è il *Nomos Rhodion Nautikos* (*Νόμος Ῥοδίων Ναυτικός*), una compilazione bizantina del secolo VIII e contenuto sia nel *Libro XIV del Digesto*, sia nel *Libro LIII dei Basilici*, ed anche nota come *Legge Pseudo-Rodia*, per evitare fraintendimenti con la *Lex Rhodia de iactu*, raccolta nel *Corpus Iuris*. La genesi è imprecisabile, tuttavia costituisce la fonte primaria in cui sono ricomprese consuetudini e prassi di carattere pragmatico ed etico, molto più che giuridico, e suggerimenti e rinvii a principi generali. Tale raccolta ha legato ed amalgamato fonti giustinianee con usi locali²⁶⁷, ed ha esercitato un forte ascendente sulla produzione statutaria delle regioni meridionali ed adriatiche, in special modo nell'area veneta²⁶⁸. La sua peculiarità è nel contenuto, in quanto presenta norme di natura prevalentemente consuetudinaria, sia di matrice romana che di respiro orientale²⁶⁹. Secondo quanto affermato da Walter Ashburner, tale documento traccia i “caratteri unitari del diritto marittimo dell’Adriatico”²⁷⁰. Che si voglia seguire o meno tale tesi, costituisce un dato oggettivo che tale Codice fu applicato fino al XVI secolo in tutte le operazioni compiute nel bacino mediterraneo e nei porti della costa adriatica. Anche nel *Nomos* è affermato il principio, originatosi in maniera del tutto spontanea ed entrato nella tradizione consuetudinaria, della ripartizione del rischio di navigazione tra tutti i soggetti direttamente interessati, ampliando tale disciplina anche alle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore, non previste dal diritto romano²⁷¹. L'avaria comune, infatti, era contemplata nel scritto greco, mentre nei testi giustinianeï assumeva rilievo solo il getto volontario. L'elemento peculiare del sistema greco, di derivazione dalmata, e rinvenibile nella tradizione statutaria adriatica, è la tenace resistenza dell'istituto della *κοινωνία* (*società*), una costruzione che ricalca una decisa propensione all'associazionismo, ritrovato negli

²⁶⁷ Cfr. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, trad. it., *Storia universale del diritto commerciale*, a cura di V. POUCHAIN ed A. SCIALOJA, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1913, p. 48.

²⁶⁸ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., pp. 29 - 33.

²⁶⁹ Cfr. D. GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 52. Cfr. anche M. TOCCI, *op. cit.*, p. 359.

²⁷⁰ W. ASHBURNER, *The Rodian Sea Law, edited from the Manuscript*, Oxford, The Clarendon Press, 1909.

²⁷¹ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p. 36.

ordinamenti amalfitano, la c.d. *colonna*, messinese, la c.d. *entega*, e genovese, la c.d. *compagna*²⁷².

Invero, è proprio grazie a queste prime forme di associazione che si rese possibile la nascita di istituti più evoluti come la *societas*, la *commenda*, e la *collegantia*.

La produzione di regole di diritto marittimo medievale si originò con tutta probabilità proprio nell'area mediterranea, dove i commerci tra Oriente ed Occidente erano fitti ed assidui; ciò, però, determinò il sorgere di numerose relazioni commerciali prive di un'apposita disciplina perché non prevista dal diritto romano, che in materia era piuttosto elementare ed essenziale. Tali rapporti, perciò, vennero regolati da usi e pratiche nati spontaneamente ma osservati universalmente, al punto da fungere da paradigma per gli statuti successivi, che attinsero in gran parte alle sorgenti del diritto romano e delle *Leges Rhodiae*; queste ultime, pur essendo incastonate su una base legislativa romana, ebbero comunque una valenza innovativa perché riproducevano nuove tipologie contrattuali, più avanzate e rispondenti alle esigenze del tempo. Il diritto marittimo in epoca medievale divenne quindi una fonte autonoma, che racchiudeva una fitta trama di pratiche e consuetudini, che furono in seguito recepite in Statuti medievali e nei trattati internazionali. Un esempio è dato dalla affermazione di un principio che postula la libertà di navigazione nel *pelagus*, cioè nella porzione di mare considerata mare libero, ma non anche nelle zone definite *aquae nostrae*, sottoposte alla sovranità dell'Autorità del luogo.

20.3. Statuti delle Città marinare

Tra i primi documenti che attestano la sussistenza di consuetudini marittime nel suolo italiano, occupano un ruolo di rilevante importanza i *Pacta*; si trattava in sostanza di accordi di natura economica conclusi attorno ai secoli X, XI, XII e XIII da Venezia, Genova ed altri principali centri commerciali. Non solo, altre testimonianze provengono dal *Constitutum Usus* di Pisa, nel quale si indicarono, ad esempio, quali strumenti – legge o consuetudine – utilizzare per dirimere le

²⁷² Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., p. 33.

controversie²⁷³. Ed ancora, a Venezia lo Statuto più risalente, datato il 1227, è denominato *Ordinamenta super saornatione et stivatione navium*, ricompreso nel *Liber Plegiorum* del Minor Consiglio ed attribuito al Doge Ranieri Zeno; al 1255 si fanno risalire gli *Satuta ordinamenta super navibus et aliis lignis*, attribuiti al Doge Tiepolo ed approvati dal Maggior Consiglio; quest'ultimo, nel 1302, favorì la produzione di una collezione di regole sul commercio marittimo, intitolata *Statuti & ordeni de lynclita città de Venesia*, pubblicata nel 1477, in cui furono diffusi per la prima volta gli *Statuta* del 1255. Il diritto della navigazione venne inserito negli *Statuta veneta* del Maggior Consiglio e negli *Statuta tarretarum*. In ambito normativo, la fecondità di tale produzione normativa, pur sempre fedele alla tradizione romano-bizantina, l'avanzamento tecnologico e la prolificità dei traffici commerciali, concorsero ad affermare la primazia di Venezia rispetto alle altre realtà marinare dell'Adriatico. Tuttavia esistono fonti statutarie provenienti da altre potenze marinare, come Ancona, in cui si realizzarono gli *Statuta civitatis Pharae*, di cui si dispone solo di una versione del 1643, gli *Statuti anconetani del mar*, gli *Statuti del Terzenale* e gli *Statuti della Dogana*. Ancora, gli *Statuta civitatis Arimini*, che testimoniano la posizione di subordinazione di Rimini rispetto ad Ancona ed alla Serenissima. Statuti simili a quelli veneti furono elaborati nella città di Trani; in particolare sono collocabili al 1063 gli *Ordinamenta et consuetudo maris edita per consules civitatis Trani*, inclusi negli *Statuta firmanorum* del 1589, congiuntamente all' *Ordo, consuetudo et ius varehae secundum anconitanos*, che accoglie un singolare meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di avaria comune, non rilevato in alcun altro modello statutario. Infine, le *Consuetudines praeclarae civitatis Bariii*, collocate tra il 1180 ed il 1200, e pubblicate nei *Commentarii* del 1558²⁷⁴. Nonostante le evidenti differenze culturali, tra commercianti e navigatori si andava via via creando una *communis consuetudo*, norme generali chiamate a regolare la vita commerciale in generale, oltre che specifiche situazioni, come le ipotesi di avaria, di riconoscimento della responsabilità dei proprietari delle imbarcazioni e di ripartizione del rischio di navigazione. Se ne deduce che norme uniformi di diritto marittimo sussistevano in tutto il bacino del Mar Adriatico e del Tirreno e ciò fornisce la prova dell'esistenza di usi comuni praticati dalla gente di mare, a

²⁷³ A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p.37.

²⁷⁴ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., pp. 33-34.

prescindere dalla provenienza. Si possono quindi, con tutta sicurezza, ravvisare consuetudini marittime generali, attorno alle quali si avvilupparono poi usi locali. Di qui la ripartizione tra usi marittimi generali, locali e di riviera. Tale fenomeno interessò non solo l'intero bacino mediterraneo e adriatico, ma anche alcune città provenzali e catalane che, accanto a Genova ed alla Serenissima, occupavano un ruolo di spicco nei traffici commerciali del secolo XIII.

20.4. *Libre de Consolat de Mar*

Un esempio di particolare rilevanza è il *Libre de Consolat de Mar*, ossia il *Consolato del Mare*, una raccolta anonima di consuetudini marittime redatta a Barcellona attorno alla seconda metà del secolo XIV ed applicata in tutta la parte occidentale del Mediterraneo e soprattutto nei territori che formavano la Marca Ispanica, o meglio la Catalogna. Tale collezione di usi e consuetudini ha disciplinato i rapporti commerciali di tutto il Mediterraneo, a tal punto da meritare la denominazione di *universalis consuetudo*, in ragione della sua vastità e completezza. Esistono traduzioni in lingua italiana, francese, inglese, olandese ; questo a riprova della rigogliosa diffusione e della forza unificatrice che ha esercitato in tutta Europa, tanto da assicurare un *corpus* di regole confacente alle esigenze di certezza del diritto nei rapporti commerciali. Le disposizioni contenute al suo interno, propagate nel Medio Evo, sono state osservate scrupolosamente fino al secolo XVIII, epoca delle codificazioni, nonostante le condizioni sociali ed economiche fossero nel frattempo mutate. Ne deriva la sostanziale validità e solidità degli istituti, pregni di elementi appartenenti alla tradizione romana e bizantina, sia pure con i debiti adeguamenti²⁷⁵. Costituisce uno strumento di particolare rilevanza anche per un'altra ragione: essa ha infatti rappresentato una sorta di crinale tra due grandi epoche del diritto, una contraddistinta dalla formazione spontanea di costruzioni ed istituti giuridici, l'altra caratterizzata da innumerevoli sforzi di codificazione, fino ad arrivare da ultimo alla stesura del testo del Codice del Commercio del 1882, del Codice della Marina mercantile e del Codice del Commercio del 1942. Si assisteva così al processo di trasformazione del diritto marittimo: un fenomeno nato spontaneamente ed in modo uniforme, poi convertito gradualmente in diritto positivo.

²⁷⁵ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., p. 34.

La spontanea formazione del diritto del mare è confermata anche dalle vicende che parallelamente interessavano altri bacini, e che riproponevano regolamentazioni uniformi. Un esempio ne sono le *Rôles d'Oléron*, le *Regole d'Oléron*, una miscellanea di sentenze risalenti al XIII secolo e riguardanti l'isola di Oléron, situata nel golfo di Biscaglia. Tale giurisprudenza, propria della tradizione delle coste francesi dell'Oceano Atlantico, aveva trovato larga diffusione anche nelle legislazioni di altri Paesi bagnati dal Mar Baltico e dal Mar del Nord²⁷⁶. Il diritto marittimo dei Paesi scandinavi, infatti, è stato largamente condizionato da quanto lasciato in eredità dalla tradizione del Mediterraneo; la posizione geografica, gli assidui contatti con l'Europa continentale determinarono la fusione con i principi romano-bizantini e generarono istituti nuovi, tra cui quello della limitazione del debito complessivo dell'armatore mediante l'abbandono della nave ai creditori²⁷⁷. A onor del vero, la dottrina a tal riguardo è frammentata; secondo alcuni l'istituto era già contemplato nel diritto romano, sotto la veste della *noxae deditio*, strumento che permetteva di limitare la responsabilità del proprietario del vascello, attraverso la consegna dello *strumentum offendendi* ai creditori²⁷⁸. Da altri, invece, tale istituto è considerato la “scoperta geniale del Medio Evo”. Tra questi, Righetti, che ne contesta la presenza tra le norme giustinianee che, a suo avviso, “non prevedevano alcuna forma di limitazione della responsabilità”²⁷⁹.

20.5. *Ius naufragii*

Negli ordinamenti dell'Europa settentrionale, restava saldo anche l'istituto dello *ius naufragii*, meccanismo estraneo al diritto romano e da alcuni erroneamente ricondotto al diritto rodio; in epoche remote, una sorta di *Lex naufragii* veniva praticata nella zona del Ponto, regione nordorientale dell'Asia Minore, divenuta celebre per le continue scorrerie di pirati e per gli attacchi dei naufragatori; in quel luogo vigevano il diritto di impadronirsi dei relitti e quello di ridurre in schiavitù le vittime di

²⁷⁶ A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p.38.

²⁷⁷ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., pp. 35-36.

²⁷⁸ Cfr. S. ZUNARELLI, *Lezioni di diritto della navigazione*, Bologna, Libreria Bonomo, 2001, p. 56.

²⁷⁹ G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. I, tomo II, p.277.

naufragi²⁸⁰. È evidente la contrapposizione tra pratiche pontiche e l'accoglienza dei naviganti stranieri, tipica invece della popolazione rodia. Lo stesso Eschilo, drammaturgo greco, definì la costa sud-occidentale del Ponto "matrigna di navi", e lo stesso appellativo fu attribuito da Senofonte alla Bitinia situata nella parte nord-occidentale²⁸¹. In epoche più lontane, la consuetudine di appropriarsi dei resti di naufragi era diffusa nel Mar Egeo, nell'isola di Creta, a Schiro e, secondo l'opinione di taluni, anche a Rodi; e tale pratica non era limitata soltanto ai relitti, ma anche ai naufraghi ed ai bastimenti approdati senza permesso, suscettibili di essere confiscati dalle autorità del luogo. Ad ogni modo, il Talmud di Gerusalemme e quello Babilonia, nonché lo stesso Digesto, non prevedevano un simile uso; era in chiara antitesi non solo con i principi generali del diritto romano, ma anche con le pratiche diffuse nel bacino del Mediterraneo, in quanto ritenuto uno strumento primitivo e selvaggio. In tali ordinamenti, infatti, i relitti, come anche gli oggetti gettati in mare durante le tempeste per alleggerire il carico delle imbarcazioni, venivano considerati sempre di proprietà dell'originario padrone²⁸². Nei Paesi più a Settentrione, la regola dello *ius naufragii* ha continuato ad ardere sotto la coltre del diritto giustiniano, divampando durante l'epoca medievale ed influenzando indirettamente il contenuto del *Code Napoléon*. Innanzitutto, il *Code Civil* del 1804, all'art. 713, prescriveva che i relitti venissero assegnati allo Stato. Le cose delle quali non si conosceva il padrone, definite *épaves*, però, non erano destinate all'acquisizione della pubblica autorità, ma in seguito alla dichiarazione di rinvenimento e il decorso di termine, ma erano solitamente assegnate a colui che le aveva scoperte. In tal senso, Proudhon, sosteneva che: "Il diritto del relitto non è affatto venuto a noi dalle leggi romane [...] ma i signori esercitavano questo diritto, come altri, nell'ambito delle loro terre, sia in compensazione dei carichi d'amministrazione della giustizia, che d'indennità per gli alimenti forniti agli infanti abbandonati. L'anatema lanciato sul regime feudale dall'Assemblea Costituente il 4 Agosto 1789

²⁸⁰ Cfr. ROUGÉ, *Le droit de naufrage et ses limitations en Méditerranée avant l'établissement de la domination de Rome*, in *Melanges d'archéologie et d'histoire offerts à André Piganiol*, vol. III, Paris, 1966, pp. 1472 ss. Citata da O. Marlasca, *Quelques points de droit commercial et maritime dans la lex visigothorum*, in *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, n° XLVIII, 2001, p. 227.

²⁸¹ G. PURPURA ne *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, in *Tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale subacqueo*, a cura di F. MANISCALCO, 2004, p.14, ha fatto espresso riferimento al *Prometeo* di Eschilo e alla *Anabasi* di Senofonte.

²⁸² Così GIAVOLENO (D. 41, 2, 21, 1 e 2): "*Quod ex naufragio expulsus est, usucapi non potest, quotiam non est in derelicto, sed in deperdito. Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est*". Si tratta di una nota (n.44) contenuta apposta da G. PURPURA, *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, cit. p.17.

dovrebbe colpire il diritto *d'épaves*, come tutti gli altri diritti signorili [...] Ma si deve osservare che i relitti non si possono considerare come cose senza padrone, in quanto il loro padrone non è conosciuto al momento in cui sono trovati; e dunque non sono suscettibili né di occupazione, né di devoluzione a pieno diritto al fisco, come avverrebbe per le cose che non sono mai state nel patrimonio dell'uomo, o che sarebbero state positivamente abbandonate”²⁸³. Si avvertì quindi l'esigenza di inserire nei moderni Codici gli istituti della occupazione e della invenzione di cose derelitte e perdute, ma nel Codice della navigazione rimaneva fermo l'obbligo, quando possibile, di rendere quanto rinvenuto al legittimo proprietario e di attribuire allo Stato beni di valore artistico, archeologico, storico, etc.²⁸⁴.

20.6. *Rôles d'Oléron*

Tra le principali fonti prodotte negli ordinamenti del nord Europa, si distinguono, oltre alle già menzionate *Leyes de Layron*, conosciute anche con il nome di *Jugements* o *Rooles de Oléron*, del 1266, ai quali si sono ispirati per la stesura dei *Recessi della Lega Anseatica*, del 1241, e delle *Regole di Wisby*, risalenti all'incirca al 1405. I Paesi scandinavi e le città anseatiche, infatti, hanno ampiamente recepito il contenuto delle *Rôles d'Oléron*, che è stato in gran parte riportato nelle c.d. *Lois de la ville de Wisby*, una summa di regole consuetudinarie originate nei territori del Belgio, Olanda e Regno Unito. A segnare il vero punto di convergenza tra gli ordinamenti nordici e quelli mediterranei fu, però, una compilazione francese riconducibile al secolo XVI e nota come *Guidon de la mer*; pur essendo caratterizzata da un circoscritto ambito di applicazione, raccoglieva in sé una congerie di regole di origine spagnola, italiana, marsigliese, olandese, concorrendo quindi alla formazione dello *ius commune maritimum*; costituisce inoltre la premessa per la redazione della *Ordonnance de Louis XIV, donnée au mois d'Août 1681, touchant la marine*.

²⁸³ Citazione di G. PURPURA, *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, cit., p. 22.

²⁸⁴ Cfr. G. PURPURA, *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, cit., pp. 22-23.

20.7. L' *Ordonnance de Louis XIV*

L' *Ordonnance touchant la marine, donnée au mois d' Août 1681* fu ispirata dal politico ed economista francese Jean-Baptiste Colbert²⁸⁵, grande sostenitore della trasposizione del diritto romanistico nelle moderne codificazioni. L' *Ordonnance* è considerata una pietra miliare della codificazione del moderno diritto del mare²⁸⁶; è stata inserita nel Libro II del *Code de Commerce* napoleonico del 1807 e in molti altri ordinamenti europei. Esempi ne sono le *Ordinanze di Bilbao* del 1737, le leggi prussiane del 1727 e del 1766, l' *Ordinanza svedese* del 1750. Per quanto riguarda l' Italia, a seguito della *Ordonnance*, diversi furono i testi legislativi ad essa ispirati, tra cui l' *Editto di marina e navigazione marittima Toscana*, pubblicato dal Granduca Francesco di Lorena nel 1748; il *Reale editto, o sia regolamento per la navigazione de' bastimenti mercantili de' 18 agosto 1741* ed il *Reale editto* del 1759, entrambi emanati da Carlo III di Napoli; ancora, l' *Editto di navigazione mercantile austriaca*, promulgato nel 1774 da Maria Teresa d' Austria; ed infine il *Codice per la veneta mercantile marina*, divulgato nel 1786, da molti ritenuto il più importante strumento di diritto marittimo italiano del secolo XVIII²⁸⁷; e ancora, il *Consolato di Mare di Malta* del 1697, i *Capitoli di Leggi dell' Ill.mo Magistrato de' Signori Conservatori del Mare della Serenissima Repubblica di Genova* del 1712, il *Codice per lo Regno delle due Sicilie* del 1819, il *Regolamento Provvisorio di Commercio da osservarsi in tutto lo Stato Pontificio fino alla pubblicazione ed attuazione del nuovo Codice del Commercio* emanato nel 1821, il *Codice di Commercio per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, risalente al 1842, e finalmente il *Codice di Commercio Italiano* del 1865²⁸⁸.

Il fatto che tutti i successivi esperimenti di codificazione fossero effettuati guardando al paradigma della *Ordonnance*, trova spiegazione nella natura organica del testo francese, in cui erano riunite regole e consuetudini marittime vigenti nel versante adriatico e di quello tirrenico, le fonti anseatiche e quelle contenute nel *Guidon de la mer*, il tutto armonizzato con i principi della tradizione romanistica. Sarà l' emblema del passaggio dal diritto marittimo di stampo consuetudinario all' era delle

²⁸⁵ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., p. 35.

²⁸⁶ Cfr. A. SCIALOJA, *Corso di diritto della navigazione*, Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1943.

²⁸⁷ Cfr. A. LEFEBVRE D' OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 8.

²⁸⁸ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p.39.

codificazioni²⁸⁹.

Per tale ragione, l'*Ordonnance*, accostando storia ed ordinamenti diversi, mostra come accanto ad una tendenza alla formazione spontanea di usi, consuetudini e regole, un'altra tendenza tipica dell'Età di mezzo, era quella di raggiungere quanto più possibile l'uniformità tra più ordinamenti giuridici, creando le basi per il fenomeno che prenderà successivamente il nome di "globalizzazione"²⁹⁰.

21. Età moderna

A partire dal secolo XIII, l'Europa si risvegliò dal torpore medievale e molteplici furono le svolte che caratterizzarono il periodo dell'età moderna. Innanzitutto iniziava a farsi strada l'idea di Stato moderno; la legge stava via via conquistando una posizione di supremazia rispetto alle consuetudini; in seguito alla Pace di Vestfalia, che determinò un nuovo assetto mondiale, si tentava di tracciare una linea di demarcazione tra il potere temporale e quello spirituale. Su questo scenario germogliarono i diritti nazionali positivi che, suggestionati dal diritto comune, diedero vita ad ordinamenti di *civil law*, ai quali si contrapponeva quello anglosassone di *common law*, che apporterà un rilevante contributo alla formazione del moderno diritto marittimo uniforme.

Proprio dalla sedimentazione del concetto di diritto e del concetto di Stato discenderanno la preminenza della legge, considerata principale fonte giuridica, ed il conseguente regresso della consuetudine; essenzialmente si assistette alla trasformazione dello *ius commune* in diritto nazionale, connotato da accentuati tratti romanistici, e si gettarono le basi per la formazione di tre grandi blocchi ordinamentali, quello francese, quello tedesco e quello inglese. Tali cambiamenti furono incoraggiati dal manifestarsi di effervescenze rivoluzionarie nell'America e nella Francia del secolo XVIII e dalla successiva conquista dei testi costituzionali redatti per iscritto. Il ruolo della consuetudine sarà compreso ancor di più nel secolo XIX, fino a rivestire un ruolo del tutto marginale, mentre un *revirement* è ravvisabile solo all'indomani del secolo XX, quando da alcuni sarà riesumata e riportata

²⁸⁹ Cfr. S. CORRIERI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, cit., p. 35.

²⁹⁰ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p.38.

in auge, riacquistando così un ruolo decisamente attivo nella regolamentazione di alcuni aspetti del diritto attuale.

In ambito marittimo, l'*Ordonnance de Louis XIV, donnée au mois d'Aôut 1681, touchant la marine*, corrisponde al primo vero sforzo di moderna codificazione, rivolto non solo ad accogliere in un *corpus* unico la moltitudine delle regole vigenti, ma anche a conferire sistematicità alla materia di diritto del mare; il tutto, lasciando ampio spazio per l'introduzione di elementi di novità.

Nell'ordinamento francese svanì la distinzione tra normativa atlantica e normativa mediterranea, si configurarono leggi uniformi ed seguirono altri tentativi di codificazione del diritto marittimo; eppure, il movimento di uniformazione del diritto del mare prenderà forma proprio ispirandosi all'ordinamento anglosassone.

21.1. Il diritto marittimo uniforme

Al tramontar del secolo scorso, quando ormai il processo di codificazione era giunto a completamento e il diritto era concepito esclusivamente come estrinsecazione della volontà degli Stati, si manifestò presto il proposito di realizzare una graduale unificazione internazionale del diritto marittimo; ciò si rendeva possibile operando su tre fronti: *in primis*, nelle materie di competenza esclusiva degli Stati, era prevista l'applicazione uniforme di regole nate spontaneamente e quindi dotate di un largo spettro di consensi; in secondo luogo, era prevista la ratifica di accordi internazionali ed, infine, si mirava alla realizzazione di enti sovranazionali ai quali cedere una parte della sfera di sovranità di ciascuno Stato. In quel periodo, se da un lato si registravano l'aumento dei traffici commerciali, la diffusione di ideologie liberiste e liberali, ed il rapido avanzamento delle tecnologie, dall'altro si percepiva la difficoltà di conciliare norme di ordinamenti diversi, e talvolta contrastanti. Per tali ragioni, numerosi furono i tentativi volti alla realizzazione di un diritto uniforme internazionale; le prime iniziative furono intese a realizzare disposizioni particolareggiate con cui si cercava di regolare i rapporti economici interstatali. Dapprima l'iniziativa fu presa da imprese ed associazioni di categoria; in seguito anche alcuni enti internazionali predisposero forme contrattuali

per poter regolare fattispecie caratterizzate da elementi di transnazionalità. Infatti, nel 1860 si tenne a Glasgow una conferenza della “*National Association for The Promotion of the Social Science*” nella quale vennero elaborate le c.d. *Glasgow Rules*, contenenti soluzioni da applicare alle spese nel porto di rifugio²⁹¹. Inoltre, nel 1890, l’*International Law Association*, predispose le *York - Antwerp Rules*, contenenti un’accurata disciplina in materia di avaria comune²⁹²; aggiornate sistematicamente, si caratterizzavano per aver raggiunto uno straordinario grado di generalità²⁹³. In realtà, era stata tenuta una prima conferenza, quella di York, nel 1864, alla quale presero parte rappresentanti tedeschi, belgi, francesi, olandesi, inglesi, russi e nord-americani, e in tale sede vennero stilate undici regole riguardanti l’avarìa comune, e conosciute come *York Rules*. Seguì un periodo di stallo, in cui non fu florida l’attività di armonizzazione in materia di avaria; su impulso della *Association for the reform and codification of the Law of nations*, nel 1877 si tenne una nuova conferenza, questa volta ad Anversa, nella quale si approvarono dodici regole, le c.d. *York-Antwerp Rules*, decisive per l’unificazione delle disposizioni legislative degli Stati in materia di avaria comune²⁹⁴. A tale progetto fecero rapidamente seguito anche altre proposte di enti internazionali, come l’OIL, l’Organizzazione Internazionale del Lavoro, fondata nel 1919 e l’ UNIDROIT, l’*International Institute for the Unification of Private Law*, istituita nel 1926, le quali hanno dato origine a molte Convenzioni internazionali; si è quindi utilizzato lo strumento convenzionale per raggiungere l’obiettivo di unificazione normativa; ma, ancor prima, all’attività di armonizzazione contribuì in maniera evidente anche l’organizzazione del CMI, il *Comité maritime International*, costituito a Bruxelles nel 1897; si trattava di un organismo di carattere privatistico, composto da associazioni nazionali di giuristi, tecnici ed economisti, con il compito di predisporre convenzioni internazionali di diritto uniforme; tra quelle adottate in seno al CMI, si distinguono la Convenzione del 23 Settembre 1910 sull’urto, la Convenzione del 23 Settembre 1910 sull’assistenza e salvataggio marittimi, la

²⁹¹ Cfr. E. M. LUNA GAMBOA, *Tesi di Dottorato di Ricerca in “Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell’Integrazione”*, *L’avarìa comune*, Università di Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, 25 Settembre 2008, p. 84.

²⁹² ²⁹² M. J. BONELL, voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano, 1992, pp. 720 ss.

²⁹³ Cfr. A. LEFEBVRE D’OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 30.

²⁹⁴ Cfr. R. LOBIANCO, *Le regole di York e Anversa e la contribuzione alle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 47.

Convenzione del 25 Agosto 1924 sulla polizza carico, la Convenzione del 25 Agosto 1924 sulla limitazione della responsabilità dei proprietari di navi, la Convenzione del 10 Aprile 1926 sull'immunità delle navi di Stato etc.²⁹⁵. Ancora oggi le convenzioni internazionali costituiscono il sistema più diffuso di unificazione del diritto.

Sebbene sia stato interessato da un periodo di stasi, dovuto allo scoppio del secondo conflitto mondiale, il panorama delle Convenzioni internazionali in materia di diritto del mare ha conosciuto, nel periodo postbellico, grande prosperità; ciò soprattutto in forza delle costanti pressioni esercitate dai paesi in via di sviluppo e per via della nascita di altri enti internazionali, come l'UNCTAD, la *United Nations Conference on Trade and Development*, fondata nel 1964, UNCITRAL, la *United Nations Commission on International Trade Law*, fondata nel 1966, e l'IMO, la *International Maritime Organisation*, fondata nel 1959. Tuttavia, esistono anche altri meccanismi di unificazione del diritto; tra essi, assume rilevanza l'apporto della giurisprudenza: gli organi giurisdizionali garantiscono, quanto più possibile, interpretazione ed applicazione uniformi.

Notevole è anche il contributo offerto dalla dottrina; dimostrazione ne sono il c.d. *Restatements of the Law*, strumenti di armonizzazione del *Common Law* americano, approntati con lo scopo di ordinare e chiarire il complesso normativo americano. Non sono leggi, e non sono emanate dal legislatore; si tratta piuttosto di congegni creati da studiosi e professionisti per attribuire sistematicità alla legge applicabile. Sebbene siano simili alle codificazioni, essi non hanno forza di legge²⁹⁶. Tuttavia, pur essendo documenti redatti da docenti e giuristi, sono stati spesso tenuti in debita considerazione dai giudici delle Corti americane.

Oltre al diritto uniforme convenzionale, di particolare interesse è la funzione svolta dal diritto uniforme sovranazionale, che scaturisce dall'intervento di Autorità sovranazionali, alle quali gli Stati hanno ceduto parte dei propri poteri sovrani. L'Unione Europea costituisce un indiscutibile esempio di organizzazione regionale; infatti, il diritto europeo assurge a fonte sovranazionale, dotata di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali, e di forza vincolante nei confronti degli Stati membri, tenuti al rispetto della normativa e degli obiettivi europei. A tal proposito, appare opportuno far espresso

²⁹⁵ Cfr. A. LEFEBVRE D'OIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 31.

²⁹⁶ Cfr. R. MICHAELS, *Restatements*, Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press, pp. 1 ss.

riferimento alla lettera dell'art. 288 TFUE, così come modificato dal trattato di Lisbona del 2009, che contiene l'elencazione degli strumenti di cui l'Unione Europea dispone per la realizzazione dei suoi obiettivi. Suddetto articolo recita che "Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti".

21.2. Verso la globalizzazione del diritto

Il quadro finora delineato permette di dare nuovo lustro alle consuetudini, specialmente in ambito commerciale e contrattuale. È proprio grazie alla consuetudine che hanno trovato diffusione i moderni paradigmi contrattuali. La stessa azione uniformante esercitata dalle regole consuetudinarie nel Medioevo, soprattutto in relazione agli usi marittimi, si manifesta nuovamente negli ordinamenti odierni. Nell'attuale scenario, difatti, le necessità sono in continua trasformazione, e di conseguenza cambiano anche gli usi e le consuetudini chiamati a soddisfarle. La minaccia della ipertrofia delle fonti consuetudinarie - inevitabile conseguenza dei continui mutamenti - è però risolta con la prevalenza di quelle che meglio di altre sono idonee a rispondere alle esigenze sociali. "Cosicché il particolarismo proprio della consuetudine può coesistere con la tendenza alla formazione spontanea di regole uniformi per gli istituti per i quali l'uniformità è più opportuna e funzionale"²⁹⁷.

Sempre crescente è il peso della consuetudine nella creazione di norme di diritto uniforme, in uno sfondo in cui la globalizzazione ha investito la società in tutti i suoi aspetti, da quello tecnologico a quello giuridico, da quello economico a quello filosofico.

Sul piano internazionale, si è avvertita l'esigenza di dotarsi di una legge universale, nata

²⁹⁷ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p.41.

spontaneamente, separata e sovraordinata rispetto agli ordinamenti statuali: la nuova *lex mercatoria*. I dibattiti in dottrina hanno condotto alla formazione di due schieramenti; da un lato i c.d. “mercatoristi”²⁹⁸, che hanno definito la legge suddetta come un sistema di norme “creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati”²⁹⁹. Dall’altro, secondo il giudizio dei c.d. “antimercatoristi”³⁰⁰, la *lex mercatoria* è invece un coacervo di “principi generalissimi, dai contenuti, almeno per ora, scarsamente definiti”³⁰¹, in quanto non risulta esser determinabile né il suo grado di coerenza né il contenuto. Un dato è comunque assodato: sempre più di sovente i principi della *lex mercatoria* sono utilizzati per regolare i contratti internazionali di diversi Paesi³⁰²; tali principi sono stati racchiusi in una compilazione dell’ UNIDROIT, che prende il nome di *Principi dei contratti commerciali internazionali*³⁰³. La nuova *lex mercatoria* determina, tal modo, una nuova antesi di quel diritto universale di commercianti e artigiani manifestatosi per la prima volta nello scenario medievale e capace di derogare al diritto civile del tempo, applicando gli statuti delle corporazioni, oltre che gli usi e le consuetudini mercantili; si ripresenta negli attuali sistemi di integrazione dei mercati, si scontra non più con il diritto romano comune, ma con una pluralità di ordinamenti e di mercati nazionali ed opera allo scopo di rimuovere, o quanto meno temperare, tali discrasie. Un siffatto contesto esprime la maturità dei tempi per un nuovo diritto uniforme e, al contempo, l’inclinazione dei diritti nazionali a proiettarsi al di là dei propri confini³⁰⁴. All’interno di questa nuova dimensione, si riducono i particolarismi dovuti all’esistenza di numerose fonti normative consuetudinarie interne, oltre che le divergenze tra ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*. Al fenomeno della globalizzazione del diritto, però, non devono imprimersi connotati negativi, né

²⁹⁸ Cfr. F. BORTOLOTTI, *La “nuova” lex mercatoria. Costruzione dottrinarie o strumento operativo?*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 1996, p. 735.

²⁹⁹ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 217 ss.

³⁰⁰ Cfr. F. BORTOLOTTI, *La “nuova” lex mercatoria. Costruzione dottrinarie o strumento operativo?*, cit., p.335.

³⁰¹ Cfr. F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 1997, p.26.

³⁰² Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 2010, vol. II, p. 323.

³⁰³ Cfr. M. J. BONELL, *The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law in Uniform Law Review*, 2004, p. 5.

³⁰⁴ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; cfr. anche M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

deve intendersi come un meccanismo attraverso cui imporre agli Stati un diritto universale, a scapito dei diritti interni³⁰⁵. Al contrario, deve ritenersi una opportunità che permette a tutti “di attingere al planetario emporio delle creazioni giuridiche”, e quindi di sfruttare al meglio ed ottimizzare le risorse di ogni ordinamento giuridico interno³⁰⁶, assicurando pur sempre ampi margini d’azione al diritto nazionale.

21.3. Il diritto comune europeo

La sfida alla globalizzazione raccolta dagli Stati in ambito internazionale ha prodotto effetti suggestivi anche nell’ordinamento europeo, a tal punto da modificare l’assetto delle fonti normative. Innanzitutto, si è palesata la vocazione a creare una normativa europea uniforme, ma non solo; si è aperto uno spiraglio al modello di un diritto europeo *comune*, ben diverso dal concetto di diritto unico europeo sancito dai trattati ed applicato attraverso i regolamenti, e ben diverso dal diritto uniforme disposto dalle direttive. Il diritto *comune* europeo, piuttosto, si fonda sulla sussistenza di un nesso di complementarità tra il diritto unionale e il diritto interno di ciascuno Stato membro. In altri termini, una tale relazione, a seconda delle fattispecie concrete, permette sia di applicare in via prioritaria le norme nazionali e in via sussidiaria quelle europee; sia di muoversi in direzione opposta, applicando principalmente le disposizioni europee, e sussidiariamente quelle nazionali. La componente *comune* risiede nel rispetto di criteri ermeneutici uniformi adottati da giurisprudenza e dottrina, anche attingendo e prendendo a prestito principi appartenenti alla tradizione giuridica del diritto romano e del diritto comune³⁰⁷. Un tale sistema permette di poter discernere le materie per cui una disciplina uniforme è necessaria, e le materie in cui l’osservanza di tavole normative nazionali rimane imprescindibile; esso permette, al contempo, di preservare l’intramontabile dualità tra sistemi di *civil law* e di *common law*, anche in condizioni di ravvicinamento dei diversi ordinamenti statuali. All’interno dello scenario delineato, secondo l’illustre giudizio di Natalino Irti, “lo spirito europeo non

³⁰⁵ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., pp.41-42.

³⁰⁶ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 88.

³⁰⁷ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p. 42.

può arrestarsi nella contemplazione delle rovine”, ma deve compiere un passo ulteriore e puntare alla ideazione di nuovi paradigmi³⁰⁸: ambire, ad esempio, ad un assetto legislativo multilivello, stratificato e suddiviso in ordinamento regionale, nazionale, europeo, internazionale, ognuno dotato di una propria sfera di competenza e legato all’altro da un rapporto di complementarietà; ambire ad un avanzato sistema delle fonti del diritto, in modo da superare lo schema che si incardina sulla convinzione che sia lo Stato unica fonte di produzione del diritto, e la legge corsia preferenziale; ambire ad un assetto in cui possa esser attribuita alla consuetudine un’importanza maggiore, e che riproduca i tratti salienti del diritto medievale, dal quale si è originata la scintilla della uniformazione del diritto³⁰⁹. La consuetudine, in eterno dissidio con la legge, riscopre oggi una stagione di rigoglio, non solo nella dimensione statale, ma guadagna una ruolo di spicco anche sulla scena europea ed internazionale; di più, essa si rivela un valido collante tra coloro che aspirano alla unificazione del diritto e coloro che invece restano fedeli al proprio passato, ai propri principi e alle tradizioni giuridiche. Seppur con le dovute cautele, non può non ammettersi una stretta correlazione tra la *lex mercatoria* medievale e l’attuale *lex mercatoria*, in quanto fondate su base volontaristica ed incardinate entrambe su principi comuni. D’altro canto, il ruolo di preminenza giocato dal diritto dell’Unione Europea si riscontra anche in considerazione dell’attività giurisdizionale della Corte di Giustizia – supportata dalle elaborazioni dottrinali – che è chiamata ad assicurare il rispetto del diritto *comune* europeo, e le cui interpretazioni sono dotate di efficacia vincolante nei confronti dei giudici nazionali, ed hanno una portata non limitata al giudizio cui si riferiscono, ma hanno portata generale³¹⁰.

³⁰⁸ Cfr. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 39.

³⁰⁹ Cfr. A. MOCCIA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello* in *I giuristi e l’Europa*, Bari, 1997, pp. 41 ss.

³¹⁰ Cfr. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, Laterza, 2002, p. 366; in merito alla giurisprudenza v. sentenza Cass. 16.5.2003 n. 7630, in FI, 2003, I, c. 2015.

21.4. *Il diritto della navigazione nel contesto attuale*

Pensare, in ambito internazionale, ad un diritto del mare incardinato sulla consuetudine, e quindi dotato di tratti generali ed uniformi, come pure, pensare, in ambito nazionale, ad un diritto del mare incardinato su concetti lasciati in eredità dalla tradizione romanistica, consente di riconoscere al diritto marittimo un ruolo “pionieristico”; Ascarelli ha osservato, infatti, che “l’internazionalismo [...] può permettere al diritto della navigazione di tornare ad assolvere ad una funzione di pioniere nel progresso del diritto [...] e si manifesta nella creazione di un nuovo diritto commerciale internazionale uniforme”³¹¹. La dimostrazione di quanto detto è fornita dal Codice della navigazione, la cui elaborazione si deve ad Antonio Scialoja, che fu tra i primi teorizzatori dell’unitarietà e dell’autonomia del diritto della navigazione. Tale Codice, invero, ha determinato il passaggio da un sistema legislativo frammentato e disomogeneo ad una disciplina uniforme³¹²; ma esso ha consentito anche di far acquisire al diritto marittimo, come anche a quello aeronautico, una dimensione autonoma e del tutto svincolata dalle altre sfere del diritto. Si è in tal modo attribuita sistematicità e conformazione indipendente, oltre che rigore scientifico, tecnico e giuridico, alle pratiche mercantili, pur onorandone la natura di “diritto vivente”³¹³. Infatti, all’interno delle disposizioni codicistiche, una peculiare posizione è occupata dall’uso in tema di navigazione. Secondo quanto sancito nell’art. 8 delle disposizioni preliminari, l’uso acquista rilevanza solo in assenza di una previsione legislativa o regolamentare esplicita della materia (si suole parlare in tal caso di uso *praeter legem*); quando invece esiste una previsione legislativa o regolamentare, l’uso ha efficacia solo se trova espresso richiamo (uso *secundum lege*). Appare opportuno evidenziare come, proprio in virtù della rilevanza riconosciuta dal diritto vivente in materia, l’uso gode di un ambito di operatività più esteso di quello riconosciuto nel diritto generale³¹⁴. L’art.1 del Codice, inoltre, riconosce alla disciplina speciale in materia marittima una posizione di supremazia rispetto al diritto civile, che quindi acquista carattere

³¹¹ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Studi in memoria di Elio Fanara, cit.*, p. 517.

³¹² Cfr. A. SERRA, *Dal codice del commercio al codice della navigazione in Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. TULLIO – M. DEIANA), Isdit Editrice, Cagliari, 1993.

³¹³ S.M. CARBONE, *Il diritto marittimo: attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2002.

³¹⁴ Cfr. A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*, Roma, Soc. Edit. Del Foro Italiano, 1933, vol. I, pp. 7 ss.

sussidiario e diviene applicabile solo in assenza di una *lex specialis*. Ne consegue che gli usi *praeter legem* si trovano in condizione di subordinazione rispetto alle disposizioni legislative e regolamentari predisposte in tema di navigazione, ma prevalgono sul diritto comune. Nella Relazione al Codice della navigazione, in particolare, si evidenzia che “l’ordinamento delle fonti è caratterizzato dall’insieme della prevalenza del diritto della navigazione sul diritto civile, ove infatti gli usi dispongono vi è una norma espressa del diritto speciale che deve prevalere”³¹⁵.

Poniamo l’esempio della locazione di nave. È pacifico che tale contratto sia riconducibile alla categoria più generale della locazione di cosa mobile³¹⁶. La locazione di nave costituisce quindi un istituto speciale e, in applicazione del criterio di specialità, le norme contenute nel Codice di navigazione e gli usi marittimi, troveranno applicazione e prevalenza sulla disciplina dettata dal Codice civile. Eventuali lacune, prima di orientarsi verso le disposizioni generali dettate in materia civilistica, dovranno esser colmate ricorrendo all’applicazione analogica (si consente tanto l’analogia *legis specialis* quanto l’analogia *iuris specialis*) delle norme contenute nel Codice della navigazione³¹⁷. Tuttavia, non può non recidersi interamente il contatto tra Codice della navigazione e Codice civile; tutt’altro. Tra le due fonti esiste un rapporto di completamento e di reciproca integrazione, dovuta proprio all’applicazione di principi generali presenti nell’ordinamento, ossia, per usare l’espressione di Pescatore, di quelle “fattispecie normative che costituiscono le regole fondamentali desumibili dal sistema nel suo complesso, comprensivo della Costituzione”³¹⁸. Le disposizioni speciali, pertanto, rappresentano la *ratio* su cui si fonda il riconoscimento dell’autonomia della materia; viepiù, il diritto vivente conserva una funzione fondamentale in campo marittimo, anche se talvolta è inglobato nel concetto più vasto di *lex mercatoria*. Ne discende, come ha fatto notare Irti, che “le leggi e i diritti speciali sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del Codice civile, costituendo microsistemi di norme con proprie autonome logiche”³¹⁹. Ci si trova quindi davanti

³¹⁵ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p. 44, nota 25.

³¹⁶ Cfr. A. LEVEBVRE D’OVIDIO, *Locazione di nave*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, IX, Torino, 1975, pp. 1040 ss.

³¹⁷ Cfr. C. TOSORATTI, *La locazione di nave*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, p.8.

³¹⁸ Cfr. A. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1921, pp. 83-84; ma cfr. anche G. PESCATORE, *Diritto della navigazione e principi generali*, in *Foro Italiano*, 1994, p. 434 ss.

³¹⁹ N. IRTI, *L’età della decodificazione*, cit., p. 26.

a due ordini diversi di fonti, che combinate insieme, si completano vicendevolmente: in questo modo, “diritto positivo, fondato su principi e norme statuali, e diritto vivente, basato sul consenso e sulla consuetudine, costituiscono un *unicum* del diritto della navigazione che mantiene la sua forza vitale non solo per la sua tradizione storica e per la sua – ancor valente – codificazione, ma anche per la sua forza anticipatrice dei tempi dovuta alla sua dinamica interna che, nel mondo globalizzato di oggi, costituisce un valido esempio della possibilità di un equilibrio fra fonte positiva e consuetudinaria, fra necessità di certezza – attraverso l’imperatività della norma – e ricerca di consenso universale, per la individuazione di regole volte alla speditezza dei mercati legati dal trasporto fondate su principi comuni. Nel contesto di una consolidazione del diritto speciale che, sorgendo come svolgimento ed evoluzione del diritto generale e rivelando logiche autonome e principi organici, tende, nella sua dinamica per un verso a tornare nell’alveo generale e per l’altro a sostituire i principi generali del Codice Civile con principi propri, si innesta la tendenza della materia all’internazionalità ed all’universalità. Le caratteristiche della materia, quale micro-sistema, inducono a ritenere che non è utopia pensare che le categorie ad essa applicabili possano essere usate più in generale per la formazione e per l’interpretazione di un diritto comune europeo (o addirittura universale) fondato su pochi comuni principi generali che traggono alimento, non solo da una comune origine culturale, ma anche e soprattutto dal comune consenso, creato dalle esigenze della prassi, dall’interpretazione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea e dalla conseguente applicazione”³²⁰.

³²⁰ Cfr. A. XERRI SALAMONE, *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, cit., p. 45.

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLA CONSUETUDINE NEL DIRITTO DEL MARE

22. Nozione di consuetudine internazionale

Il diritto del mare è una branca del diritto internazionale, costituito principalmente da norme consuetudinarie o generali, al cui fianco sono affiorate, col passar del tempo, numerose convenzioni, alcune, tra l'altro, ampiamente riprodotte del diritto consuetudinario.

Alla consuetudine è riconosciuto un ruolo fondamentale nell'ordinamento internazionale; conferma ne è la lettera dell'art. 38.2 dello Statuto Corte internazionale di giustizia, che annovera tra le fonti anche "la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto"³²¹.

La definizione della nozione di consuetudine appare una delle questioni più dibattute dalla recente dottrina; lo scontro ha interessato tutta la teoria generale delle fonti ed ha permesso una notevole revisione ed estensione delle prospettive, soprattutto in ragione di nuove esigenze e delle evoluzioni che hanno caratterizzato il periodo attuale, diviso tra la visione statualistica e quella universalistica.

Ancora piuttosto accreditata è la teoria secondo cui trattati e consuetudini sono fonti diverse ma assimilabili in quanto entrambi espressione della volontà degli Stati, e quindi capaci di produrre norme giuridiche internazionali; la consuetudine è quindi considerata un accordo tacito, perché non espressamente formalizzato dagli Stati, ma desumibile dal comportamento di essi³²².

Siffatta elaborazione è riconducibile alla dottrina del positivismo, che si pone come perfezionamento della Scuola storica, la quale, nell'individuare l'oggetto della giurisprudenza, esclude la provenienza del diritto da fattori trascendenti e dal diritto naturale.

³²¹ Cfr. R. SAPIENZA, *Diritto internazionale, casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 59-60.

³²² Cfr. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, pp. 29 ss., così come evidenziato da P. ZICCARDI, *La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche in Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 189 ss.

Dalla definizione positivista della consuetudine come patto tacito, in realtà, traspare la parziale coincidenza con la tradizionale concezione giusnaturalistica che racchiude nello *ius voluntarium* – ossia il diritto positivo – tanto i trattati quanto la consuetudine, e contrappone ad essi lo *ius naturale*. Tuttavia, l'eliminazione di tale ultimo elemento da parte della dottrina positiva, ha implicato il formarsi di un vuoto e quindi l'impulso ad un profondo riesame delle teorie positivistiche³²³. La rivisitazione di queste ultime si fonda principalmente sul rifiuto di assimilare la consuetudine ad un accordo tacito e sulla reviviscenza di tradizionali teorie che la distinguono dagli atti di volontà e la considerano come il frutto della costante ed uniforme reiterazione di certe condotte, tenute in ragione del convincimento del suo carattere obbligatorio. Si tratta di una definizione evidentemente dualistica, per la presenza di due coefficienti, l'uno oggettivo, l'*uso*, l'altro soggettivo, l'*opinio iuris*.

La sua collocazione nell'ambito del diritto internazionale è stata particolarmente fortunata, in quanto realizza un compromesso tra la teoria ricognitiva propria dell'indirizzo storico e quella costitutiva dell'indirizzo positivista³²⁴. Più precisamente per *uso* deve intendersi una prassi generalizzata ed uniforme, ma non necessariamente universale, in quanto ben potranno configurarsi consuetudini particolari, regionali o locali, che però necessitano del carattere di uniformità o quantomeno concordanza³²⁵.

22.1. Consuetudini particolari: sentenza CIG, 20 novembre 1950 sul diritto di asilo

L'ammissibilità di consuetudini particolari, regionali o locali, si evince anche dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 20 Novembre 1950 sul diritto di asilo³²⁶, nota anche come caso Haya de la Torre, che vide in contrapposizione la Colombia e il Perù. La controversia scaturisce dalla vicenda di Víctor Raúl Haya de la Torre, politico peruviano e fondatore dell'Alleanza Popolare Rivoluzionaria Americana; dopo aver tentato un colpo di stato, aveva richiesto il diritto d'asilo presso l'ambasciata colombiana a Lima. Per poter abbandonare il territorio peruviano, Haya de la Torre

³²³ Cfr. R. AGO, *Diritto positivo e diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 4 ss.

³²⁴ Cfr. ZICCARDI, *La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche*, cit., pp. 196-199.

³²⁵ Cfr. R. SAPIENZA, *Diritto internazionale, casi e materiali*, cit., pp. 59-61.

³²⁶ V. <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>

necessitava però di un salvacondotto che soltanto le autorità del Paese di provenienza potevano rilasciare. La Colombia chiese allora alle autorità del Perù di rilasciare siffatta autorizzazione, in virtù dello *status* di rifugiato politico che gli era stato riconosciuto insieme alla concessione del diritto d'asilo politico. Il Perù rifiutava sostenendo che non spettava alla Colombia la qualificazione di Haya de la Torre come rifugiato politico; dal canto suo, la Colombia replicava che il fondamento della propria competenza poggiava su una pluralità di accordi internazionali ratificati dagli Stati del continente americano, nonché sulla sussistenza di una norma consuetudinaria latino-americana che attribuiva tale potere allo Stato di asilo.

La Corte internazionale di giustizia, interpellata per dirimere la controversia, ha escluso nel caso concreto l'applicabilità dei trattati internazionali indicati dalla Colombia, come anche l'esistenza di una norma consuetudinaria latino-americana, ammettendone tuttavia la configurabilità in astratto³²⁷. In sostanza, la Corte riconosce la legittimità delle consuetudini regionali e locali, ma “la parte che invoca una consuetudine di tal natura deve provare che essa si è costituita in modo da esser divenuta obbligatoria per l'altra Parte. Il Governo della Colombia deve provare che la norma che esso cita è conforme ad un uso costante e uniforme, praticato dagli Stati in questione, e che quest'uso consiste in un diritto appartenente allo Stato che concede l'asilo e in un obbligo in capo allo Stato territoriale. Ciò scaturisce dall'art. 38 dello Statuto della Corte che menziona la consuetudine internazionale ‘come prova di una pratica generale accettata come diritto’.

A sostegno della sua tesi sull'esistenza di una tale consuetudine, il Governo della Colombia ha citato un gran numero di trattati di estradizione che, come si è già detto, non sono applicabili al caso attualmente in discussione. Ha citato convenzioni e accordi che non contengono alcuna disposizione relativa alla presunta regola sulla qualificazione unilaterale e definitiva, come la Convenzione di Montevideo del 1889 sul diritto penale internazionale, l'Accordo Bolivariano del 1911 e la Convenzione de L'Avana del 1928. Invoca delle convenzioni che non sono state ratificate dal Perù, come le Convenzioni di Montevideo del 1933 e del 1939. La Convenzione del 1933 è stata ratificata da non più di undici Stati e quella del 1939 solamente da due.

È in particolare sulla Convenzione di Montevideo del 1933 che l'avvocato del Governo della

³²⁷ Cfr. C. FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, Morlacchi, 2003, p. 39.

Colombia si sofferma, anche in riferimento a questo profilo. Si sostiene che questo trattato non ha fatto altro che codificare dei principi già riconosciuti dalla consuetudine latino-americana e che essa poteva venire opposta al Perù come prova del diritto consuetudinario. Il limitato numero di Stati che hanno ratificato questa convenzione evidenzia la debolezza di questa tesi, che è inoltre contraddetta dal preambolo della convenzione, ove si dice che essa modifica la Convenzione de L'Avana. Infine, il Governo della Colombia ha citato un gran numero di singoli casi nei quali l'asilo diplomatico è stato di fatto concesso e rispettato. Ma non ha dimostrato che sia stata invocata la presunta regola della qualificazione unilaterale e definitiva o che – se in alcuni casi essa è stata effettivamente invocata – essa sia stata applicata al di là di previsioni convenzionali, dagli Stati che accordano l'asilo, in quanto diritto loro spettante, e rispettato dagli Stati territoriali in quanto obbligo a loro carico, e non solamente per ragioni di opportunità politica; i fatti sottoposti alla Corte mostrano tante incertezze e contraddizioni, tante discordanze nell'esercizio dell'asilo diplomatico e nelle opinioni ufficialmente sostenute nelle diverse occasioni; c'è una tale incoerenza nella successione rapida di testi convenzionali sull'asilo, ratificati da certi Stati e respinti da altri, e la prassi è influenzata a tal punto da considerazioni di opportunità politica nei diversi casi, che non è possibile ricavare da tutto ciò una consuetudine costante e uniforme accettata come diritto per quel che riguarda la presunta regola della qualificazione unilaterale e definitiva.

La Corte non può dunque concludere che il Governo della Colombia abbia provato l'esistenza di una tale consuetudine. Anche a voler ammettere che una tale consuetudine esista soltanto tra alcuni Stati dell'America Latina, essa non potrebbe venire opposta al Perù che, lungi dall'avervi aderito con il suo comportamento, l'ha al contrario respinta astenendosi dal ratificare le Convenzioni di Montevideo del 1933 e del 1939, le prime che abbiano contemplato una regola relativa alla qualificazione del reato in materia di asilo diplomatico³²⁸. La Colombia quindi non poteva, né in ragione della supposta consuetudine locale, né sulla base delle adottate normative convenzionali, ritenersi competente a qualificare lo *status* di rifugiato politico, tantomeno pretendere il rilascio del salvacondotto da parte delle autorità peruviane³²⁹.

³²⁸ Cfr. International Court of Justice, Year 1950, November 20th, 1950, *Asylum Case, Colombia/Peru*.

³²⁹ Cfr. R. SAPIENZA, *Diritto internazionale, casi e materiali, cit.*, pp. 61-63.

22.2. *L'opinio iuris: sentenza CIG, 20 febbraio 1969 sulla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*

L'altro elemento costitutivo della consuetudine posto accanto alla *diuturnitas*, è l'*opinio iuris*, la convinzione della obbligatorietà di un determinato comportamento, ossia "la pratica generale accettata come diritto" sancita dall'art. 38.2 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. A tal proposito, di notevole rilevanza è quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 20 febbraio 1969 relativa ai casi della delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord³³⁰, in cui Paesi Bassi e Danimarca sono in contrasto con la Repubblica federale di Germania. La controversia aveva ad oggetto la delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord. La genealogia, ancor prima delle scienze giuridiche, si è preoccupata di dare una definizione del concetto di piattaforma continentale, ossia il perimetro di ciascun continente esteso al di sotto del livello del mare, che costituisce il prolungamento della massa terrestre; la piattaforma normalmente inizia nel punto in cui la terra tocca il mare e si estende per circa 70 chilometri; termina nel punto in cui la pendenza subisce un'inclinazione drastica e ad essa segue la scarpata continentale, che può svilupparsi dai 20 ai 100 chilometri; il fondale marino che segue è definito pendio continentale, che congiunge con gli abissi dell'oceano. Su tale formulazione si è plasmata la nozione giuridica di piattaforma continentale, sia pur con una serie di trasformazioni. Già nel 1942 Gran Bretagna e Venezuela avevano siglato un accordo per la ripartizione del fondo e del sottosuolo marini dell'isola di Trinidad. Celebre è il discorso tenuto dal presidente degli Stati Uniti Harry Spencer Truman il 28 Settembre 1945, con cui affermava la sovranità degli Stati Uniti sulle risorse racchiuse nella piattaforma continentale, ossia nel prolungamento della terraferma, di scarsa pendenza, che si estendeva al di sotto del livello del mare. Ne derivarono una serie di dichiarazioni di vari Stati, tra cui Cile, Argentina, Canada, con i quali si affermava la propria sovranità non soltanto sul fondo e su sottosuolo marino, ma anche sul mare e per una lunghezza molto più dilatata.

La situazione lasciava spazio ad arbitrii e per tale ragione si avvertì la necessità di assicurare una maggiore sistematicità in materia; ciò fu possibile grazie alla convocazione della Prima Conferenza

³³⁰ V. <http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>

delle Nazioni Unite sul diritto del mare, tenutasi a Ginevra nel 1958, nella quale furono adottate una serie di Convenzioni, riguardanti il mare territoriale e la zona contigua, l'alto mare, la pesca, la piattaforma continentale. Tale ultima Convenzione, che contemplava tra i criteri di calcolo della piattaforma, quello della sfruttabilità, destinato presto ad essere modificato in seguito alle evoluzioni tecnologiche ed all'affiorare di nuovi Stati che, dopo la decolonizzazione, avevano preso parte alle assemblee internazionali e premevano per un rinnovamento del diritto internazionale. Per quanto attiene il problema di tracciare una linea di demarcazione della piattaforma continentale tra Stati limitrofi. Nella sentenza del 20 febbraio 1969 sul Mare del Nord, la controversia verteva sull'applicazione dell'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, che prevedeva il criterio geometrico della equidistanza, che consisteva nel tracciare una linea immaginaria dei punti equidistanti dai punti più vicini delle linee di base o delle coste degli Stati³³¹. Tuttavia tale criterio presentava il limite di non tenere in considerazione i casi in cui la conformazione della costa o la presenza di isole ne alteravano la corretta applicazione. Tale era il problema riscontrato anche nella controversia che impegnava Paesi Bassi e Danimarca da un lato, Germania federale, dall'altro. Quest'ultima aveva firmato - ma non ratificato - la Convenzione in questione; quanto previsto nell'art.6 avrebbe potuto trovare applicazione soltanto se corrispondente al diritto consuetudinario e pertanto applicabile tanto alla Repubblica federale di Germania, quanto agli Stati terzi. Nella fattispecie concreta la controversia era sorta in quanto la porzione costa di Olanda e Danimarca che affaccia sul Mare del Nord presenta una conformazione convessa, a differenza di quella tedesca, che è invece concava: l'applicazione del criterio dell'equidistanza avrebbe in tal caso determinato l'attribuzione a quest'ultima una parte di piattaforma più ridotta³³².

La Corte negò ogni corrispondenza tra l'art.6 della Convenzione di Ginevra del 1958 e il diritto consuetudinario, con una molteplicità di argomentazioni.

“70. La Corte deve adesso affrontare l'ultima parte dell'argomentazione della Danimarca e dei Paesi Bassi. La loro tesi è questa: anche se alla data della Convenzione di Ginevra non esisteva alcuna norma di diritto internazionale consuetudinario che consacrasse il principio dell'equidistanza e se

³³¹ Cfr. R. SAPIENZA, *Diritto internazionale, casi e materiali, cit.*, pp. 60-67.

³³² Cfr. C. FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, Morlacchi, 2003, p. 40.

l'art.6 non cristallizzava nessuna regola di tal fatta, una tal regola è apparsa dopo la Convenzione, a motivo da una parte dell'influenza da questa esercitata e per un'altra della prassi successiva degli Stati; questa norma, divenuta norma di diritto consuetudinario vincolante tutti gli Stati, compresa quindi anche la Repubblica Federale, dovrebbe essere dichiarata applicabile alla delimitazione di zone di piattaforma continentale spettanti a ciascuna delle Parti nel Mare del Nord.

71. Attribuendo all'art. 6 della Convenzione l'influenza e l'effetto indicati questa tesi finisce chiaramente con il considerarlo una disposizione normativa che sia servita da base o da punto di partenza per una norma che, semplicemente convenzionale o contrattuale all'origine, si sarebbe successivamente integrata nell'insieme del diritto internazionale generale e sarebbe adesso accettata a questo titolo dall'*opinio iuris*, di modo che essa si imporrebbe ormai anche agli Stati che non sono e non sono stati mai parti della Convenzione. Si tratta certamente ad una situazione appartenente al novero delle cose possibili ed essa si presenta di tanto in tanto: essa è anche una delle modalità riconosciute attraverso le quali possono formarsi nuove norme di diritto consuetudinario. Ma questo risultato non si può facilmente considerare raggiunto.

72. Occorre in primo luogo che la disposizione in questione abbia, almeno in potenza, un carattere fondamentalmente normativo e possa così costituire la base di una regola generale di diritto. Può dirsi che il principio dell'equidistanza, considerato in astratto, soddisfa questa condizione. Tuttavia, vista la forma particolare rivestita dall'art. 6 della Convenzione e dato il rapporto tra quest'articolo e le altre disposizioni della Convenzione, non possono escludersi dei dubbi. In primo luogo l'art.6 è redatto in maniera tale da porre l'obbligo di ricorrere al metodo dell'equidistanza come successivo rispetto all'obbligo primario di effettuare delimitazioni attraverso un accordo. Sarebbe dunque una cosa inusitata che quest'obbligo di delimitazione su base di accordo precedesse quella che si pretende essere una norma di diritto internazionale generale. Senza cercare di affrontare la questione dello *ius cogens* e men che meno di pronunziarsi su di essa, si deve ammettere che in pratica è possibile derogare con un accordo a norme di diritto internazionale in casi particolari o tra certe parti, ma ciò non è normalmente oggetto di una disposizione espressa come nell'art. 6 della Convenzione di Ginevra. In secondo luogo, il ruolo svolto dalle circostanze speciali in relazione al principio dell'equidistanza consacrato all'art. 6 e le importanti controversie, non ancora risolte, alle quali han

dato origine la portata e il senso di questa nozione, non possono che suscitare ulteriori dubbi sul carattere potenzialmente normativo della regola. Infine, se è vero che la possibilità di apporre riserve all'art. 6 non impedisce forse che il principio dell'equidistanza divenga diritto internazionale generale, essa comunque rende più difficile sostenere che questo risultato sia stato raggiunto o possa essere raggiunto sulla base della Convenzione: finché rimane questa facoltà senza che venga modificata in seguito a una domanda di revisione formulata in virtù dell'art. 13 – domanda che nessuna indicazione ufficiale lascia presagire al momento – sembra che sia la Convenzione stessa che, per le ragioni già enunciate, priva le disposizioni dell'art. 6 del carattere normativo che hanno per esempio le disposizioni degli artt. 1 e 2.

73. Per quel che riguarda gli altri elementi generalmente ritenuti necessari per affermare che una regola convenzionale sia divenuta una regola generale di diritto internazionale, può darsi che, anche senza il decorso di un lungo periodo di tempo, il fatto che un numero assai elevato e rappresentativo di Stati partecipi alla convenzione sia sufficiente, a condizione tuttavia che tra essi ci siano gli Stati interessati. Nel caso di specie, la Corte constata che, anche se si tiene conto del fatto che alcuni Stati non possono divenire parti della Convenzione di Ginevra, o che, per esempio, poiché non hanno un litorale, non ne hanno interesse, il numero delle ratifiche e adesioni finora ottenute fino a questo momento è importante ma non sufficiente. Né si potrebbe sostenere che la mancata ratifica possa per caso essere dovuta a fattori diversi dall'attiva disapprovazione della convenzione in questione per dedurne comunque l'accettazione positiva di questi principi: le ragioni sono congetturali, ma i fatti rimangono.

74. Per quel che riguarda l'elemento tempo, la Corte constata che sono già trascorsi oltre dieci anni da quando la Convenzione è stata firmata e meno di cinque anni dalla sua entrata in vigore (Giugno 1964); quando il presente caso venne avviato, ne erano trascorsi meno di tre; inoltre era trascorso meno di un anno quando i negoziati bilaterali per la delimitazione completa tra Repubblica Federale e le due altre Parti si interruppero sulla questione dell'applicazione del principio dell'equidistanza. Benché il fatto del decorso di un breve lasso di tempo non costituisca di per sé necessariamente un impedimento alla formazione di una nuova regola di diritto internazionale consuetudinario a partire da una regola puramente convenzionale all'origine, resta indispensabile che in questo lasso di tempo, per

quanto breve, la prassi degli Stati, inclusi quelli particolarmente interessati, sia stata frequente e praticamente uniforme nel senso della disposizione invocata e si sia manifestata in modo da stabilire un generale riconoscimento del fatto che ci si trova davanti a una regola di diritto o a un obbligo giuridico.

75. La Corte deve adesso indagare se, dopo la Convenzione di Ginevra, la prassi degli Stati in materia di delimitazione della piattaforma continentale sia stata tale da soddisfare a questa condizione. Astrazione fatta dai casi che la Corte, per diversi motivi, non considera come dei precedenti sui quali ci si possa basare, soprattutto le delimitazioni effettuate tra le Parti alla presente controversia o che non riguardano dei confini internazionali, sono stati citati nel corso della procedura una quindicina di casi nei quali i confini della piattaforma continentale sono stati delimitati secondo il principio dell'equidistanza; la maggior parte di essi è posteriore alla firma della Convenzione di Ginevra del 1958; spesso la delimitazione è stata effettuata tramite accordo, a volte unilateralmente, altre è prevista ma non ancora realizzata. Tra questi quindici esempi, vanno notate le quattro delimitazioni del Mare del Nord già citate al paragrafo 4 di questa decisione: Regno Unito/Norvegia-Danimarca-Paesi Bassi e Norvegia-Danimarca. Anche se non rappresentassero che una piccola parte dei possibili casi di delimitazione nel mondo, la Corte non riterrebbe necessario enumerarli o esaminarli nel dettaglio perché numerose ragioni impediscono a priori di considerarli come precedenti per il caso di specie.

76. Innanzi tutto più della metà degli Stati interessati, sia che abbiano agito congiuntamente, sia unilateralmente, erano o sono presto divenuti parti della Convenzione di Ginevra ed è lecito quindi supporre che la loro azione si inscrivesse di fatto o in potenza nel quadro dell'applicazione della Convenzione. Non se ne potrebbe quindi dedurre che esista una regola di diritto internazionale consuetudinario che consacri il principio dell'equidistanza. Per gli Stati che non erano parti che non sono divenuti successivamente parti della Convenzione, le ragioni della loro azione non possono che essere problematiche e rimangono interamente nel campo delle congetture. È chiaro che questi Stati che non applicavano la Convenzione, ma sarebbe eccessivo concludere che essi credevano di applicare una regola di diritto consuetudinario a carattere obbligatorio. Non esiste il minimo indizio in tal senso e come abbiamo visto ai paragrafi 22 e 23, non mancano altre ragioni per far ricorso al metodo dell'equidistanza, di modo che il fatto di aver agito o di essersi impegnati ad agire in un certo modo

non prova nulla sul piano giuridico.

77. L'elemento essenziale al riguardo – sembra necessario sottolinearlo – è che, anche se un tale atteggiamento fosse stato più frequente da parte degli Stati non parti della Convenzione, questi atti, anche considerati nella loro globalità non basterebbero in sé l'*opinio iuris* perché, per arrivare a questo risultato, devono sussistere due condizioni: non solamente gli atti considerati devono rappresentare una prassi costante, ma inoltre essi devono testimoniare, per la loro natura o per il modo in cui sono posti in essere, la convinzione che questa prassi è resa obbligatoria dall'esistenza di una regola di diritto. La necessità di una tale convinzione, ossia l'esistenza di un elemento soggettivo, è implicita nella nozione stessa di *opinio iuris sive necessitatis*. Gli Stati interessati devono dunque avere la percezione di conformarsi a qualcosa che equivale a un obbligo giuridico. Né la frequenza e nemmeno il carattere abituale degli atti bastano. C'è un gran numero di atti internazionali, nel campo del cerimoniale e del protocollo per esempio, che vengono compiuti quasi invariabilmente, ma sono motivati da semplici considerazioni di cortesia, opportunità o di tradizione e non perché ritenuti giuridicamente obbligatori.

78. A riguardo la Corte fa sua l'opinione della Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso del *Lotus*, com'è enunciata nel passaggio seguente, e il cui principio è applicabile per analogia al caso attuale quasi parola per parola *mutatis mutandis* (C.P.J.I. série A n.10, 1927, p.28): «Anche se la rarità delle decisioni giudiziarie che si possono trovare ... fosse una prova sufficiente del fatto invocato ..., ne risulterebbe semplicemente che gli Stati si sono astenuti di fatto, dall'esercitare delle azioni penali, e non che si riconoscano obbligati a farlo; ora, solo se l'astensione fosse stata motivata dalla consapevolezza di un obbligo di astensione, si potrebbe parlare di consuetudine internazionale. Il fatto addotto non permette di concludere che gli Stati siano stati consapevoli di un tale obbligo; per contro, (...) ci sono altre circostanze tali da convincere del contrario». Se si applica questo enunciato al caso presente, si deve semplicemente constatare che in certi casi poco numerosi degli Stati hanno convenuto di tracciare, o hanno tracciato, i confini che li riguardano seguendo il principio dell'equidistanza. Nulla prova che essi abbiano così agito poiché si sentivano giuridicamente vincolati da una regola obbligatoria di diritto consuetudinario, soprattutto se si

considera che altri fattori avrebbero potuto motivare la loro azione³³³.

La Corte ha quindi concluso che, “se la Convenzione di Ginevra non è né alle sue origini, né nelle sue premesse dichiarativa di una regola di diritto internazionale consuetudinario che impone l’impiego del principio dell’equidistanza per la delimitazione della piattaforma continentale tra Stati limitrofi, essa non è neanche arrivata, attraverso i suoi effetti successivi, alla formazione di una tale regola; e che anche la prassi degli Stati fino ad oggi è stata insufficiente al riguardo³³⁴.

23. L’evoluzione del rapporto tra diritto e spazio: l’importanza delle distese marittime

La rilevanza delle zone marittime e, alla luce delle evoluzioni tecnologiche, anche del fondo marino e del sottosuolo, costituiscono tematiche non soltanto attuali, ma si perdono in epoche lontane. Già nel periodo dell’antica Grecia, “il mare era il luogo della potenza, della competizione. Ottenerne il dominio significava garantirsi una superiorità strategica in grado di decidere gli assetti politici dell’Ellade³³⁵. Sebbene la sua importanza fosse avvertita già in epoche remote, il mare rimase uno spazio privo di regolamentazione giuridica, almeno fino all’età moderna; in tal senso si può intendere l’osservazione mossa da Carl Schmitt, secondo il quale “i grandi atti primordiali del diritto restano localizzazioni legate alla terra³³⁶: la terra era l’unica matrice del diritto; il termine utilizzato da Schmitt, il *nomos*, non è casuale; la scelta è ricaduta su una *vox media* che, come tale, è in grado di racchiudere in sé una molteplicità di significati, tutti collegati al concetto della terra: può indicare dal possesso, al godimento, alla distribuzione della terra.

Per molti secoli il mare è rimasto confinato entro i margini nell’anomia: le distese marine erano sottratte ad ogni regolamentazione giuridica, estranee all’universo del diritto³³⁷.

La libertà di servirsi liberamente del mare era una pratica talmente naturale da non necessitare una

³³³ Cfr. R. SAPIENZA, *Diritto internazionale, casi e materiali, cit.*, pp. 65-71.

³³⁴ Cfr. International Court of Justice, Year 1969, 20 February 1969, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*.

³³⁵ F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012, p.32.

³³⁶ C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, Milano, Adelphi, 1991, p.22.

³³⁷ F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt, cit.*, p.71.

particolare disciplina giuridica. In questa direzione l'osservazione di Percy Thomas Fenn: “*In considering the doctrine of Roman jurists on the freedom of the sea, the first thing of importance which appears is the small amount of space their treatment of the subject occupies in Roman jurisprudence. The facts from which they seem to have drawn their ideas offered, apparently, no serious problems of state. The people living on the shores of the Mediterranean used the sea in common*”³³⁸.

Anche il potere e le facoltà degli imperatori si bloccavano di fronte agli ampi spazi marini: mancavano interventi legislativi volti a disciplinarli; né i primi provvedimenti in materia di navigazione, tra cui la *Lex Rhodia*, potevano contraddire l'anomia, l'assenza di norme in tale materia; al contrario, fornivano la prova della indeterminatezza e della incertezza della talassocrazia e della eccentricità nei tentativi di disciplinarla³³⁹. In epoca medievale, in verità, alcuni giuristi italiani risposero al problema di come disciplinare i flutti, che considerarono come una estensione del continente emerso³⁴⁰ e, come tale, soggetta alla sovranità dell'Imperatore. La glossa di Azzone dimostra come i Glossatori si erano accostati al problema del mare, sebbene essa abbia una portata piuttosto promiscua, come si evince dal passo in cui si illustra come i diritti sul mare possano essere appresi: “*per privilegium vel per longam consuetudinem*”. Sicuramente più limpida è la riflessione di Bartolo da Sassoferrato, secondo il quale “*etiam in mari habet iurisdictionem, et in insulis*”³⁴¹; era inoltre previsto un *limen* di 10 miglia dal versante costiero per l'esercizio di suddetta giurisdizione. Tuttavia, secondo quanto sostenuto da Filippo Ruschi, “si può ipotizzare che dietro questo tentativo di ‘tellurizzare’ le distese marine, c’era solo la volontà di negare al mare qualsiasi qualità giuridica. (...) La nozione di sovranità marittima – intesa come proiezione sui mari del *dominium* pubblico – e, più in generale, la capacità stessa di sussumere entro categorie giuridiche le distese marine, sono indiscutibilmente un portato della modernità”³⁴².

³³⁸ P. T. FENN, *The Origin of the Right of Fishery in Territorial Waters*, Cambridge, 1926, citato da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, ne *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano, Giuffrè, 2007, p.1 ss.

³³⁹ F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, cit., pp.69-75.

³⁴⁰ Cfr. P. MARCHETTI, *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Milano, Giuffrè, 2001, p.207.

³⁴¹ B. DA SASSOFERRATO, *De fluminibus seu Tyberiadis*, 1355, ripreso da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p.4.

³⁴² F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, cit., p.77.

Nel secolo XV, l'espansione politica delle principali potenze europee rivelò l'importanza della dimensione marittima; in particolare, la scoperta dell'America, oltre a segnare il passaggio dal Medioevo all'Età moderna, costituì anche la ragione di nuovi assetti della sfera di sovranità degli Stati, non più solo incentrata su schemi spaziali, ma anche su quelli marittimi: le ambizioni di navigare verso nuove terre, di scoprire e conquistare territori inesplorati, determinarono accese dispute circa l'egemonia dei mari; in special modo, Spagna e Portogallo, si arrogavano privilegi egemonici sulla base di riconoscimenti contenuti in Bolle papali. Nella Bolla *Romanus pontifex* emanata da papa Niccolò V l'8 Gennaio 1454, si attribuivano al Re di Portogallo Alfonso, il controllo esclusivo dei territori della Guinea – da poco scoperti - ed il relativo monopolio del mare, in modo da assicurare il dominio indisturbato su quei territori. Questo è quanto si evince dal sigillo pontificio: “*Cum autem, sicut accepimus, licet Rex & Infans praedicti, qui cum tot tantisque periculis, laboribus & expensis, nec non perditione tot naturalium Regnorum huiusmodi, quorum inibi quamplures perierunt, ipsorum naturalium dumtaxat freti auxilio, Provincias illas perlustrari fecerunt, ac Portus, Insulas & Maria huiusmodi, acquisiverunt & possiderunt, ut praefertur, ut illorum veri Domini; tementes ne aliqui cupiditate ducti, ad partes illas navigarent, & operis huiusmodi perfectionem, fructum & laudem sibi usurpare, vel saltem impedire capiente, propterea seu lucri commodo aut malitia ferrum, arma, lignamina, aliasque res & bona ad Infideles navigandi modum edocerent, propter quae eis Hostes fortiores ac duriores fierent, & huiusmodi prosecutio vel impediretur, vel forsitan penitus cessaret, non absque offensa magna. Dei, & ingenti totius Christianitatis opprobrio; ad obviandum praemissis, ac pro suorum Juris & possessionis conservazione, sub certis tunc espressi gravissimis poenis prohibuerint, & generaliter statuerint, quod nullus, nisi cum suis nautis ac navibus, & certi tributi solutione, obtentaque prius desuper expressa ab eodem Rege vel Infante licentia, ad dictas Provincias navigare, aut in eorum portibus contractare, seu in Mari piscari praesumeret*”³⁴³.

All'indomani delle grandi spedizioni, e delle conseguenti aspirazioni di colonizzare nuovi suoli, la Spagna e gli altri Stati europei avvertirono l'esigenza di trovare un accordo per regolare le rispettive pretese che ciascuno sosteneva di vantare sulle rotte marittime che conducevano nelle Indie e nelle Americhe. A tal riguardo, di notevole rilievo sono le Bolle pontificie di Alessandro VI, chiamato a

³⁴³ Passo esposto da J. DU MONT, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, III, parte 2, p.200, ripreso da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p.12.

dirimere la controversia sorta tra le due potenze iberiche in merito alla assegnazione dei territori d'oltreoceano; emise cinque Bolle: la *Inter coetera* e la *Eximiae devotionis* del 3 Maggio 1493, la seconda *Inter coetera* del 4 Maggio 1493, la *Piis fidelium* del 25 Giugno 1493 ed infine la *Dudum siquidem* del 26 Settembre 1493. Le due più rilevanti sono la *Inter coetera* del 4 Maggio e la *Dudum siquidem*: la prima accordava al Re di Spagna la facoltà di compiere e di autorizzare itinerari oltreoceano³⁴⁴; la seconda, invece, conteneva le istruzioni per tracciare una *raya* sull'Atlantico, ossia una linea immaginaria che, collocata a cento leghe a ovest delle isole di Capo Verde, individuava da nord a sud i territori spettanti al Portogallo – ossia quelli ad oriente – e i territori spettanti alla Spagna – ossia quelli situati ad occidente. Così poteva leggersi dal testo della seconda Bolla *Inter caetera*: “*Et ut tanti Negotii provinciam Apostolicae Gratiae largitate donati liberius & audacius assumatis, motu proprio, non ad vestram vel alterius pro vobis super hoc nobis oblatae petitionis instanciam, sed de nostra mera liberalitate, & ex certa scientia, ac de Apostolicae potestatis plenitudine, omnes Insulas & Terras firmas inventas & inveniendas, detectas & detegendas versus Occidentem & Meridiem; fabricando & construendo unam Lineam a Polo Arctico, scilicet Septentrione, ad Polum Antarcticum, scilicet Meridiem (sive Terrae firmae & Insulae inventae inveniendae sint versus Indiam, aut versus aliam quancunque partem), quae Linea distet a qualibet Insularum, quae vulgariter nuncupantur de Los Azores et Caboverde, centum leucis versus Occidentem & Meridiem: ita quod omnes Insulae & Terrae firmae repertae & reperiendae, detectae & detegendae a prefata Linea versus Occidentem & Meridiem per alium Regem aut Principem Christianum non fuerint actualiter possessae, usque ad diem nativitatis Domini nostri Jhesu Christi proxime praeteritum, a quo incipit annus praesens millesimus quadringentimus nonagesimus tertius; quando fuerint per Nuntios & Capitaneos vestros inventae aliquae praedictarum Insularum; Auctoritate omnipotentis Dei nobis in beato Petro concessam, ac Vicariatus Jhesu Christi, qua fungimur in Terris, cum omnibus illarum Dominiis, Civitatibus, Castris, Locis, Juribusque & Jurisdictionibus, ac pertinentiis universis; Vobis Haeredibusque & Successoribus vestris Castellae et Legionis Regibus in perpetuum tenore praesentium donamus, concedimus, assignamus, vosque & Haeredes ac Successores praefatos*

³⁴⁴ Cfr. U. LEANZA, *La tradizione giuridico-marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, Milano, Giuffrè, 2006, p.250.

*illarum Dominos cum plena, libera & omnimoda potestate, auctoritate, & Jurisdictione facimus, constituimus & deputamos; Decernentes nihilominus per hujusmodi donationem, concessionem & assignationem nostram nulli Christiano Principi, qui actualiter praefatas Insulas & Terras firmas possederti, usque ad dictum diem Nativitatis Domini Jhesu Christi jus quaesitum, sublatum intelligi posse auferri debere*³⁴⁵.

Siffatto dettato fu superato con la stipulazione del Trattato di Tordesillas, avvenuta il 7 Giugno 1494, che spostò la *raya* a 370 leghe ad ovest dell'isola di Capo Verde. Così si concordava: “*Que por quanto (...) ay cierta diferencia, sobre lo que a cada una de las dichas partes pertenece, de lo que fasta oy dia de la fecha desta capitulacion, està por descubrir en el mar Oceano; por end eque ellos por bien de pàz e concordia, e por conservacion del debdo, e amor, qual dicho Señor Rey de Portugal tiene con los dichos Señores Rey e Reyna de Castilla, e de Aragon &c. a sus Altezas plaze (...) que se haga, e señale por el dicho mar Oceano una raya, ò linea derecha de polo a polo; convien a saber, del polo artico, al polo antartico, que es de Norte a Sul, la qual raya, ò linea se aya de dar, e dè derecha, como dicho es, a trecientas e setenta leguas de las Yslas del Cabo-Verde, hasia la parte del Poniente, por grados ò por otra manera, como mejor y mas preto se pueda dar, de manera que nò sean màs, e que todo lo que hasta aqui se ha fallado, e descubierto, e de aqui a delante se hallare, e descubriere por el dicho Señor Rey de portugal, e por sus navios, asy Yslas, come tierra firme, desde la dicha raya, e line dada en la forma susodicha, yendo por la dicha parte del Levante, dentro de la dicha raya a la parte del Levante, ò del Norte, ò del Sul della, tanto que no sea atravesando la dicha raya, que esto sea, e finque, e pertenesca al dicho Señor Rey de Portugal, e a sus Subcesores, para siempre jamas, e que todo lo otro, asi Yslas, como tierra firme, halladas y por hallar, descubiertas y por descubrir, que son ò fueren halladas por los dichos Señores Rey e Reyna de Castilla, e de Aragon &c., e por sus navios desde la dicha raya dada en la forma suso dicha, yendo por la dicha parte del Poniente, despues de pasada, la dicha raya hasia el Poniente, ò el Norte, ò el Sul della, que todo sea, e finque, e pertenesca a los dichos Señores Rey e Reyna de Castilla, e de Leon &c., e a sus Subcesores*

³⁴⁵ Passo esposto da J. DU MONT, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, cit., p. 302, ripreso da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p.12.

para siempre jamas”³⁴⁶. La previsione di linee di divisione, le *rayas*, costituivano in sostanza degli accordi internazionali tra popoli – iberici – i quali, destinatari di missioni assegnate dalle autorità pontificie, godevano della legittimazione a convertire – e quindi colonizzare - territori nuovi, non cristiani, pur nel rispetto reciproco; il “pensiero per linee globali” cui si riferisce Carl Schmitt, non implicava risvolti soltanto geografici, ma anche e soprattutto conseguenze politiche, economiche, sociali, religiose. Le *rayas* non furono le uniche linee di divisione elaborate dopo la scoperta del nuovo mondo: seguirono altre “linee globali”³⁴⁷, più precisamente le linee d’amicizia franco-inglesi, meglio conosciute come *amity lines*. Apparvero per la prima volta in una clausola segreta del Trattato di Cateau-Cambrésis del 1559; diversamente da quelle ispano-portoghesi, le *amity lines* non presupponevano il riconoscimento di un’autorità comune, quella papale: erano “linee di guerra”, tracciate durante le lotte religiose³⁴⁸, erano accordi *ad hoc* stipulati tra più parti, che riflettevano l’autonomia e l’indipendenza crescente delle autorità statali³⁴⁹. Si trattava di linee divisorie che passavano a sud per il Tropico del Cancro o per l’Equatore e ad ovest per le Canarie o le Azzorre: la linea segnava il punto in cui l’Europa terminava e cominciava il Nuovo Mondo, in cui cessavano l’applicazione del diritto europeo e i limiti alla guerra; al di là della linea mancava ogni regolamentazione e vigeva solamente la legge del più forte, il principio *homo homini lupus*. Tutte le corti europee erano concordi nel riconoscere “*No peace beyond the line*” e tutto quanto accadeva al di là sfuggiva alle “valutazioni giuridiche, morali e politiche riconosciute al di qua della linea”³⁵⁰.

³⁴⁶ Passo del Trattato di Tordesillas contenuto negli *Annales d’Etudes Internationales*, 1973, p. 309, citato da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell’evoluzione del diritto del mare*, cit., p.13.

³⁴⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 83.

³⁴⁸ Cfr. U. IMPERIALI, *Il nomos della terra di Carl Schmitt ovvero genealogia della globalizzazione*, in *Ciclo di conferenze autunnali di Filosofia*, Como, 2008, p.14.

³⁴⁹ Cfr. A. BARDER, *Absolute Enemy: Cosmopolitanism, Law and the Reemergence of Enmity*, New York, International Studies Association, 2009, p.26.

³⁵⁰ Cfr. C. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in *L’unità del mondo e altri saggi*, 1943, citato da F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., p.7.

23.1. *La libertà del mare: Francisco Vázquez e Ugo Grozio*

L'epoca delle scoperte e delle conquiste dei territori oltreoceano, determinò la diffusione di pretese che, lungi dalla sovranità che si estendeva ben oltre i confini fino ad allora conosciuti. Ne derivò un'accesa disputa tra chi sosteneva il principio del 'dominio dei mari', e chi invece aderiva al principio della libertà dei mari. È proprio dalla divergenza di tali convinzioni che affiorerà il diritto internazionale marittimo. Da un lato i fautori della dottrina della proprietà del mare, del *mare clausum* in altre parole, dall'altro i sostenitori del *mare liberum*, predisposti ad una visione più egualitaria. I protagonisti della disputa in questione sono soliti essere individuati nelle persone di Ugo Grozio e John Selden. Ugo Grozio era un filosofo e giurista olandese, era un convinto assertore della natura razionale e convenzionale del diritto internazionale; la sua dissertazione *Mare Liberum* diventò una importante testimonianza della ideologia giusnaturalistica, ricevendo consensi e riconoscimenti al di là delle sopra le iniziali aspettative ed una fortuna che si estendeva ben oltre la ragione della sua stesura: dimostrare l'infondatezza delle pretese di sovranità che Spagna e Portogallo avevano avanzato sulle acque dell'Estremo Oriente³⁵¹.

La seconda metà del secolo XVII fu un'epoca di particolare rigoglio e prosperità dei traffici commerciali, non soltanto per i due popoli iberici, ma anche per quelli inglesi, francesi ed olandesi; la Repubblica delle Province Unite dei Paesi Bassi, infatti, godeva del primato economico internazionale, in quanto era dotata di una potente flotta che gli permetteva di realizzare proficui scambi commerciali, spingendosi anche oltreoceano. La politica commerciale olandese poggiava sul principio della libertà del mare, definito da uno dei più grandi internazionalisti contemporanei, Benedetto Conforti, come la "titolarità diffusa del diritto di sfruttare ogni risorsa economica che si possa trarre dal mare, purché non si leda il diritto altrui a fare altrettanto"³⁵². Tale sistema fu sostenuto vivacemente da Ugo Grozio nello scritto che è passato alla storia come del *Mare Liberum*, peraltro confluito della più vasta opera *De iure predae commentarius*, in cui respingeva le velleità di Spagna e Portogallo, che miravano alla primazia dei traffici e degli scambi commerciali marittimi.

³⁵¹ Cfr. U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, cit., pp.250-251.

³⁵² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 242.

Tale principio si modellava sulle ideologie di stampo giusnaturalista: traendo insegnamento dalle intuizioni dei suoi predecessori Fernando Vázquez, Francisco de Vitoria e Francisco Suárez, Grozio propose di dimostrare che le pretese iberiche di controllo dei territori delle Indie Orientali, in realtà, non poggiavano su alcun diritto derivante dalla scoperta o dalla invasione, tantomeno da lasciti delle autorità papali. In particolare, Fernando Vázquez de Menchaca era un forte sostenitore del principio della libera e comune utilizzazione del mare e delle sue risorse, tra cui anche e soprattutto le attività di pesca; così egli si esprimeva: “(...) *constat enim quod si multi venentur, aut piscentur in terra, vel flumine, facile nemus feris, & flumen piscibus evacuat redditur, id quod per aedificia, quod in mari non est per totum*”³⁵³. Vázquez, infatti, non individuava alcun fondamento nelle pretese di Spagna, Portogallo, Venezia e Genova, in quanto non credeva che il dominio del mare potesse essere acquisito per consuetudine o prescrizione, come può chiaramente desumersi da una sua osservazione in cui si legge: “(...) *apparet suspectam esse sententiam (...) existimantium loca iuri gentium communia, & si acquiri non possint praescriptione posse tamen acquiri consuetudine, quod omnino falsum est (...). In exemplis enim de mari Hispanorum, Lusitanorum, Venetorum, Genuensium & reliquorum constat consuetudine ius tale navigandi, & alios navigare prohibendi non magis acquiri, quam praescriptione*”³⁵⁴.

Grozio stesso ammise di esser stato influenzato dal pensiero di Vázquez, nella elaborazione delle idee concretate nell’opera *Mare Liberum*, in cui affermava: “*Verum omnem hanc quaestionem diligentissime tractavit Vasquius, decus illis Hispaniae, cuius nec in explorando iure subtilitatem, nec in docendo libertatem unquam desideres*”³⁵⁵.

Egli era profondamente persuaso che la libertà dei commerci doveva essere riconosciuta ed osservata ovunque, in quanto “*ex iure est primario gentium, quod naturalem & perpetuam causam habet, ideoque tolli non potest, & si posset non tamen posset nisi omnium gentium consensu: tantum abest ut*

³⁵³ F. VASQUIUS MENCHACHENSIS, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1595, libro II, cap. 39, par. 39, citato da SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell’evoluzione del diritto del mare*, cit., p.14.

³⁵⁴ F. VASQUIUS MENCHACHENSIS, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1595, libro II, cap. 39, par. 36, citato da SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell’evoluzione del diritto del mare*, cit., p.14.

³⁵⁵ H. GROTIUS, *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, 1618, ripreso da SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell’evoluzione del diritto del mare*, cit., p.14.

ullo modo gens aliqua gentes duas inter se contrahere volentes iuste impedit³⁵⁶. Stesso discorso vale, *a fortiori*, anche per gli scambi commerciali via mare: quest'ultimo, essendo un elemento naturale come l'aria, non può essere ristretto entro gli spazi angusti di barriere³⁵⁷, è illimitato e illimitabile: "*Huius generis est aër, duplici ratione, tum quia occupari non potest, tum quia usum promiscuum hominibus debet. Et eisdem de causis comune est omnium maris elementum, infinitum scilicet ita, ut possideri non queat, et omnium usibus accomodatum: sive navigazione respicimus, sive etiam piscaturam*"³⁵⁸. Per tale ragione neanche i sovrani di Spagna e Portogallo potevano reclamare il controllo delle tratte navali e la supremazia negli traffici oltreoceano. Restrizioni alle pratiche commerciali avrebbero costituito condotte inique: è proprio questo il punto nodale dell'apologia di Grozio, il quale scriveva con l'intento di proteggere l'interesse dei mercanti – in particolare della *Compagnia Olandese delle Indie Orientali* - a svolgere la propria attività commerciale senza impedimenti, elevando così il concetto della libertà dei mari ad una faccenda di Stato di importanza vitale³⁵⁹. Il pensiero di Grozio, infatti, andava ben oltre la mera affermazione della libertà del mare, in quanto l'intento profondo era quello di sancire la libertà di navigazione verso i possedimenti coloniali collocati in Oriente ed Occidente; l'applicazione di tali principi non riguardava baie, stretti e porzioni di mare circoscritte, bensì spazi notevolmente più ampi come gli oceani; inoltre, pur ammettendo delle restrizioni alla pesca, per evitare il pericolo di esaurimento delle risorse ittiche, egli ribadì che nessun ostacolo dovesse esser posto alla navigazione, il cui esercizio avrebbe lasciato impregiudicato l'equilibrio marino. Infatti nell'opera *De iure praede*, Grozio chiarì che: "*De oceano quaeritur, quem immensum, infinitum rerum parentem, coelo conterminum antiquitas vocat: cuius perpetuo humore non fontes tantum flumina et maria, sed nubes, sed ipsa quodammodo sidera pasci veteres crediderunt: qui denique per reciprocas aestuum vices terram hanc, humani generis sedem, ambiens neque teneri neque includi potest, et possidet verius quam possidetur. In hoc autem oceano non de*

³⁵⁶ H. GROTIUS, *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, 1618, p.91, ripreso da C. TOMMASI, *La «libertà dei mari». Ugo Grozio e gli sviluppi della talassocrazia olandese nel primo Seicento in Scienza e politica. Per una storia delle dottrine*, 2010, p.39.

³⁵⁷ Cfr. C. TOMMASI, *La «libertà dei mari». Ugo Grozio e gli sviluppi della talassocrazia olandese nel primo Seicento*, cit., p. 39.

³⁵⁸ H. GROTIUS, *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, cit., p.42, ripreso da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p.17.

³⁵⁹ Cfr. C. TOMMASI, *La «libertà dei mari». Ugo Grozio e gli sviluppi della talassocrazia olandese nel primo Seicento*, cit., pp. 35-40.

sinu, aut freto, nec de omni quidem eo quod e littore conspici potest, controversia est. (...) Si vero ante alios navigasse et viam quodammodo aperuisse, hoc vocant occupare, quod esse potest magis ridiculum? Nam cum nulla pars sit maris, in quam non aliquis primus ingressus sit, sequetur omnem navigationem ab aliquo esse occupatam. Ita undique excludimur. Quin et illi qui tererunt. Sed nemo nescit navem per mare transeuntem non plus iuris quam vestigii delinquere. (...) Et si [qui mari imperaret] quicquam eorum prohibere posset, puta, piscaturam, qua dici quodammodo potest pisces ehauriri, at navigationem non posset, per quam mari nihil perit". E, di conseguenza, Grozio rifiuta di attribuire fondamento alle pretese che Spagna, Portogallo, Genova e Venezia muovevano, anche se negli ultimi due casi la critica è meno dura, in quanto in ragione delle dimensioni più ristrette degli spazi marini il cui dominio era rivendicato dalle due repubbliche italiane; così Grozio proseguiva: *"Donatio enim nullum habet momentum in rebus extra commercium positis. Quare cum mare aut ius in eo navigandi proprium nulli hominum esse possit, sequitur neque dari a Pontefice neque a Lusitanis accipi potuisse. (...) Nemo iam non videt ad usum rei communis intercipiendum nullam quantivis temporis usurpationem prodesse: cui adiungendum est, etiam eorum qui dissentium auctoritatem huic questionem non posse accomodari. Illi enim de mediterraneo loquuntur, nos de oceano; illi de sinu, non de immenso mari, quae in ratione occupationis plurimum differunt. Et quibus illis indulgent praescriptionem, hi littora mari continua possident ut Veneti et Ianuenses, quod de Lusitanis non posse modo patuit"*³⁶⁰.

Nell'opera *De iure belli ac pacis libri tres* del 1625, Grozio approva l'esercizio della sovranità statale sulle acque costiere: *"Videtur & mare occupari potuisse a beo, qui terras ad latus utrumque possideat, etiamsi aut supra pateat ut sinus aut supra & infra ut fretum, dummodo non ita magna sit pars maris, ut non cum terris comparata portio earum videri possit. (...) Videtur autem imperium in maris portionem eadem ratione acquiri, qua imperia alia, id est, ut supra diximus, ratione personarum & ratione territorii. Ratione personarum, t si classis, qui maritimus est exercitus, aliquo in loco maris se habeat: ratione territorii, quatenus ex terra reperirentur"*³⁶¹.

Tali osservazioni non devono considerarsi un segnale di ripensamento, quanto piuttosto il processo di

³⁶⁰ Passi dell'opera *De iure praedae*, p. 226, 228, 230, 231, 241, contenuti in SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., pp. 17-18.

³⁶¹ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625, libro II, cap. III, parr. VIII, XIII, passo citato da SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p. 19.

maturazione del pensiero groziano, che in questo modo riesce a conciliare esigenze diverse: la sovranità degli Stati da un lato, la libera navigazione dall'altro; invece che elementi antitetici, divengono in tale ottica due fattori complementari della stessa realtà.

23.2. Il dominio del mare: i Proclami degli Stuart e John Selden

In aperto contrasto con le ideologie di Grozio era anche l'opera *De iusto imperii Lusitanorum*, redatta dal Serafino de Freitas e risalente al 1625, quando ancora il Portogallo era sotto il dominio della Spagna³⁶². Lo scritto, esattamente come nel *Mare Clausum*, conteneva una serrata critica al concetto di *Mare Liberum*, ma imbastiva la sua analisi da un punto di vista molto diverso, in quanto mirava a sancire e ad esaltare – oltre che legittimare - la sfera di sovranità della potenza spagnola. Esso, infatti, negava alle Bolle pontificie il potere di autorizzare *sic et simpliciter* le conquiste oltreoceano: esse, al contrario, costituivano soltanto degli strumenti di evangelizzazione in territori non cristiani; infatti, i pontefici in nessun caso concedevano diritti di navigazione senza al contempo inviare missionari³⁶³; ne derivava che solo le due potenze iberiche, in quanto cattoliche, erano le sole legittimate a diffondere il Credo – e quindi a commerciare - in spazi fino ad allora inesplorati. Una replica alla dottrina di Grozio non tardò ad arrivare anche dall'Inghilterra. Agli inizi del secolo XVII la dinastia degli Stuart aveva unificato i territori di Inghilterra, Scozia e Irlanda, operando un netto mutamento delle politiche commerciali. Re Giacomo I, il 6 Maggio del 1609, emanò un Proclama con cui vietava agli stranieri che non avevano provveduto al pagamento di una licenza, di esercitare l'attività di pesca nei mari adiacenti alle coste inglesi, ossia nella zona che al tempo venne definita come “*our Coasts and Seas*”; nel testo di tale provvedimento si leggeva: “*Whereas we have been contented since our coming to the Crown, to tolerate an indifferent and promiscuous kind of liberty to all our friends whatsoever, to fish within our streams, and upon any of our coasts of Great Britain, Ireland, and other adjacent Islands, so far forth as the permission or use thereof might not redound to the impeachment of our Prerogative Royal, not to the hurt and damage of our loving*

³⁶² Cfr. G. ACQUAVIVA, *Libertà o dominio dei mari: il caso della Santa Catarina*, 2001 in http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21294/1/ADI_XVII_2001_09.pdf

³⁶³ Cfr. G. ACQUAVIVA, *Libertà o dominio dei mari: il caso della Santa Catarina*, cit., p. 262.

Subjects, whose preservation and flourishing estate we hold ourselves principally bound to advance before all worldly respects: So finding that our connivance therein, hath not only given occasion of over great encroachments upon our Realities, or rather questioning for our Right, but hath been a means of much daily wrongs to our own people that exercise the trade of fishing as (either by the multitude of strangers, which do preoccupy those places, or by the injuries which they receive most commonly at their hands) our subjects are constrained to abandon their fishing, or at the least are become so discouraged in the same, as they hold it better for them to betake themselves to some other course of living, whereby not only divers of our coast-towns are much decayed, but the number of mariners daily diminished, which is a matter of great consequence to our estate, considering how much the strength thereof consistent in the power of shipping and use of navigation." Era necessario e giusto, continuò il Re, prendere misure legali in grado di metter fine a tali inconvenienti, sebbene non fosse suo intento negare alle popolazioni vicine "*those fruits and benefits of peace and friendship*". Egli così annunciava il 1 Agosto 1609 che: "*no person of what nation or quality so ever, being not our natural born subject, be permitted to fish upon any of our coasts and seas (...) until they have orderly demanded and obtained licenses from us*". Le licenze dovevano essere rinnovate annualmente "*upon pain of such chastisement as shall be fit to e inflicted upon such wilful offenders*"³⁶⁴.

Ad avallare tale postulato, la riflessione di John Selden del 1618, pubblicata solo nel 1635, contenuta in uno scritto articolato in due libri ed intitolato *Mare clausum, seu de dominio maris, libri duo. Primo, mare, ex iure naturae, seu gentium, omnium hominum non esse comune, sed domini privati, seu proprietatis capax, pariter ac tellurem, esse demonstratur*. Lo scritto fu in realtà preceduto da un altro meno noto del 1613, attribuito a William Welwood ed intitolata più succintamente *De dominio maris*. In entrambi i testi si rivendicava la sovranità inglese sulle acque adiacenti le coste inglesi, essenzialmente sulla base di motivazioni storiche: il mare veniva considerato come una *res nullius*, di conseguenza era suscettibili di divenire proprietà di coloro che per primi se ne impossessavano³⁶⁵; egli affermava che "*Mare clausum est mare privatim possessum*".

³⁶⁴ Cfr. T. W. FULTON *The sovereignty of the sea; an historical account of claims of England to the dominion of the British seas, and of the evolution of the territorial waters*, 1911, in <http://www.ebooksread.com/authors-eng/thomas-wemyss-fulton/the-sovereignty-of-the-sea-an-historical-account-of-the-claims-of-england-to-th-ala/page-17-the-sovereignty-of-the-sea-an-historical-account-of-the-claims-of-england-to-th-ala.shtml>

³⁶⁵ Cfr. <http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/2598/3/CAPITOLO%20I.pdf>

23.3. La soluzione: Cornelius Van Bykershoek e Ferdinando Galiani

Il dibattito tra i due orientamenti non rimase confinato al breve periodo, ma si protrasse per tutto il secolo XVII, che si concluse con la soluzione fornita da Cornelius Van Bykershoek, il quale nel *De dominio maris Dissertatio* del 1702, proponeva di misurare la sovranità dello Stato in base alla capacità di gittata dei cannoni e così affermava “*potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis*”³⁶⁶. Egli riteneva che le pretese di uno Stato sulla fascia di mare adiacente alle proprie coste doveva fondarsi sulla compresenza di due elementi: la *possessio corpore*, intesa come la navigazione nella superficie marina attigua alla terraferma, praticata in modo assiduo e continuativo; e l'*animus dominandi*, ossia la volontà di navigare con l'intenzione di escludere l'altrui attività su quella determinata superficie; ciò era possibile sfruttando, quando necessario, lo strumento delle batterie costiere; a tal riguardo, Bykershoek chiarisce: “Perché appare del tutto giusto che la potestà della terra si estenda fino a dove esplodono le bombe, fino dove, cioè, noi sembriamo tanto comandare che possedere. Parlo di questi tempi, nei quali usiamo di quelle macchine: per quanto in generale si possa dire che la potestà della terra finisce laddove finisce la forza delle armi”³⁶⁷. In questa affermazione si rinviene l'esplicito riferimento alla regola della “gittata dei cannoni”, grazie alla quale si superava la contrapposizione tra *Mare Liberum* e *Mare Clausum* riconoscendo allo Stato costiero la sovranità esclusiva della porzione di mare in cui era in grado di esercitare il proprio controllo. Ciò non poteva ugualmente postularsi anche per l'Oceano, che nessuno Stato era in grado di controllare, né servendosi della prestanza delle armate navali, né sfruttando la forza dell'artiglieria. Egli riteneva, inoltre, che le prime forme di affermazione del mare territoriale, ossia di delimitazione della fascia di mare adiacente alle coste, erano da riportare alla formazione di una consuetudine internazionale che si era andata via via creando.

Nel 1782, l'abate nonché economista Ferdinando Galiani, realizzò un ulteriore passo avanti, e studiando i profili della scienza balistica, fissò il limite di tre miglia dalla costa, limite entro cui poter

³⁶⁶ C. VAN BYNKERSHOEK, *De dominio maris*, Lugduni Batavorum, 1737, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., p.11.

³⁶⁷ C. VAN BYNKERSHOEK, *De dominio maris*, in U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, cit., p. 254.

esercitare la propria sovranità statale. Egli sosteneva in merito: “Mi parrebbe peraltro ragionevole che senza attendere a vedere se in atto tenga il Sovrano del territorio costrutta taluna torre o batteria, e di qual calibro di cannoni la tenga montata, si determinasse fissamente, e da per tutto, la distanza di tre miglia dalla terra, come quella che sicuramente è la maggiore ove colla forza della polvere finora conosciuta si possa spingere una palla o una bomba”³⁶⁸.

L'applicazione del sistema delle tre miglia finì col prendere il posto del criterio incentrato sulla gittata dei cannoni costieri; si trattava, in verità, di un sistema rimodellato sulla regola delle cento miglia nautiche, vigente sul territorio italiano, e delle novanta miglia, vigente su quello francese, entrambe ideate in età medievale. La differenza sostanziale consisteva nell'ambito di applicazione. Infatti, mentre la regola delle cento miglia era indirizzata soltanto agli Stati in grado di esercitare un controllo effettivo; era indirizzata, in altre parole, alle potenze marittime, e non a tutte le città. “A differenza della precedente, la regola delle tre miglia vale, invece, per tutti gli Stati costieri e non soltanto per le potenze marittime, dato che essa costituiva la difesa della neutralità marittima da parte di tutti gli Stati costieri nei confronti delle potenze marittime che combattevano in mare”³⁶⁹. Il criterio in questione, oltre che al diritto di guerra e al diritto di neutralità, si estese anche al diritto di pace; ciò emerse dalla condotta della Gran Bretagna nel caso *Franconia* risalente al 1876 e avente ad oggetto lo scontro di due imbarcazioni, la “*Strathclyde*”, inglese, e la “*Franconia*”, tedesca, avvenuto nel 1876 nello stretto della Manica, a più di due miglia dalle coste inglesi³⁷⁰. Nell'urto perse la vita uno dei passeggeri della nave inglese, quindi venne avviato un procedimento penale nei confronti del comandante della nave tedesca. La Corte della Corona inglese si trovava però a doversi pronunciare su un reato commesso da uno straniero, su una imbarcazione straniera e in acque che non erano sotto la giurisdizione britannica; perciò dichiarò la propria incompetenza. Tale avvenimento servì da stimolo per l'emanazione, nel 1878, del *Territorial Water Jurisdiction Act*, in cui veniva recepito il criterio delle tre miglia; si trattava di un documento di grande rilevanza perché con esso la Gran Bretagna, da sempre oppositrice, acconsentiva al riconoscimento del mare territoriale. La regola delle tre miglia

³⁶⁸ F. GALIANI, *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali*, Napoli, 1782, in U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, cit., p. 254.

³⁶⁹ U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, cit., p. 255.

³⁷⁰ Cfr. <http://culturauniversale.blogspot.it/2007/10/casi-e-sentenze-di-diritto.html>

marine è rimasta radicata negli ordinamenti statali, ed è stata ampliata dalla dottrina e giurisprudenza di diritto internazionale più recenti, fino a raggiungere un'estensione di dodici miglia.

23.4. Verso un concetto uniforme di diritto del mare

La spontanea e graduale – ma non sempre lineare - accettazione del principio della libertà dei mari ha condotto ad uno sviluppo notevole del diritto internazionale del mare e al riconoscimento di sfere di competenza giurisdizionale delle corti nazionali su porzioni di mare non sottoposti ad una sovranità statale piena³⁷¹. Tuttavia, l'evoluzione dell'ordinamento internazionale non si dimostrò affatto fluida, essendo ancora aperto il problema della dualità terra/mare. Diretta è l'immagine scelta da Carl Schmitt che, servendosi delle figure metaforiche del Behemoth, animale leggendario terrestre, e del Leviatano, un mostro biblico marino, rappresenta la colossale e continua lotta tra i due ordinamenti, il mare e la terra³⁷².

Era l'Inghilterra, nell'età dell'Illuminismo, a dominare incontrastata i mari, “*Britannia rules the waves*”³⁷³. Laurent-Basile Hautefeuille a fine Ottocento, colse lucidamente la situazione geo-politica quando affermò che “*il n'existe pas d'équilibre maritime. L'océan, cette possession commune à toutes les nations, est la proie d'une seule nation*”³⁷⁴. L'oceano era in sostanza sotto la potenza egemonica anglosassone; infatti, con la Pace di Utrecht del 1713 si era tentato di introdurre il principio del *free ship, free goods*, pensato per assicurare i commerci navali durante i conflitti bellici, ed il libero scambio di merci, anche se trasportate su imbarcazioni mercantili nemiche, senza ricevere particolare considerazione dalle autorità britanniche che, durante le guerre intraprese da Napoleone Bonaparte, impedirono i traffici marittimi bloccando l'accesso alle coste continentali.

La Dichiarazione sul diritto marittimo europeo in tempo di guerra, firmata a Parigi nel 1856, in occasione della conclusione della guerra di Crimea, rivestì un'importanza fondamentale, non soltanto

³⁷¹ U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, cit., pp. 254-256.

³⁷² F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., p.11.

³⁷³ F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., p.10.

³⁷⁴ L. B. HAUTEFILLE, *Historie des origines, de progrès et des variations du droit maritime*, Paris, 1869, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Jura Gentium*, 2007, p.10.

per il suo contenuto, ma anche e soprattutto perché, per la prima volta, si depositarono per iscritto delle norme di diritto consuetudinario internazionale. Tuttavia, in tale occasione la Gran Bretagna non nascose il suo atteggiamento di diffidenza di fronte ad eventuali limitazioni della libertà di navigazione; in tale seduta si pervenne ad un compromesso, racchiuso nell'espressione "*peace through trade*": su richiesta dell'Inghilterra, si bandirono definitivamente le guerre di corsa, inizialmente strumento di rappresaglia autorizzato dal governo nazionale, e poi divenuto uno strumento per realizzare blocchi navali alle merci provenienti da Stati nemici. Dal canto suo, l'Inghilterra si era impegnata, da un lato, a fissare una disciplina uniforme in materia di blocchi navali, di cui spesso si era servita nei periodi di belligeranza, soprattutto contro lo schieramento francese; e, dall'altro, ad accogliere il parametro del "*free ship, free goods*", sino ad allora solo parzialmente osservato. Gli accordi presi in seno alla Dichiarazione di Parigi rappresentano quindi una grande conquista sul piano dei rapporti internazionali, in quanto indicativi dei primi sforzi di integrazione politica ed economica degli Stati europei, e non solo. Alla luce, però, dell'interpretazione schmittiana, il contenuto della Dichiarazione, lungi dal configurare un diritto vero e proprio, era invece foriera di principi riconducibili ad una *positive morality*³⁷⁵. La potenza britannica sembrava aver sposato la politica del *laissez-faire, laissez-passer*, avendo rinunciato, nel 1849, alle pratiche contemplate nei *Navigation Acts*, atti emanati a partire dal 1651 e contenenti misure di protezione del mercato interno e restrizioni all'approdo di vascelli stranieri nei porti situati nei territori inglesi ed in quelli coloniali; ma, ad uno sguardo attento non sfugge che la protezione del commercio internazionale e l'abolizione delle imposte doganali ad opera della Gran Bretagna, costituivano in realtà misure più formali che sostanziali, essendo, la stessa, padrona incontrastata dei mari.

Gli Stati non aderenti furono gli Stati Uniti, il Messico e la Spagna che, ormai priva di una flotta navale potente, riteneva indispensabile ricorrere alla guerra di corsa in caso di conflitto. Gli accordi parigini lasciavano inalterato il regime anarchico che caratterizzava gli spazi marittimi; come ha osservato Wilhelm Grewe, uno dei più grandi esperti internazionalisti del Novecento, *freedom of the seas* "*did not only mean freedom of maritime intercourse and world trade, it also meant freedom of choice in respect of treaties of naval warfare (... that) can only be understood in the*

³⁷⁵ F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., 2007, p.12.

*perspective of British sea power*³⁷⁶. Al bilanciamento tra poteri interstatuali, non corrispondeva parimenti un equilibrio delle interazioni in campo marittimo, in quanto lo squilibrio era fortemente a favore della Gran Bretagna, la quale guardava con freddezza i primi programmi di codificazione della guerra in mare, dibattuti prima nel 1907 e successivamente nel 1909.

“Tutto ciò, nello stesso periodo in cui le Potenze cercavano, per lo meno a partire dalla Convenzione di Ginevra del 1864, di trovare dei *temperamenta belli* efficaci per le operazioni terrestri. Sullo sfondo delle scelte di Londra si agitavano inquieti i fantasmi dei *privateers* elisabettiani. (...) Questa peculiare commistione tra diritto e potenza, questa continua sovrapposizione di piani, per cui le strategie navali non si esaurivano nelle manovre delle squadre navali, ma approdavano alle prassi diplomatiche e perfino ai manuali dei giuristi, ha segnato l’ordinamento marittimo, anche al di là dello *ius belli* navale vero e proprio: in realtà è stato tutto il diritto del mare, nella sua relazione tra norma e spazio, ad essere caratterizzato da questa forte commistione tra *Macht* e *Recht*. Ed è una ibridazione che senza dubbio ha favorito uno sviluppo ‘unilaterale’ dell’ordinamento marittimo. È il caso, ad esempio, del *Territorial Waters Jurisdiction Act* del 1878 con cui la Gran Bretagna - negli stessi anni in cui lo spirito della Dichiarazione di Parigi entrava in crisi - aveva sancito il limite delle tre miglia nautiche, ponendo fine alla Dichiarazione di Parigi entrava in crisi - aveva sancito il limite delle tre miglia nautiche, ponendo fine alle dispute sull’estensione delle acque territoriali che continuavano a svolgersi all’ombra dell’*auctoritas* di Byrkernshoek. Od ancora, per venire a tempi più recenti, alla *Truman Proclamation* del 1945, con cui gli Stati Uniti hanno addirittura fondato giuridicamente l’istituto della piattaforma continentale³⁷⁷.

I primi tentativi di codificazione delle regole di diritto del mare sono da attribuire alla Società delle Nazioni, prima, e alla Organizzazione delle Nazioni Unite, poi. Le problematiche si infittirono, ed affiorarono temi ulteriori: alla libertà di navigazione e di pesca, si aggiunsero le esigenze di tutela dell’ambiente, misure di prevenzione dell’inquinamento e sfruttamento di risorse biologiche e minerarie del fondo marino. Fu proprio grazie all’emersione di nuove necessità e di nuove modalità di sfruttamento del mare, non più visto solo come strumento di comunicazione - commerciale e militare

³⁷⁶ W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, Berlin, 2000, p. 551, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., 2007, p.13.

³⁷⁷ F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, cit., 2007, p.13.

– che venne inserito nell’ordinamento internazionale il concetto di piattaforma continentale, enunciato per la prima volta nel Proclama di Truman, Presidente degli Stati Uniti, nel quale egli affermava la sovranità del Paese sulle risorse presenti sul fondo marino adiacente alla costa. A tale annuncio ne seguirono altri, con i quali gli Stati avanzavano pretese di sovranità sulle risorse marine, spingendosi sempre più oltre dalla linea di base. Ne derivò la individuazione della zona contigua, nella quale i poteri esercitati dagli Stati erano però affievoliti.

La libertà del mare, da principio cardine per l’evoluzione dell’ordinamento internazionale, era divenuto applicabile solo in mare aperto, dovendo cedere il passo alle restrizioni ed alle rivendicazioni degli Stati costieri³⁷⁸.

Non senza negoziazioni difficoltose e mutamenti degli assetti politici, nel 1982 è stata finalmente firmata la Convenzione di Montego Bay, anche nota come Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con la quale si gli Stati si sono prefissati l’obiettivo di dotarsi di una disciplina uniforme in materia di diritto del mare; essa ha permesso di positivizzare nozioni già fatte proprie nella storia degli ordinamenti, nel tessuto consuetudinario e nella coscienza collettiva di ciascuno Stato. Tale trattato contempla il concetto di *mare territoriale*, che, secondo i principi consuetudinari internazionali, rientra nella sfera di sovranità piena dello Stato costiero, al pari della terraferma. L’art.2 della Convenzione di Montego Bay recita che “la sovranità dello Stato si estende, al di là del suo territorio e delle sue acque interne...a una zona di mare adiacente alle coste denominata mare territoriale”³⁷⁹. L’estensione del mare territoriale è fissata nel limite massimo di 12 miglia marine dalla linea costiera; tale principio è accettato da 123 Stati, solo 20 rivendicano limiti esterni più ampi. Un’altra restrizione al principio della libertà del mare è rappresentato dall’istituto della *zona contigua*, ossia la zona adiacente al mare territoriale, nella quale lo Stato costiero è legittimato ad esercitare dei poteri di vigilanza. Come si legge dall’art. 33 della Convenzione, infatti, “In una zona contigua al suo mare territoriale, indicata come *zona contigua*, lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario a: a) prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; b) punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale”. Nella seconda parte del medesimo

³⁷⁸ Cfr. <http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/2598/3/CAPITOLO%20I.pdf>

³⁷⁹ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 240-241.

articolo si statuisce che la larghezza della zona fascia contigua non può superare le 24 miglia nautiche e viene misurata a partire dalle linee di base in cui termina l'estensione del mare territoriale. "Questa rappresenta la prima notevole differenza rispetto al caso di interi mari assoggettati all'autorità dello Stato costiero. Il fondamento della zona contigua, inoltre, è costituito da una convenzione che vincola praticamente l'intera comunità internazionale, e che salvaguarda i diritti anche degli Stati più piccoli, mentre nelle pretese veneziane e inglesi vi è la proiezione unilaterale del potere politico e militare di alcune potenze, a detrimento di tutte le altre. La zona contigua è per così dire proiettata verso l'interno, nel senso che ha una funzione accessoria, come fascia di protezione della sovranità territoriale, mentre il possesso di quei mari è uno strumento di difesa e nello stesso tempo di affermazione del proprio potere di espansione nelle varie aree del mondo. Non vi è alcun consenso generale degli Stati, ma solo la prepotenza di alcuni Stati più forti, a cui gli altri hanno dovuto piegarsi"³⁸⁰. Nel secondo dopoguerra, però, in seguito alle innovazioni tecnologiche ed allo sviluppo industriale gli Stati non erano paghi di esercitare il controllo solamente sul mare territoriale e sulle fasce adiacenti; si profilano nuove modalità di sfruttamento di nuove risorse, differenti da quelle ittiche, soprattutto quelle minerarie; ciò ha permesso l'introduzione degli istituti della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva.

La disciplina della *piattaforma continentale* garantisce allo Stato costiero il diritto esclusivo, ed automatico, di usufruire ed utilizzare tutte le risorse del fondo e del sottosuolo marino, pur riconoscendo agli altri Stati la libertà di utilizzare gli spazi, acquatici ed atmosferici, sovrastanti; l'art. 77 della Convenzione di Montego Bay espone i diritti di cui gode lo Stato costiero sulla piattaforma:

“1. Lo Stato costiero esercita sulla piattaforma continentale diritti sovrani allo scopo di esplorarla e sfruttarne le risorse naturali.

2. I diritti indicati al numero 1 sono esclusivi nel senso che, se lo Stato costiero non esplora la piattaforma continentale o non ne sfrutta le risorse, nessun altro può intraprendere tali attività senza il suo espresso consenso.

3. I diritti dello Stato costiero sulla piattaforma continentale non dipendono dall'occupazione effettiva

³⁸⁰ Cfr. G. BADIALI, *Il diritto di pace di Alberico Gentili*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2010, pp. 216-217.

o fittizia o da qualsiasi specifica proclamazione.

4. Le risorse naturali indicate nella presente Parte consistono nelle risorse minerali e altre risorse non viventi del fondo marino e del sottosuolo come pure negli organismi viventi appartenenti alle specie sedentarie, cioè organismi che, allo stadio adulto, sono immobili sul fondo o sotto il fondo, oppure sono incapaci di spostarsi se non restando in continuo contatto fisico con il fondo marino o con il suo sottosuolo”.

L’art. 78, invece, individua la disciplina applicabile alle acque e agli spazi aerei al di sopra della piattaforma:

“1. I diritti dello Stato costiero sulla piattaforma continentale non pregiudicano il regime giuridico delle acque e dello spazio aereo sovrastanti.

2. L’esercizio dei diritti dello Stato costiero sulla piattaforma continentale non deve impedire la navigazione o produrre alcuna ingiustificata interferenza nei riguardi di essa e di altri diritti e libertà di altri Stati, sanciti della presente Convenzione”³⁸¹.

La *zona economica esclusiva*, è invece disciplinata dagli artt. 55 ss. della Convenzione. Si tratta di un ulteriore istituto nato spontaneamente, divenuto parte del diritto consuetudinario internazionale e poi codificato. Tale porzione non può estendersi al di là delle 200 miglia marine, calcolate dalla linea di base del mare territoriale, e permette allo Stato costiero di conservare il diritto esclusivo di sfruttamento, esplorazione, conservazione e gestione di tutte le risorse del suolo, del sottosuolo e delle acque; il solo riconoscimento che spetta agli altri Stati riguarda il godimento della libertà di navigazione, di sorvolo, di posa di condotte e di cavi sottomarini³⁸². Infine, l’*alto mare* o *mare internazionale*, in cui trova ancora applicazione il principio della libertà dei mari. “Ciò significa che tutti gli Stati hanno *eguale* diritto a trarre dal mare internazionale tutte le utilità che questo può offrire, dalla navigazione, alla pesca, alla posa di cavi, allo sfruttamento delle risorse biologiche e minerarie”³⁸³. In realtà esistono trattati regionali e interstatuali che realizzano forme più o meno complesse di cooperazione, e che talvolta hanno dato origine ad organizzazioni internazionali; sono però istituti privi di efficacia vincolante nei confronti di Stati terzi.

³⁸¹ V. http://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/600_2009_208_6513.pdf

³⁸² Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 250-251.

L'alto mare è e rimane *res communis omnium*, ma è fuor di dubbio che ogni Stato non potrà utilizzare le risorse al punto da impedirne agli altri lo sfruttamento³⁸⁴.

Quelli esaminati sono tutti istituti nati spontaneamente nel corso delle evoluzioni dei rapporti interstatuali ed internazionali e dettati da esigenze di certezza e stabilità, non soltanto sul piano giuridico, ma anche sul quello economico, politico e sociale. Tali istituti costituiscono solo alcuni degli esempi di pratiche nate dal basso, senza l'imposizione di un'*auctoritas*, e divenute parte integrante delle tradizioni consuetudinarie marittime e delle Convenzioni di diritto internazionale.

³⁸⁴ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 254-255.

CONCLUSIONI

Nell'ordinamento italiano, come in quello europeo ed internazionale, non è stato ancora esplicitamente elaborato un concetto di spontaneità, né esso è stato ricompreso tra le fonti produttive di diritto. Si tratta di un concetto spesso ignorato, talvolta inglobato e fuso nella nozione di consuetudine. Tuttavia non si può non riconoscere alla spontaneità una identità propria, autonoma e distinta dalla legge, dalla consuetudine e dalla prassi. Prima di tentare l'impresa di una sua ricostruzione quindi, sembra opportuno avvalersi del metodo negativo e procedere *per negationis*, precisando a cosa la spontaneità non è equiparabile. Alla legge, prima di tutto. Ma anche dare una definizione di legge non è affatto agevole. Un passo dei *Memorabilia*, una raccolta di conversazioni lasciata in eredità da Senofonte, narra del dialogo tra Alcibiade, giovane allievo di Socrate, e Pericle, uomo politico e stratega. “Si dice in proposito che Alcibiade, non ancora di venti anni, abbia tenuto questo discorso sulle leggi con Pericle, suo tutore e capo della città: ‘Dimmi, gli chiese, o Pericle, potresti insegnarmi che cos’è la legge? – Ma certo, gli rispose quello. – Insegnamelo allora, per gli dèi, disse Alcibiade: siccome taluni, da quanto so, sono lodati perché obbediscono alle leggi, credo che chi ne ignora la natura non avrà mai, e a ragione, siffatta lode. - Non desideri davvero una cosa difficile, Alcibiade, continuò Pericle, se vuoi conoscere la natura della legge. Ebbene, sono leggi, in generale, quelle prescrizioni che il popolo riunito propone, dopo averle approvate, determinando quanto si deve e non si deve fare. – E ritiene che si debba fare il bene o il male? – Il bene, per Zeus, ragazzo mio, il male no. – E se non è il popolo, ma, come nei regimi oligarchici, i pochi che si radunano e propongono quel che si deve fare, questo che cos’è? – Tutto ciò che propone chi detiene il potere della città, dopo deliberazione, e che bisogna fare, si chiama legge. – E se il tiranno che domina la città propone ai cittadini quanto bisogna fare, anche questo è legge? – Sì, tutto quanto propone il tiranno, signore della città, anche questo si chiama legge”³⁸⁵. Tralasciando le provocazioni di Alcibiade e *l’excursus* della storia della democrazia ateniese contenuto dell’opera, ci si può limitare ad attingere da tale fonte per individuare ciò che, seppur grossolanamente, è definito legge, ossia la deliberazione “messa per iscritto”, di chi è a capo della città e la governa: il tiranno, gli oligarchi, o il popolo, a seconda dei casi.

³⁸⁵ M. L. ARDUINI, *Trattato di Metodologia della ricerca storica*, vol. II, Milano, Jaca Book, 2000, p. 82.

Per usare una definizione in chiave moderna, si potrebbe mutuare la nozione elaborata da Rodolfo Sacco, secondo il quale “La legge, è in modo evidente, una dichiarazione. Essa esprime un imperativo (metaforicamente: una volontà) e promana da un’ autorità – e cioè dallo Stato, o dagli organi cui lo Stato affida il compito di creare norme (regioni, comuni, autorità indipendenti, ecc.); e dalle organizzazioni sovrastatali cui lo Stato ha deferito il corrispondente potere”. Tuttavia, l’Autore aggiunge subito dopo che: “La realtà è diversa dalle declamazioni”³⁸⁶ e si è costretti a riconoscere l’importanza della consuetudine, non soltanto nell’ambito degli ordinamenti interni, statali, ma anche in quelli interstatuali ed internazionali. La consuetudine è un fenomeno per alcuni versi più esteso della legge, è il risultato di un comportamento generale, uniforme e ripetuto nel tempo, tenuto da una collettività che agisce nella convinzione che tale condotta corrisponda ad un obbligo giuridico. John Gilissen nella raccolta *Typologie des sources du moyen âge occidental* del 1982, definì la consuetudine come “*un ensemble d’usages d’ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe sociopolitique donné, par la répétition d’actes publics et paisibles pendant un laps de temps relativement long*”³⁸⁷. È proprio da siffatto meccanismo che il diritto si è originato: non da scritti, frutto di rivelazioni divine o di interventi degli eruditi, ma dalla ripetizione costante ed uniforme da parte di una collettività, di un comportamento condiviso ed approvato, in virtù della obbligatorietà su cui è avviluppato.

Al contrario, la prassi consiste in un comportamento che, seppur uniforme, reiterato e generale, è privo del convincimento da parte dei consociati circa la sua obbligatorietà. Costituisce un esempio di prassi la costumanza diffusa di lasciare la mancia ai fattorini, o ai camerieri: non c’è alcuna coercizione nell’esecuzione di tali pratiche, che sono però per loro natura abituali, ma non imposte né dovute. La spontaneità è quindi un istituto che si pone al di sopra e al di là della legge, della prassi, e della consuetudine. È un fenomeno primordiale e antecedente alla formazione di regole. A prescindere da un suo riconoscimento più o meno esplicito, il diritto spontaneo aleggia e permea in ogni ordinamento, fondendosi – ma non confondendosi - con norme giuridiche e fonti del diritto. “In Cina, in Giappone, in India, il diritto tradizionale spontaneo convive con il diritto scritto a modello

³⁸⁶ R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, p.22.

³⁸⁷ V. <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Gallo.pdf>, p.2.

europeo inglese o americano; l'ambito in cui operano l'uno e l'altro non è ben definito nella vita reale, e meno ancora è ricostruito dagli studiosi. In tutta l'Africa è ben evidente che il diritto tradizionale, spontaneo, riesce a circoscrivere l'ambito di applicazione del diritto scritto autoritativo, di marca europea o sciaraitica. In America latina, non sappiamo in quale misura i conflitti giuridici vengano risolti dagli organi giurisdizionali statuali, e in quale misura operino invece autorità di fatto, che fanno applicazione di regole spontanee o tradizionali, cui solo ora la dottrina incomincia a prestare attenzione. In Russia il diritto statale autoritativo è ben analizzato e sponsorizzato dal pensiero accademico: ma noi non siamo completamente certi che nel paese di Tolstoj questo diritto culto trovato dapprima a Bisanzio, poi in Francia, e , per ultimo secolo, in Germania, abbia soffocato qualsiasi modo alternativo di soluzione de conflitti. Un po' ovunque comunità di immigrati recenti, che parlano una lingua diversa da quella ufficiale, risolvono le loro questioni giuridiche in modi non conformi alle regole scritte. Qualche studio viene ora pubblicato sul diritto degli zingari. Da una data recente in Australia, in Canada, e altrove, si consente a giurisdizioni tradizionali di applicare alla luce del sole un diritto spontaneo che discende da quello che era in vigore prima dell'invasione europea"³⁸⁸. Proprio il suo carattere universale, permette di attribuire al diritto spontaneo una valenza sovrastatale, perché è posta al di sopra dei singoli ordinamenti giuridici e dei limiti nazionali, al di sopra di costruzioni giuridiche, di norme ed istituti che da essa in parte derivano, e ad essa in parte riconducibili.

³⁸⁸ R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, pp. 22-23.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

- AGO R., *Diritto positivo e diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 4 ss.
- AJANI G., *Continuity and Discontinuity of Law in Times of Social Revolution: The Case of Central and Eastern Europe*, in *Rapports nationaux italiens au XIV Congrès international de droit compare*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 1-14.
- AJANI G., *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, Giuffrè, 1985.
- ALLEN C. K., *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 378.
- ANZILOTTI D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, pp. 29 ss. in P. ZICCARDI, *La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche* in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 189 ss.
- ARDUINI M. L., *Trattato di Metodologia della ricerca storica*, vol. II, Milano, Jaca Book, 2000, p. 82.
- ASHBURNER W., *The Rhodian Sea Law, edited from the Manuscript*, Oxford, The Clarendon Press, 1909.
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence*, London, J. Murray, 1885, pp. 536 – 537, trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, a cura di M. BARBERIS, Bologna, Il Mulino, 1995.
- BADIALI G., *Il diritto di pace di Alberico Gentili*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2010, pp. 216-217.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, Laterza, 2002, p. 366; in merito alla giurisprudenza v. sentenza Cass. 16.5.2003 n. 7630, in FI, 2003, I, c. 2015.
- BARBERIS M., *Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 52-80.
- BARDER A., *Absolute Enemy: Cosmopolitanism, Law and the Reemergence of Enmity*, New York, International Studies Association, 2009, p.26.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, 1990, citazione ripresa da P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 550.
- BIANCA C. M., “*Ex facto oritur jus*”, in *Rivista di diritto civile*, I, 1995, p. 803.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, p.63, in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.
- BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, pp. 36- 77, 428-429, p. 429-431.
- BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964, pp.426 – 427; pp. 432- 433; pp. 435- 436 - 442.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p.127.
- BOBBIO N., *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, p.127; pp. 137-138.
- BOLLA G. G., *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici*, 1947, passo citato da P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 526.
- BONELL M. J., *The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law* in *Uniform Law Review*, 2004, p. 5.
- BONELL M. J., voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano, 1992, pp. 720 ss.
- BORTOLOTTI F., *La “nuova” lex mercatoria. Costruzione dottrinarica o strumento operativo?*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 1996, p. 335; p. 735.
- BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 1997, p.26.
- BRIE S., *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht: eine historisch –dogmatische Untersuchung*, Parte 1, *Geschitliche Grundlegung*, Breslau, 1899, pp. 105 – 107 in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

- CALASSO F., *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 22-23.
- CALASSO F., *Medio Evo del Diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1954, p.88, p. 104 ss, p.182.
- CALISSE C., *Storia del diritto italiano*, I, *Le fonti*, Firenze, Barbera, 1902, p. 111 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.
- CARBONE S.M., *Il diritto marittimo: attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CARBONNIER J. *Droit civil-Introduction*, Paris, 1992, p.261 in F.S. NISIO, *Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 35, Milano, Giuffrè, 2006.
- CASADEI E., *Le forme di godimento collettivo dei beni agro-silvo-pastorali: ruolo e funzioni attuali*, in *Atti del XXXI Incontro di Studio*, Firenze, Firenze University Press, 2001, p. 284.
- CATTANEO C., *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, in *Scritti economici* in P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, cit.*, p. 35.
- CICERONE M. T., *De Oratore*, Liber I, 44 in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.
- COKE E., *Reports*, p.65, p 118, in N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 241-242, pp.251-255.
- CORRIERI S., *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 29- 36.
- COTTA S, *Soggetto umano, Soggetto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 16, pp.18-19.
- D' EMERIGON B.M., *Traité des assurances et des contracts à la grosse*, trad. it., *Trattato delle assicurazioni e del contratto di prestito a cambio marittimo*, Venezia, 1845, p.671.
- D'AGOSTINO F., *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 11-16.
- D'AMELIO M., *Caratteri unitari del diritto marittimo dell'Adriatico*, in *Diritto Marittimo*, Roma, 1934, p.334.
- DA SASSOFERRATO B., *De fluminibus seu Tyberiadis*, 1355, ripreso da T. SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare, cit.*, p.4.
- DAUVILLIER J., *Le droit maritime phénicien*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1909, pp. 33-63, riportato da G. PURPURA, *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, in *Tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004, p.16.
- DAVID R., *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Rivista di diritto civile*, 1976, vol. I, pp. 577 ss.
- DE BENOIST A., *L'Asia di fronte all'Occidente*, Roma, Editori Riuniti, 1998, p. 4.
- DE LAVELEY E., *Le socialisme contemporain*, p. XXIII, in P. GROSSI *Un altro modo di possedere, cit.*, p. 92.
- DE PALMA A. , *Le macchine e l'industria da Smith a Marx*, Torino, Einaudi, 1971, pp. 239-252.
- DI LUCIA P., *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma*, in *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 37-45.
- DI LUCIA P., *L'universale della promessa*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 69.
- DOTTI M., *Il von Hayek di Sacco* in *IX Seminario di Sant'Alberto, Deontica e quotidianità*, Pizzocorno, 1997, pp. 4-24.
- DU MONT J., *Corps universel diplomatique du droit des gens*, III, parte 2, p.200, p. 302 in T. SCOVAZZI T., *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare, cit.*, p.12.
- EHRlich E., H. HELSEN, M. WEBER, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di Alberto FEBBRAJO, Milano, Giuffrè, 2010.
- ELLICKSON R. C., *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge Mass., London, Harvard University Press, 1991,, p. 127 ; p127 ,nota 10; p. 130; pp.132-136 ;p. 133.
- FENN P. T., *The Origin of the Right of Fishery in Territorial Waters*, Cambridge, 1926, citato da T. SCOVAZZI T., *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare, ne Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano, Giuffrè, 2007, p.1 ss.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1921, pp. 83-84;
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano ,Parte generale*, Roma, Athenaeum, 1921, pp.125 ss.
- FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- FERRARI G., *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, Giuffrè, 1950,

pp. 1-28.

FERRARI ZUMBINI R., *1848-1920: l'interim ministeriale, un istituto spontaneo?* In *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, anno XXXII, n.1, Marzo 2012, Bologna, Il Mulino, pp. 75-90.

FERRARI ZUMBINI R., *Il decreto legislativo e il decreto legge agli esordi dello Statuto albertino*, in *Quaderni costituzionali*, anno XXXI, n. 2, Giugno 2011, Bologna, Il Mulino, pp. 303-312.

FERRARI ZUMBINI R., *Tra idealità e ideologia*, Torino, Giappichelli, 2008, pp.87 – 90; p. 627.

FERRI G., *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, fasc. 1-3, pp. 1- 24.

FLUMENE F., *La consuetudine nella dottrina civilistica medievale*, Sassari, Stamperia della libreria italiana e straniera, 1931, p.18. p. 25, nota 65.pp. 71 – 74.

FOCARELLI C., *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, Morlacchi, 2003, pp. 39- 40.

FRANCESCHELLI R. *Consuetudine*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, Utet, 1959, p.324 a., p. 324 b.

GAETA D., *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 52.

GAIO, *Institutiones*, I, 1, in R. PUKENIS, *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana*, Soter, Journal of Religious Science, 2005, p.176.

GALGANO F., *Lex mercatoria . Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 217 ss.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 88.

GALIANI F., *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali*, Napoli, 1782, in U. LEANZA, *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno, cit.*, p. 254.

GALKOWSKI T., *Il quid ius nella realtà umana e nella Chiesa*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1996, p.98.

GANDOLFI G., *Un documento del diritto internazionale antico: il primo trattato tra Roma e Cartagine (VI sec. a.C.)*, in *Comunicazioni e studi*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 323 ss.

GHESTIN J. – GOUBEUX G. – FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale*, in *Triaté de droit civil*, Paris, 1994, p.514, in G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004.

GIANNINI M. S., *Sulla consuetudine*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1947, p.92.

GIAVOLENO (D. 41, 2, 21, 1 e 2), in G. PURPURA, *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare, cit.* p.17, pp. 22-23.

GIUSTINIANO, *Institutiones*, I, II, 2, in R. PUKENIS, *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana*, Soter, Journal of Religious Science, 2005, p.176.

GOLDSCHMIDT L., *Handbuch des Handelsrechts*, trad. it., *Storia universale del diritto commerciale*, a cura di V. POUCHAIN ed A. SCIALOJA, Torino, Utet, 1913, p. 48.

GOULDNER A. W., *The Norm of Reciprocity*, in *American Sociological Review*, XXV, 1960, p.167 ss.

GREWE W. G., *The Epochs of International Law*, Berlin, 2000, p. 551, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt, cit.*, 2007, p.13.

GROSSI P. *Un altro modo di possedere*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 12-13; p. 35; pp. 38-39; p. 65 ; pp. 92- 93; pp. 191-192; pp.315-352.

GROSSI P., *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* in *Quaderni fiorentini*, n. 19, Milano, Giuffrè, 1990, pp.511-512, pp. 513-514; p.518; p. 539; pp.545- 546; pp. 550- 551.

GROSSI P., *Prima lezione*, Bari, Laterza, 2003, p.100.

GROSSI P., *Aspetti storico-giuridici degli usi civici, cit.*, pp. 19-27; p. 23;p. 24; p. 31; pp. 25-26 in *I Georgofili-Quaderni*, Firenze, 2005.

GROSSI P., *“Usi civici” : una storia vivente*, in Archivio Scialoja Bolla, Milano, Giuffrè, 2008, p.20.

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p.3; p. 5.

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 509 ss.

GROTIUS H., *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, 1618, p14, p.42, p.91, in C. TOMMASI, *La «libertà dei mari». Ugo Grozio e gli sviluppi della talassocrazia olandese nel primo Seicento in Scienza e politica. Per una storia delle dottrine*, 2010,

p.39.

GROTIUS H., *De iure belli ac pacis libri tres*, 1625, libro II, cap. III, parr. VIII, XIII, passo citato da SCOVAZZI T., *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare*, cit., p. 19.

GUASTINI R., *Norberto Bobbio teorico del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, fasc. II, pp.536-537-540.

GUIDETTI M. – P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra: comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, Jaca book, 1977.

GURVITCH G., *Sociology of Law*, London, 1953, trad. it. *Sociologia del diritto* a cura di S. COTTA, Milano, Edizioni di Comunità, 1957, p. 193.

HAUTEFILLE L. B., *Historie des origines, de progrès et des variations du droit maritime*, Paris, 1869, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Jura Gentium*, 2007, p.10.

IGLESIA FERREIÓS A., *Consuetudine* in *A Ennio Cortese*, vol. II, Roma, Il Cigno edizioni, 2001, pp. 196-198.

IMPERIALI U., *Il nomos della terra di Carl Schmitt ovvero genealogia della globalizzazione*, in *Ciclo di conferenze autunnali di Filosofia*, Como, 2008, p.14.

INFANTINO L., *Prefazione a F. A. VON HAYEK, Liberalismo*, Roma, Ideazione, 1996, p.18.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, p.26, p.39.

IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, vol. I, p. 633.

KANTOROWICZ H., *The definition of Law*, Cambridge, University Press, 1958, p.79 in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

KANTOROWICZ H., *Legal Science, The Summary of its Methodology*, in *Columbia Law Rev.*, 1928, p.679 in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, p.131.

LA TORRE A., *Diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 141-142.

LAMBERT É., *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, I, p.192; pp. 209 e 218, in BOBBIO N., *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. IX, 1964.

LAZZARO G., *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p.233; p. 231, p.237; pp. 232- 247.

LEAGE R.W., *Roman private law, founded on the institutes of Gaius and Justinian*, London, C.H. Ziegler ed., 1942.

LEANZA U., *La tradizione giuridico- marittima nel Mediterraneo: la condizione degli spazi marini ed il regime della navigazione nel Medioevo e nell'Evo moderno*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.250-251, pp. 254-256.

LEBRUN A., *La coutume. Ses sources, son autorité en droit privé*, Paris, Thèse, 1932, pp. 135 – 136.

LEONI B., *Il problema della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1940, p.7.

LEONI B., *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1940, p. 23; p. 67; pp. 73- 74; p. 77; p. 86.

LEONI B., *Per una teoria dell'irrazionale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1942, pp. 18-19.

LEONI B., *Norma, previsione e "speranza" nel mondo storico*, p. 133 ; p.136; p. 146; 147; 148 ; 150, in *Temi Emiliana*, n.4, 1943.

LEONI B., *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in *Rivista di Filosofia*, nn.1-2, 1947, p. 183.

LEONI B., *La libertà è legge*, Macerata, Liberilibri, 1994, pp. 168-169.

LEONI B., *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, p.112; pp.114-116; 186; 187; pp. 196- 198.

LEFEBVRE D'OVIDIO A., *Locazione di nave*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, IX, Torino, 1975, pp. 1040 ss.

LÉVI-STRAUSS C., *Le strutture elementari della parentela*, Milano, Feltrinelli, 1969, p.98; p.112.

LOBIANCO R., *Le regole di York e Anversa e la contribuzione alle avarie comuni*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 47.

LOMBARDI G., *Sul concetto di ius gentium*, Roma, Istituto di diritto romano, 1947, pp. 19-20.

LONGO M., *Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico*, in *Temi*, Milano,

- Giuffrè, 1949, p.526.
- LUNA GAMBOA E. M., *Tesi di Dottorato di Ricerca in "Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione"*, *L'avaria comune*, Università di Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, 25 Settembre 2008, p. 84.
- MAC DONALD R., "*Pour une reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle*", *Sociologie et Sociétés*, Paris, 1991, pp. 47-58.
- MAINE H. S., *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London, 1870, pp. 259-261, in P. GROSSI *Un altro modo di possedere, cit.*, p. 67.
- MALINOWSKI B., *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972, p.61, p. 91.
- MARCHETTI P., *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Milano, Giuffrè, 2001, p.20
- MARINI G., *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida Editori, 1978, pp. 74-134.
- MARLASCA O., *Quelques points de droit commercial et maritime dans la lex visigothorum*, in *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, n° XLVIII, 2001, p. 227.
- MARRÉ G., *Corso di diritto commerciale*, Firenze, Fraticelli e c., 1840, pp. 191-192.
- MASALA A., *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, pp. 19-21; p. 28; p. 29; p. 30; pp. 31-35 ; p. 37; p. 40 ; p. 42, nota 51; p. 43.
- MENGER C., *Il metodo della scienza economica*, Torino, Utet, 1937, p. 70; p.112.
- MICHAELS R., *Restatements*, Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press, pp. 1 ss.
- MOCCIA A., *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello in I giuristi e l'Europa*, Bari, 1997, pp. 41 ss.
- MONATERI P. G., *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 441.
- NEGRI A., *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1983, p.79.
- ORESTANO R., *Dietro la consuetudine, ora in: Id., Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 3-27, p.432.
- PESCATORE G., *Diritto della navigazione e principi generali*, in *Foro Italiano*, 1994, p. 434 ss.
- PIGA F., *Prassi amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, XXXIV, pp. 842-845.
- PIGLIARU A., *Il banditismo in Sardegna. Il codice della vendetta barbaricina*, Milano, Giuffrè, 1970.
- PIGLIARU A., *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, pp.62 ss.
- PORTALIS J. E., *Discours préliminaire du premier Project de Code Civil*, Ed. Confluences, 1999, p.15.
- PROTO M., *Ludwig von Mises e Friedrich August von Hayek, o del diritto e dell'individualismo metodologico*, in *Diritto ed economia*, a cura di Natalino IRTI, Padova, Cedam, 1999, pp. 3- 13.
- PUCHTA G. F., *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, Palm, voll. I e II, 1828, analizzato da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, 2008, vol. I, pp. 19 ss.
- PUKENIS R., *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana*, Soter, Journal of Religious Science, 2005, pp.176-177.
- PURPURA G., *La protezione dei giacimenti archeologici in acque internazionali e la Lex Rhodia del mare*, in *Tutela, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale subacqueo*, a cura di F. MANISCALCO, 2004, p.14.
- QUERCI F., *Il diritto marittimo fenicio*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1960, I, pp. 411 ss.
- REGNOLI O., *Sullo scioglimento delle partecipanze in Memoria per il Municipio di Medicina ai Ministri di Grazia e Giustizia e dell'Interno*, citazione di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive in Quaderni fiorentini*, n. 19, Milano, Giuffrè, 1990.
- RIGHETTI G., *Trattato di diritto marittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. I, tomo II, p.277.
- ROSS A., *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, pp. 93-94.
- ROUGÉ J., *Le droit de naufrage et ses limitations en Méditerranée avant l'établissement de la domination de Rome*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts a André Piganiol*, vol. III, Paris, 1966, pp. 1472 ss., in O. Marlasca, *Quelques points de droit commercial et maritime dans la lex visigothorum*, in *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, n° XLVIII, 2001, p. 227.

ROUHETTE G., *La doctrine de l'acte juridique: sur quelques matériaux récents* in *Droits*, n.7, 1988.

RUIZ A., *Storia del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1964, p. 146.

RUSCHI F., *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012, p.32, pp. 69-77.

RUSCHI F., *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Jura Gentium*, 2007, p.7, pp. 10-13.

SACCO R., *La proprietà*, in *Sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-68*, 1969, p. 38.

SACCO R., *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1969.

SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980, p. 3 ; p. 109.

SACCO R., *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010, pp. 22-24.

SAPIENZA R., *Diritto internazionale, casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 59-67.

SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Scialoja, Torino, Utet, 1886, I, p.43. I, p. 60.

SCHMITT C., *Il Nomos della Terra*, Milano, Adelphi, 1991, p.22, p.83.

SCHMITT C., *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in *L'unità del mondo e altri saggi*, citato da F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Jura Gentium*, 2007, p.7.

SCIALOJA A., *Sistema del diritto della navigazione*, Roma, Soc. Edit. Del Foro Italiano, 1933, vol. I, pp. 7 ss.

SCOVAZZI T., *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare, ne Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano, Giuffrè, 2007, pp.1-18.

SERRA A., *Dal codice del commercio al codice della navigazione in Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. TULLIO – M. DEIANA), Isdit Editrice, Cagliari, 1993.

SHAKESPEARE W., *Measure for measure*, Act II, Scene II in G. B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004.

SIROTTI GAUDENZI A., *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Torino, Utet, 2010, vol. II, p. 323.

STAHL P. H., *Antropologia sociale: la proprietà*, Milano, Jaca Book, 1997, pp. 61-62.

STEINWENTER A., *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, in *Studi in onore di Bonfante*, vol. II, Milano, Treves, 1930, pp. 419-441.

SUAREZ F., *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, Padova, Cedam, 2010, p. 200.

TARN W. W., GRIFFITH G. T., *Hellenistic civilisation*, London, Arnold, 1952, trad. it., G.

DAVERIO ROCCHI G., *La civiltà ellenistica*, Firenze, Nuova Italia, 1978, p. 176.

TOCCI M., *Sintesi storica delle fonti del diritto marittimo dall'antichità al medioevo*, in *Diritto dei trasporti*, 2002, vol. XV, p. 359, pp. 349 ss.

TOMMASI C., *La «libertà dei mari». Ugo Grozio e gli sviluppi della talassocrazia olandese nel primo Seicento in Scienza e politica. Per una storia delle dottrine*, 2010, pp. 35-40.

TOSORATTI C., *La locazione di nave*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, p.8.

TREVES R., *Ferdinand Tönnies e la teoria della comunità e della società*, in *Quaderni di sociologia*, 1963, pp. 3-24.

ULPIANO, *Digesta*, I, 1, 11, in R. PUKENIS, *Lo ius gentium nella giurisprudenza romana*, Soter,

VERNETTI, *L'influenza della Lex Rhodia de iactu sul diritto marittimo*, in *Atti del convegno internazionale di studi storici del diritto marittimo medioevale*, Napoli, 1934, pp. 245 ss.

VAN BYNKERSHOEK C., *De dominio maris, Lugduni Batavorum, 1737*, in F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt, cit.*, p.11.

VASQUIUS MENCHACHENSIS, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1595, libro II, cap. 39, parr. 36 e 39, citato da SCOVAZZI, *Libertà o dominio nell'evoluzione del diritto del mare, cit.*, p.14.

VIOLA F., *Ordine e autorità del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp.149-150, pp.131- 132; p. 142.

Voce: Règle (philo. géné.), in *Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophique. Dictionnaire, tome I*, Paris, 1990, p. 2208.

- VON HAYEK F. A., *Hayek su Hayek*, Firenze, Ponte delle Grazie, 1996, p. 105.
- VON HAYEK F. A., *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, Armando, 1988, p. 84; pp.85-86, pp. 88-90, p.100.
- Journal of Religious Science, 2005, p.176.
- VON HAYEK F. A., *Law, legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, trad. it. *Legge, Legislazione e Libertà: Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, 1986, Milano, Il Saggiatore, pp. 27; p. 49; p. 51; 53; 54; 58; 61; p. 315; p. 316.
- VON HAYEK F. A., *Perché non sono un conservatore*, Roma, Ideazione, 1997, p. 67.
- VON MISES L., *L'azione umana*, Torino, Utet, 1959, p. 41; pp. 691- 692.
- VON SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., V. SCIALOJA, Torino, Utet, 1886, vol. I, pp. 43-44.
- WEST M. D., *Legal Rules and Social Norms in Japan's Secret World of Sumo*, The journal of Legal Studies, University of Chicago Press, vol. XXVI, 1997, p. 165; 167; p. 168; p. 168, nota.
- WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, trad. it. FADDA e BENSA, Torino, Utet, 1930, I, p. 52, nota 2.
- XERRI SALAMONE A., *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 32-33, pp. 36- 39; p. 41- 42 ; p. 44, nota 25; p. 45; pp. 507-508; p. 517.
- XERRI SALAMONE A., *Consuetudini e tradizione nella formazione del diritto marittimo uniforme*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, n.108, 2009, pp. 29-30.
- ZENO R., *Influenze romane e bizantine nella formazione del diritto marittimo medioevale*, in *Associazione italiana di diritto marittimo*, Napoli, 1934, p. 292.
- ZICCARDI P., *La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche* in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 189 ss.
- ZITELMANN A., *Gewohnheitsrecht und Irrtum* in *Archiv für die civilistische Praxis*, LXVI, 1883, p. 362, richiamato espressamente da Bobbio alla nota 8 dell'opera *La consuetudine come fatto normativo, cit.*, p. 429.
- ZUNARELLI S., *Lezioni di diritto della navigazione*, Bologna, Libreria Bonomo, 2001, p. 56.

SITI INTERNET CONSULTATI

<http://culturauniversale.blogspot.it/2007/10/casi-e-sentenze-di-diritto.html>
<http://csusalvatorepuledda.org/viewtop>
http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21294/1/ADI_XVII_2001_09.pdf
<http://www.ebooksread.com/authors-eng/thomas-wemyss-fulton/the-sovereignty-of-the-sea-an-historical-account-of-the-claims-of-england-to-th-ala/page-17-the-sovereignty-of-the-sea-an-historical-account-of-the-claims-of-england-to-th-ala.shtml>
<http://www.icj-cij.org/docket/files/52/5561.pdf>
<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Gallo.pdf>
<http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/2598/3/CAPITOLO%20I.pdf>
http://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/600_2009_208_6513.pdf