

Valerio Gigliotti*

Consuetudine e osservanza: per il recupero di un fondamento del diritto comune

Abstract: The essay traces the evolution of the foundation of customary normativity in the theological and juridical sources of *ius commune* and then dwells on the related notion of 'observance', often neglected by historiography. The hermeneutic proposal consists in the recovery of a centrality of the customary dimension - as conceived in classical-scholastic thought and medieval practice - for the genetic phase of contemporary Law.

Keywords: History, Civil Law, Canon Law, Theology, Consuetudo, Observantia, Ius commune.

La consuetudine - è noto - esprime un tratto, performante e iconico al contempo, dello *ius commune* medievale; non di meno, tuttavia, può essere annoverata tra le componenti fondazionali di qualsiasi esperienza giuridica, non solo primitiva o storicizzata; la *consuetudo* è linfa della normatività che scorre all'interno della società medievale come di ogni società complessa, di ieri e di oggi, e la vivifica. Al contempo la consuetudine esprime, come ci ha insegnato per decenni magistralmente Paolo Grossi¹, la prima e più coerente dimensione di *fattualità* e *storicità* del diritto: nasce spontanea, dalla società, dal deposito etico, morale, culturale, spirituale di una comunità di persone, uomini e donne, che si autoregolamentano, si dotano di regole utili per il presente ma pensate e fatalmente vocate a inverarsi anche nel futuro, nel sempre.

Ogni ordinamento, storicizzato o vigente, che si regge su leggi scritte possiede al contempo una fonte non scritta riconducibile alla *consuetudo*, deposito di norme che si formano e si sviluppano spontaneamente nell'ordinamento e che non sono soggette al controllo autoritario del legislatore ma provengono e fanno parte della *traditio* (tradizione), ossia della vitalità dei rapporti giuridici che si generano, si trasformano e si estinguono nella società e per la società. In base a una definizione classica, la consuetudine si compone di due elementi, uno materiale (*l'usus* o *diuturnitas*) e un altro soggettivo (*l'opinio iuris ac necessitatis*), anche se oggettivamente verificabile. Per *usus* o *diuturnitas* si intende la reiterazione di un determinato comportamento da parte di una collettività; mentre *l'opinio iuris ac necessitatis* è, invece, la convinzione diffusa che quel comportamento sia non solo moralmente o socialmente, ma anche giuridicamente obbligatorio². Siamo quindi di fronte ad un *fatto*

* Professore associato di Storia del Diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

¹ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004¹¹.

² Nel nostro ordinamento la consuetudine può essere *secundum legem* («consuetudine secondo la legge»): è la consuetudine che opera in senso integrativo della norma di legge: ad esempio laddove si sforza di dare un significato particolare ad un elemento della norma per renderlo più adeguato agli usi locali o alle mutate esigenze sociali (consuetudine interpretativa); *praeter legem* («oltre la legge»): è quella consuetudine che disciplina un ambito non ancora disciplinato dalla legge; oppure *contra legem* («contro la legge»): è quella consuetudine che opera in direzione opposta al precetto legislativo non potendo così produrre effetti giuridici. Nel diritto civile l'art. 1 delle *Disposizioni sulla legge in generale* del vigente Codice Civile prevede che siano fonti della legge «1. Le leggi; 2. I regolamenti; 3. [*le norme corporative*, abrogato]; 4. Gli usi» e l'art. 8 così disciplina gli usi: «Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati». Perché la consuetudine possa essere utilizzata dal giudice occorre che sia pubblicata nelle raccolte ufficiali di enti ed organi a ciò autorizzati (art. 9 disp. preliminari al c.c.), ovvero sia provata la sua esistenza dal soggetto che in sede processuale ne ha interesse (art. 2697 c.c.). Laddove la consuetudine sia di tipo normativo potrà essere valutata ai sensi dell'art. 1340 c.c. come clausola d'uso del contratto, ove sussistano le volontà comuni, l'accordo dei contraenti in tal senso (art. 1374 c.c.). Nel diritto penale, invece, non sono contemplate la *consuetudo praeter legem* e *contra legem*. È infatti da escludere in modo assoluto che una consuetudine, operando in ambiti non coperti da legge, possa valere a configurare un fatto come reato in assenza di una legge che operi in tal senso: ciò in osservanza del principio di legalità sancito a livello costituzionale dall'art. 25, comma 2, della Costituzione italiana. A maggior ragione qualora una norma penale cada in disuso – perché raramente o mai applicata – essa rimarrà pur sempre in vigore, anche in virtù del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale; essa può, al più, essere indice di mutati

normativo che pre-esiste rispetto alla legge e che è intrinsecamente regolatore della società, ossia per richiamare la nota definizione di Norberto Bobbio «non è un atto o complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo»³. Quindi il fatto consuetudinario si presenta quale elemento definitorio del diritto stesso, non c'è diritto senza consuetudine. Occorre tuttavia prestare molta attenzione per non cadere nell'equivoco di considerare diritto la consuetudine «quando viene messa per iscritto»: al contrario la consuetudine non scritta, in quanto tale, è già diritto, anzi è - per utilizzare l'ormai tipico prestito dal linguaggio della biologia - il 'DNA' del diritto, in quanto crea rapporti giuridici anche senza che essa venga tradotta in una legge scritta, anche quando non sarà mai scritta.

Per comprendere meglio questa natura *genetica* della consuetudine per l'esperienza giuridica occidentale – comune sia ai sistemi di *Civil Law* che a quelli anglosassoni di *Common Law*, oltre che a molte altre culture non occidentali – dirò subito che occorre rintracciare il suo statuto nella dimensione *etica* con cui la consuetudine si è affermata nel medioevo, in particolare ad opera del Cristianesimo e del pensiero dei Padri della Chiesa. La norma etica è, per definizione, norma consuetudinaria, si forma nella cultura e nel tessuto sociale di una comunità e come tale viene tramandata; non può non essere immediatamente visibile la medesima valenza per la norma giuridica consuetudinaria che è un comportamento ripetuto nel tempo, condiviso da una comunità e riconosciuto dai suoi membri come vincolante e pertanto *osservato* da essi.

Risulta da subito evidente che il nodo da sciogliere per comprendere la configurazione della consuetudine risiede nel rapporto - rapporto, non opposizione! - tra *consuetudo* e *lex*, quindi tra uso (*mos, mores* che indicano gli usi primitivi non ancora costituiti in fatti consuetudinari) e legge positiva, o ancora tra spontaneità della consuetudine e formalizzazione di essa. Come ricorda ancora Paolo Grossi però «tra *lex* e *consuetudo* non v'è quell'abisso concettuale e formale che il volontarismo moderno vi ha sopra costruito; la *consuetudo* è una *lex* in potenza, e la *lex* è una consuetudine certificata e sistemata; l'una e l'altra in continua osmosi»⁴. Tuttavia, come sempre e men che mai in questo contesto, non è opportuno astrarre troppo un modello, in quanto tradirebbe la stessa natura della normatività a base consuetudinaria, che è per sua definizione *storica* e *storicizzata*, ossia incompressibile in una definizione univoca ma che deve essere sempre contestualizzata in base alla comunità che ha prodotto la consuetudine e al periodo storico a cui ci si riferisce.

Un primo esempio, richiamato anche da Francesco Calasso⁵, riguarda le due importanti definizioni di consuetudine che compaiono nel diritto romano tra III e V secolo. La prima è fornita da Salvio Giuliano, giurista di età adrianea (II sec. d.C.) che esaltava la consuetudine al di sopra della *lex* perché «poteva essere approvata dal popolo senza alcuna forma scritta» e aveva fondamento «nella realtà stessa e nei fatti»⁶ e inoltre aveva sottolineato che la legge stessa potesse essere abrogata con il tacito

rapporti sociali che auspicano l'abrogazione delle norme cadute in desuetudine da parte del legislatore. È invece ammissibile la *consuetudo secundum legem*: ad essa è attribuita una sia pur limitata applicazione poiché, risolvendosi in una consuetudine interpretativa, non è giuridicamente vincolante in quanto muta con il mutare del tempo e dell'ambiente. Parte della dottrina osserva come il mutare di una *consuetudo secundum legem* in sede penale possa talvolta risolversi, di fatto, in una modifica retroattiva *in malam partem*. Nel diritto internazionale, invece, la consuetudine è ritenuta fonte di rango primario: essa è, infatti, posta al vertice della gerarchia delle fonti del diritto internazionale. Tale primazia si assume soltanto in termini logici, non avendo alcun valore giuridico; è però anche fonte di diritto generale: vale a dire come una norma che viene applicata a tutti gli stati indipendentemente dalla loro adesione alla consuetudine. L'ordinamento giuridico italiano contiene una norma che consente automaticamente l'ingresso delle consuetudini internazionali nel diritto italiano, con efficacia vincolante e pari a quella della Costituzione (art. 10 cost.).

³ N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942, p. 31.

⁴ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit. p.90.

⁵ F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 182-183.

⁶ D. 1, 3, 32, 1: «Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus provabit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragium legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur» (La consuetudine immemorabile è a ragione osservata come se fosse legge: essa è la legge che diciamo costituita dagli usi. Poiché, visto che la sola ragione per cui anche le leggi scritte ci vincolano è che sono state accettate dall'opinione del popolo, è anche giusto che le regole che il popolo ha accolto senza che vi fosse alcuno scritto siano vincolanti per tutti. Che cosa importa, infatti, se il popolo dichiara la sua volontà

consenso ‘di tutti’, ossia per *desuetudine*, sottolineando così non solo la forza costitutiva ma anche estintiva di diritto della prassi consuetudinaria. La seconda fonte proviene invece dall’imperatore Costantino che, in una costituzione del 319 d.C., sovvertiva il sistema delle fonti:

L’autorità della consuetudine e dell’uso di antica data non sono privi di autorità, ma non sono tuttavia destinati a valere fino al punto di prevalere sulla ragione, o sulla legge.⁷

Entrambe le opinioni, evidentemente, confluirono nella compilazione di Giustiniano, la prima nel *Digesto*, la seconda nel *Codice*, destinate pertanto alla ricezione nel medioevo attraverso i *Libri legales*. È ben intuibile quindi, l’imbarazzo in cui si trovarono i primi glossatori bolognesi - quasi ossessionati dalla ricerca di coerenza e non contraddizione delle fonti all’interno dei *Libri legales* - nel trovarsi a dover interpretare due fonti di segno opposto su un tema così delicato.

La dialettica tra *lex* e *consuetudo*, che costituisce un tema su cui bene si manifesta l’influenza delle tre componenti del diritto comune – romanistica, germanistica e canonistica⁸ - perviene all’attenzione dei giuristi medievali, attraverso la mediazione dei Padri della Chiesa, da una ben più risalente riflessione del mondo classico, a conferma ulteriore della profonda continuità tra età classica ed età medievale.

Mi limito a citare tre testi che affrontano questo problema nel corso dell’antichità greco-latina. Il primo è tratto dal libro II della *Politica* di Aristotele in cui il Filosofo, affrontando il tema della modificabilità delle leggi (*nómoi*) rispetto alle arti (*téchnai*) sostiene che è assai più complesso modificare le prime, in quanto esse per poter essere rispettate «non possiedono altra forza all’infuori della consuetudine (*ēthos*)» e conclude sostenendo che la modificazione frequente della legislazione produce, infine, un indebolimento della legge stessa⁹.

La superiorità della consuetudine rispetto alla *lex* è anche riconosciuta da Seneca, che in un passo del *De beneficiis* riconosce che molte situazioni che non sono disciplinate dalla legge trovano una valente regolamentazione nella *consuetudo*¹⁰. Infine Cicerone, in due luoghi del *De inventione*, riconosce come la consuetudine sia il primo e fondamentale ordinamento della realtà, che solo successivamente la legge e la *religio* portano a una formalizzazione¹¹.

Con la crisi e poi la drammatica fine dell’Impero Romano d’Occidente, nel 476 d.C., com’è noto l’Italia diverrà frammentata e contesa tra i continui passaggi e dominazioni delle popolazioni germaniche e i tentativi di riconquista di Bisanzio. Il venire meno dell’unità giuridica garantita dall’Impero offriva un terreno particolarmente fertile per il germinare di una normatività

con comportamenti concludenti anziché con comportamenti formalizzati? Con fondatissimo motivo è stato quindi anche accolto il principio per cui le leggi vengono abrogate non solo per voto del legislatore, ma anche per consenso tacito, attraverso la *desuetudine*)

⁷ C. 8, 52 [53], 2: «Consuetudinis usque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem».

⁸ Su questo tema è in corso di pubblicazione un saggio monografico a cura di chi scrive.

⁹ Aristotele, *Politica*, II, 8, 1269^a, ed. it. A cura di C.A. Viano, Milano 2002, pp. 188-189: «Ed è ingannevole riferirsi alle arti, perché non è la stessa cosa modificare un’arte e la legge, dal momento che la legge, per farsi obbedire, non ha altra forza che il costume, il quale si forma solo con il trascorrere di un lungo periodo di tempo: perciò passare facilmente dalle leggi vigenti a leggi nuove finisce con l’indebolire la legge».

¹⁰ Seneca, *De beneficiis*, V, 21: «Multa legem non habent nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae omni lege valentior dat aditum».

¹¹ Cicerone, *De inventione*, II, 22, 65: «Nunc huius generis praecepta videamus. Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem»; *ivi*, II, 53, 160: «Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt: postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit». Il secondo passo è riportato come fonte anche da S. Tommaso nella *Summa Theologica*, Ia-IIae, q. 90, a. 3. Co.

consuetudinaria. Mentre nella parte orientale dell'Impero si addiveniva gradualmente alla grande risistemazione del diritto con la compilazione giustiniana, nei territori controllati dai bizantini in Italia il diritto scritto cadeva progressivamente in disuso, e anche dopo l'estensione ai territori occidentali della vigenza del *Corpus Iuris Civilis*, con la *Pragmatica sanctio* del 554, com'è noto l'applicazione della legislazione giustiniana non ebbe grande fortuna, sia per la lontananza dell'Impero sia per la complessità della situazione politica e sociale che si configurava nei territori¹².

Al contrario, ad operare con un «lavorio silenzioso, difficilissimo a cogliersi nelle carte private di questi secoli», com'ebbe a ricordare Calasso, fu in questo periodo proprio la consuetudine che spesso viene indicata nelle fonti con la «misteriosa endiadi»¹³ «*secundum legem et consuetudinem Romanorum*» che molto ci racconta sulle modificazioni che la *lex* progressivamente andava subendo ad opera delle consuetudini. Nei territori longobardi, invece, la situazione, pur essendo differente sul piano organizzativo, giunge ad esiti applicativi della norma assai simili. Una caratteristica della componente germanistica del diritto occidentale è, com'è noto, il criterio di vigenza della 'personalità della legge' che tuttavia non sempre equivaleva ad una contemporanea applicazione di leggi diverse, in base all'appartenenza dei soggetti ad una determinata etnia, nello stesso rapporto o negozio; in alcuni casi inevitabilmente una legge doveva prevalere sulle altre¹⁴. I dissidi di applicazione dell'una legge sull'altra vennero progressivamente sanati con una lenta prassi che autorizzava i contraenti a discostarsi dalla propria legge e ad applicarne un'altra nell'atto di compiere il negozio o di stipulare un contratto. E proprio dal re longobardo Liutprando ci giunge, nel 727 d.C., la conferma di un riconoscimento ufficiale di questa prassi, che legittimò anche le *professiones iuris*, con l'unico limite che entrambe le parti fornissero il consenso all'applicazione del cambio di legge e che tale consenso fosse volontario¹⁵.

Con la dominazione franca prima e il costituirsi del Sacro Romano Impero poi (sec. VIII-IX) l'affermazione consuetudinaria quale prassi di scostamento dai sistemi normativi della propria *natio* di appartenenza si incrementò ulteriormente. L'Impero favorì una maggiore compenetrazione di culture e la migrazione delle popolazioni comportò un diffondersi della prassi di creazione di consuetudini nuove sempre più spesso disancorate dal mero criterio di appartenenza alla propria *natio*; il che legittimava l'Imperatore ad inviare i propri *missi dominici* affinché «indaghino presso i singoli quale legge della propria stirpe applichino» e a verificare «che ogni persona osservi pienamente la propria legge»¹⁶.

In altri termini è proprio nella dimensione quotidiana, fattuale, reale e pratica che un nuovo tessuto giuridico, eminentemente consuetudinario, si fa strada oltre il formalismo delle norme del diritto romano – ormai inapplicato – e degli stessi diritti germanici, a loro volta di matrice orale e consuetudinaria. Siamo, in un certo senso, al cospetto di un primo nucleo del *diritto comune*, che viene favorito dalle necessità della prassi in cui ogni popolazione, i romani come i germani, arretravano – per alcuni negozi – dalla stretta applicazione delle proprie norme per applicarne altre più efficaci, comunemente scelte.

La più compiuta ed incisiva creazione dell'edificio consuetudinario medievale si innesterà però su un terreno che coniuga rapporti tra privati e dimensione 'pubblica', ossia il feudo. Come è noto l'unione dell'elemento personale (*vassallaggio*) e dell'elemento reale (*beneficium*) - con tutte le conseguenze sul piano dei diritti (*immunità*) - trova origine in tradizioni che ritroviamo negli usi sia

¹² F. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., p. 184. Si vedano anche pp. 183 ss. per il tema in generale.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Validissimi gli esempi riportati da Calasso sulla prevalenza della legge del pupillo nel rapporto di tutela; o a quella del *de cuius* in materia successoria, del tradente nella *traditio*, del convenuto nel processo. Nel diritto civile, in materia contrattuale, la regola era che ciascuno si obbligava secondo la propria legge, mentre in ambito penale la pena era inflitta secondo la legge del reo ma il risarcimento del danno (composizione della pena) era regolata dalla legge dell'offeso.

¹⁵ Liutprando 91: « Et si quisquam de lege sua subdescendere voluerit et pactiones aut conventiones inter se fecerint, et ambae partes consenserint, istud non imputetur contra legem, quia ambae partes voluntarie faciunt; et illi qui tales cartulas scribent, culpabiles non inveniantur esse».

¹⁶ MGH, *Leges*, II, *Capitularia Regum francorum*, I, 25, 5: «per singulos inquirant qualem habeant legem ex nomine»; «ut unisquisque homo suam legem pleniter habeat conservatam».

romani che germanici: l'*albero* del feudo affonda infatti le proprie radici nella consuetudine e cresce e si sviluppa mediante una linfa consuetudinaria. L'istituto del feudo genera non solo una nuova forma di consuetudine, che nasce dall'incontro di diverse tradizioni, ma pone i fondamenti per una nuova concezione dei rapporti personali, sociali e pubblici. La dimensione territoriale, governata dai rapporti tra signore e vassalli, che nasce 'dal basso' per rispondere ad esigenze di sicurezza e di organizzazione spontanea dei rapporti sociali ed economici in una situazione di estrema frammentazione politica, si sottrae alla sfera di influenza di un'autorità centrale – quale potrebbe essere il re o lo stesso imperatore. Si badi, formalmente il vincolo di rapporti feudali poteva essere ben saldamente ancorato alle gerarchie verticali – si pensi alle infeudazioni imperiali nei territori del Sacro Romano Impero o alla lotta per le investiture - ma *nei fatti* erano le creazioni consuetudinarie che informavano le nuove tipicità e le figure giuridiche. A riprova di tale assunto basti richiamare l'estrema povertà di norme scritte di provenienza imperiale che disciplinino questa materia. Occorrerà risalire alla fine del sec. IX per incontrare i primi capitolari imperiali dedicati a disciplinare i rapporti feudali e anche in questo caso spesso essi giungevano a ratificare situazioni *di fatto* già costituitesi in diritto per via appunto consuetudinaria¹⁷.

Anche nel periodo carolingio si era tentato, in realtà, di 'legificare' la consuetudine. Ricordo solo i due più noti interventi attribuiti a Pipino il Breve e Carlo Magno che richiamano quanto in effetti già Costantino aveva tentato di attuare, ossia riconoscere in qualche misura una superiorità della *lex* rispetto alla *consuetudo*. Il testo di Pipino, riportato nel *Capitulare Italicum* richiama una netta superiorità della norma positiva sulla consuetudine, ridotta a mera fonte sussidiaria:

Si osservi che, laddove manchi una *lex*, la consuetudine prevale, ma nessuna consuetudine può essere sovraordinata alla *lex*¹⁸.

Il frammento attribuito a Carlo Magno è invece del seguente tenore:

La lunga consuetudine che non sia di ostacolo alla pubblica utilità sia osservata come *lex*, e quelle [consuetudini] che sono osservate da lungo tempo siano conservate¹⁹.

I due requisiti richiesti in questo caso perché la consuetudine sia recepita come *lex* sono dunque l'osservanza di lunga durata nel tempo (*longa consuetudo*) e la necessità che essa non contrasti con le esigenze di pubblica utilità.

Come era accaduto per la costituzione di Costantino, anche per il mondo germanico l'esito è il tentativo di comprimere la consuetudine in una norma positiva, una *lex* che meglio esprima il controllo del legislatore centrale. Tuttavia, il fiume della consuetudine scorreva talmente impetuoso nella società altomedievale che gli argini della normatività legificante non furono in grado di contenerlo e *de facto*, nei *fatti* e nella prassi, essa continuò ad informare la *civitas* medievale. Occorre ora tentare di individuare il fattore determinante di tale resistenza e osservare quali furono le reazioni della scienza giuridica, civilistica e canonistica, al fenomeno consuetudinario, dopo il cosiddetto 'rinascimento' del sec. XI.

¹⁷ Del resto fa parte della dialettica sopra citata tra *lex* e *consuetudo*, anche in epoca longobarda, il tentativo di 'legicizzare' la consuetudine con una norma positiva di emanazione regia. Ad esempio si richiama il noto capitolo 77 di Liutprando in cui il legislatore avverte che ha voluto «fissare in un editto» («adfigere in edictum») una norma «nonostante i giudici e le persone fidate del re avessero detto che l'antica consuetudine (*cawarfida*) fosse tale già da sempre»: «omnes iudices et fideles nostri sic dixerunt, quod *cawarfida* antiqua usque nunc sic fuisset».

¹⁸ MGH, *Capitularia regum Francorum*, I, 95, 10 (= *Capitulare Italicum*, cap. Pipini, 33): «placuit inserere, ubi *lex* deest, praecellat consuetudo, et nulla consuetudo superponatur legi».

¹⁹ MGH, *Capitularia regum Francorum*, I, p. 220: «ut longa consuetudo, quae ad utilitatem publicam non impedit, pro lege servetur, et quae diu servatae sunt permaneat».

Dirò subito che il fondamento per una teoria della consuetudine nell'alto medioevo pervenne dall'etica cristiana e dalla riflessione dei Padri della Chiesa e fu poi sviluppata dai giuristi canonisti (decretisti), più che non dall'elaborazione dei civilisti.

E questo è facilmente intuibile se si tiene presente il contesto istituzionale profondamente frammentato di questi secoli in cui la Chiesa funzionò da garante e da aggregante culturale e sociale, oltre che spirituale e religioso. Inoltre, dopo il recupero dello studio dei testi giustinianeî, che in qualche modo riprendevano il tema del fondamento di validità della consuetudine, basato sull'approvazione dell'Imperatore (*consensus imperatoris*) più che sul consenso del popolo (*consensus populi*), ormai meno significativo nel contesto dei secoli XI-XII, l'apporto dei glossatori prima e dei commentatori poi all'elaborazione del concetto di consuetudine fu soprattutto di carattere tecnico-formale. Con la preoccupazione principale di sanare le antinomie dei *libri legales*, i glossatori elaborano una casistica minuziosa e complessa finalizzata a ricomprendere tutte le possibili accezioni terminologiche dei lemmi *mos*, *mores*, *usus*, *consuetudo* e nel declinarne le diverse strutture genetiche e le conseguenti applicazioni pratiche. Vengono così discusse le possibili varianti del rapporto tra *lex* e *consuetudo* (*contra, praeter e secundum legem*), il problema del *consensus omnium* o *maioris partis populi*, il tema del tipo di atti o del tempo necessario alla formazione o all'estinzione della consuetudine, la necessità o meno della pronuncia giudiziaria per accertarne l'esistenza, o l'onere incombente sulle parti per provarla. Il lungo lavoro dei glossatori prima e dei commentatori poi su questi temi, insieme all'apporto fornito anche dalla dottrina canonistica in proposito, portarono alla formazione di una compiuta teoria romano-canonica della consuetudine che tuttavia, come fu già segnalato da avveduti maestri della storia giuridica²⁰, nel momento stesso in cui raggiungeva una sua sistematicità, condannava la fonte consuetudinaria ad un inevitabile irrigidimento, quasi giungendo ad assimilarla alla *lex* mediante l'elaborazione della finzione del *consensus tacitus* o altre soluzioni fittizie che assimilavano il processo formativo della consuetudine a quello della *lex*²¹.

Per cercare di recuperare invece il carattere di spontaneità che portò la consuetudine a rivestire quel ruolo pervasivo nella cultura e nella prassi giuridica medievali - proprio in quanto fluido che permea i pori più profondi di quella società - occorre transitare dal piano normativo tecnico-giuridico al piano normativo etico offertoci dalla componente cristiano-canonistica del diritto occidentale.

Senza dubbio è ad Isidoro di Siviglia che si deve la posizione delle fondamenta della riflessione cristiano-canonistica sulla consuetudine. Il passo delle *Etymologiae* (II, 10, 2) - che ispirò il *Capitulare Italicum* e poi fu recepito dal *Decreto* di Graziano - è il seguente:

La consuetudine (*consuetudo*), poi, è una forma di diritto che si fonda sugli usi (*mores*), ed ha forza di legge (*lex*) quando questa manchi. E fa poca differenza, se essa consista di elementi materiali di scrittura ovvero sia soltanto un fatto puramente razionale, quando sia la ragione (*ratio*) ad avvalorare la forza di legge. Si considererà legge tutto ciò che consisterà di elementi razionali (*quod ratione consisterit*), purché sia congruo alla religione, sia conveniente all'obbedienza (*disciplina*), giovi alla salvezza. La si chiama consuetudine perché essa rientra nell'uso comune (*in communi usu*)²².

Definizione complessa e ricca di profonde significanze che indicano come S. Isidoro abbia utilizzato come fonte non tanto il *Digesto*, quanto le compilazioni scolastiche e le fonti classiche, e da qui i forti echi patristici che risuoneranno, ovviamente, nel *Decretum* di Graziano. Procediamo con ordine.

²⁰ Cfr. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 199 ss; L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina di giuristi dei secoli XII-XV*, Milano 2001, pp. 19-24.

²¹ Per una compiuta e sistematica riflessione su questi aspetti si rinvia a E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Introduzione di E. Conte, A. Fiori, L. Loschiavo, M. Montorzi, II, Senato della Repubblica 2020, pubblicazione in formato elettronico, www.senato.it/pubblicazioni, pp. 107 ss.

²² S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, II, 10, 2 (= V, 3, 3): «Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quo pro lege suscipitur, cum deficit lex. Nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat, porro si ratione lex consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi usu est»

Se anticipiamo di qualche riga (*Etymol.* II, 10, 1) la nota definizione isidoriana, senza estrapolarla come spesso avviene dal contesto, potremo trovare l'articolazione del ragionamento che fonda le conclusioni:

La differenza che rileva tra la legge (*lex*) e gli usi (*mores*) è la seguente: che la legge è scritta, l'uso invece è una consuetudine (*consuetudo*) osservata da tempo immemorabile, o anche una legge non scritta (*lex non scripta*). Infatti la legge prende tale nome dal fatto che viene letta, poiché è scritta²³.

E nel libro V delle *Etymologiae* S. Isidoro ribadisce con forza l'assunto:

Tutto il diritto consiste nelle leggi (*legibus*) e negli usi (*moribus*). La legge è una norma scritta. L'uso è una consuetudine (*consuetudo*) osservata da tempo immemorabile, o legge non scritta. Infatti la legge prende tale nome dal fatto che viene letta, poiché è scritta²⁴.

Il vescovo di Siviglia identifica quindi la *lex* con la norma scritta e i *mores* (o consuetudine) con la norma non scritta. Non si riesce tuttavia a cogliere la motivazione per cui a conclusione del discorso, S. Isidoro non riconosca nella scrittura o meno l'elemento che differenzia la legge dalla consuetudine, ma anzi quasi con un'apparente contraddizione, esse vengano equiparate nel loro fondamento comune, ossia la *ratio*. Tuttavia per sanare questa apparente antinomia occorre tenere presente qui l'influenza capitale che ebbe l'opera di un altro grande Padre della Chiesa sulla teoria isidoriana della consuetudine: l'apologista cartaginese Tertulliano (155 ca – 230 ca). In un'opera scritta nel suo periodo «montanista», il *De corona*, possiamo leggere un'interessante osservazione sulla consuetudine:

Alla consuetudine (*consuetudo*), d'altra parte, anche nelle questioni di diritto civile si riconosce forza di legge (*lex*), quando la legge manca, e non fa differenza che essa consista in un testo scritto o nella ragione (*ratio*), visto che anche la legge trova nella ragione il suo fondamento. Ma se la legge poggia sulla ragione, sarà legge allora tutto ciò che consisterà nella ragione, da chiunque sia stato prodotto. O non reputi che a ogni fedele sia lecito concepire e stabilire una regola – purché essa sia conforme a Dio, utile alla disciplina e vantaggiosa alla salvezza – quando il Signore dice: «D'altra parte perché non giudicate anche da voi stessi ciò che è giusto?» [*Lc* 12,57], e non solo su decisioni giudiziali, ma su ogni decisione relativa ad argomenti da esaminare? [...] Ora tu, questa ragione, pretendila, nel rispetto della tradizione, chiunque sia la persona da cui la tradizione ha origine, e considera non l'autore, ma la sua autorità, e specialmente quella della consuetudine stessa. Essa va rispettata per questo motivo, nell'auspicio che vi sia chi ne sappia spiegare la ragione, di modo che, se Dio concede anche questa, tu possa allora capire non se devi osservare la consuetudine, ma perché la devi osservare²⁵.

Il passo è di capitale importanza in quanto pone quale criterio di validazione della consuetudine proprio la *ratio*, così come avviene del resto per la *lex*; inoltre riconosce la consuetudine solo nei casi in cui manchi la *lex*. Anche nel diritto romano si potevano incontrare queste definizioni, ma il significato è qui profondamente differente su un piano ermeneutico. In particolare viene qui

²³ S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, II, 10, 1: «Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est».

²⁴ S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, V, 3, 1-2: «Omne autem ius legibus et moribus constat. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est».

²⁵ Tertulliano, *Liber de corona militis*, 4, 5-7: «Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur, cum deficit lex, nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit a quocumque productum. An non putas omni fideli licere concepere et constituere, dumtaxat quod Deo congruat, quod disciplinae conducatur, quod saluti proficiat, dicente Domino: 'Cur autem non et a vobis ipsis quod iustum iudicatis?' [...]. Hanc nunc exostula salvo traditionis respectu, quocumque traditore censetur, nec auctorem respicias, sed auctoritatem, et in primis consuetudinis ipsius quae propterea colenda est ne non sit rationis interpres, ut, si et hanc Deus dederit, tunc discas non an observanda sit tibi consuetudo, sed cur».

chiaramente esplicitato il significato teologico di *ratio* (ragione) che influenzerà tutto il diritto medievale. *Ratio* indica qui la piena adesione alla volontà e autorità normativa divina, ossia alla verità (*veritas*). Sempre Tertulliano, in un passo dell'opera *De virginibus velandis*, aveva riconosciuto che Cristo stesso si era definito come «Verità» (*veritas*: Gv 14,6) e non come «consuetudine», e concludeva quindi che qualunque cosa contraria alla verità è da considerarsi errore, «eresia»²⁶, e la consuetudine non faceva eccezione.²⁷ Anche S. Agostino, del resto, aveva sottolineato l'imprescindibile legame trinomiale tra ragione, verità e consuetudine: «la ragione e la verità debbono essere preferite alla consuetudine [...] perciò una volta che la verità si sia manifestata, la consuetudine le deve cedere il passo»²⁸.

Tornando ora al passo di S. Isidoro di Siviglia possiamo meglio comprendere perché l'accento differenziale tra *consuetudo* e *lex* costituito dall'essere la norma redatta o meno in forma scritta scompaia per cedere il passo ad un nuovo criterio: la corrispondenza o meno al principio di ragione, ossia di verità. Per la Chiesa e la sua tradizione patristica tanto una legge quanto una consuetudine *irrazionali* non si costituiscono in *ius* ma sono un errore, una *heresis* o *corruptela*, ossia una deviazione dalla verità.

Ancora una volta abbiamo sotto gli occhi una evidenza inconfutabile della profonda influenza che la norma, nel diritto medievale, si configura come *norma a due dimensioni*, etica e giuridica, inscindibili tra loro e che tale morfologia è costitutiva stessa del fenomeno giuridico in generale, di allora di oggi di sempre.

Le acquisizioni dei Padri della Chiesa non potevano non confluire tra le *auctoritates* fonti delle compilazioni canoniche, tra cui quella di S. Ivo di Chartres (1040-1115), il quale in un passaggio di una *lettera* scrive:

È evidente dalla plurima autorità dei Padri della Chiesa che la consuetudine sia da osservare quando non è contraria alla legge²⁹.

E la prima fonte che Ivo cita è ovviamente S. Agostino:

in quelle cose per cui nulla di certo è stabilito dalla Sacra Scrittura, gli usi del popolo di Dio (*mos populi Dei*) e le consuetudini degli antichi (*instituta maiorum*) devono essere osservati come norma (*pro lege*)³⁰.

Com'è noto fu con l'opera di Graziano che il diritto canonico si diede uno statuto di 'scientificità', adottando il metodo logico-dialettico con il precipuo intento di riorganizzarne sistematicamente le fonti. Vedremo allora il passo di S. Isidoro sopra riportato essere recepito quale fonte per la definizione di consuetudine nella *Distinctio I* del *Decretum* da Graziano stesso, il quale nel suo *dictum* poteva legittimamente concludere:

quando [Isidoro] afferma che 'la consuetudine non si stabilisce sulla base della scrittura ma della *ratio*' è evidente che intende che la consuetudine può essere in parte redatta in forma scritta e in parte essere

²⁶ Lo stesso concetto lo troviamo espresso in S. Cipriano, *Epistola ad Pompeium*, IX, PL 3, 1134: «consuetudo sine veritate vetustas erroris est».

²⁷ Tertulliano, *De virginibus velandis*, I, 2-3: «Sed dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit. Si semper Christus et prior omnibus, aequae veritas sempiterna et antiqua res. Viderint ergo, quibus novum est, quod sibi vetus est. Haeresis non tam novitas quam veritas revincit. Quodcumque adversus veritatem sapit, hoc erit haeresis, etiam vetus consuetudo».

²⁸ S. Aurelio Agostino, *De baptismo contra donatistas*, 4, 5 e 3, 6, PL 43, 157 e 143: «ratio et veritas consuetudini praeponenda est [...] itaque veritate manifestata cedat consuetudo veritati».

²⁹ Ivo di Chartres, *Epistolae*, 79, PL, 97: «de tenenda autem consuetudine, quae legi non obsistit, plurima Sanctorum patrum extat auctoritas».

³⁰ S. Aurelio Agostino, *Epistola 36, Casulano presbytero*, 1, 2, PL 33, 136: «In his enim rebus, de quibus nihil certi statuit divina scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt».

riservata ai soli usi osservati dai consociati. Quando è redatta in forma scritta si chiama legge (*constitutio*) o diritto (*ius*); quando non è redatta in forma scritta si chiama, in generale, consuetudine (*consuetudo*)³¹.

Occorre sottolineare come i sostantivi scelti da Graziano per indicare la consuetudine redatta in forma scritta non annoverino quello di *lex* ma siano *constitutio* e *ius*, due lessemi evidentemente di più ampio respiro che informano tutta la civiltà giuridica occidentale. Come acutamente chiosava Paolo Grossi se è vero che la consuetudine nasce in una comunità e di tale comunità (civile o religiosa che sia) è espressione, è parimenti vero che essa «tende a proiettarsi su una terra fino ad immedesimarsi e a diventarne il carattere giuridico»³². Ma se la situazione territoriale e politica del medioevo è, com'è noto, confusa e instabile, la consuetudine quale veicolo di valori, principi morali e religiosi, di una normatività etica *con-divisa*, diventa elemento intrinsecamente costitutivo di un tessuto connettivo giuridico che proietta l'ordine di una comunità sul più ampio orizzonte di un territorio, di una cultura e di una civiltà. Diventa, in qualche misura la *costituzione* del primo Medioevo, intesa non come documento formale e scritto, ma come «tessuto di regole non scritte ma vincolantissime perché attingono immediatamente ai valori riposti di una società. Sì, *costituzione* perché *constituisce* le diverse comunità socio-politiche, dà loro stabilità e fisionomia peculiare»³³.

Tuttavia ai primi decretisti il passo di S. Isidoro recepito poi nel *Decretum* creava non pochi problemi interpretativi, in quanto la confluenza di più fonti nella definizione di consuetudine non chiariva in quale rapporto si posizionassero i *mores* con la *consuetudo* e con la *lex*. Senza poter ripercorrere in questa sede il lungo lavoro interpretativo dei canonisti³⁴ su questi testi mi limiterò ad osservare come in due opere esegetiche coeve, di ambiente francese, la *Summa parisiensis* (1160 ca) e la *Summa* di Stefano di Tournai (1160-1170 ca) si attesti un elemento nuovo che diverrà fondamentale per la compiuta fondazione di una teoria della consuetudine. Nei testi di commento al *Decretum* emerge infatti che al di sotto dei *mores* e della *consuetudo*, sia pure considerati nell'accezione semantica più ampia che li riconosce entrambi come *ius*, come diritto, affiora in trasparenza il «fatto consuetudinario», costituito dalla dimensione insieme etica e pratica degli usi, dei comportamenti e delle credenze di coloro, uomini e donne, che vivono quotidianamente i problemi, le difficoltà, le necessità della comunità in cui si collocano; norme che esprimono quindi, sotto il profilo antropologico, la dimensione umana, spirituale e attiva al contempo, di una civiltà³⁵.

Se però i decretisti giungevano, soprattutto con Ugucione da Pisa prima e Giovanni Teutonico poi, a risolvere i problemi esegetici legati alle fonti isidoriane nel *Decretum*, fu solo grazie al confronto con i testi dell'Aristotele maggiore che la scienza giuridica poté addivenire alla compiuta e pacificata ricezione della pienezza della fonte consuetudinaria. Ovviamente il catalizzatore di tali correnti sapienziali fu S. Tommaso d'Aquino (1225-1274), per il quale, nella teoria degli «atti umani» condotta nella Ia IIae della *Summa Theologica*, evidenti appaiono gli apporti teorici del dibattito decretistico. Affrontando la distinzione tra virtù morali e intellettuali, nella *quaestio* 58, art. 1 troviamo esposto, proprio in apertura, il seguente argomento:

Sembra che ogni virtù sia una virtù morale. Infatti:

³¹ Gratianus, *dictum* ad D. 1,5 : «Cum itaque dicitur: 'non differt, utrum consuetudo scriptura, vel ratione consistat,' apparet, quod consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reservata. Quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine, consuetudo videlicet, appellatur».

³² P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 24.

³³ *Ivi*, p. 25.

³⁴ Per cui rinvio, anche per la dovizia di fonti a L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., pp. 29-43.

³⁵ Stefano di Tournai, *Summa*, ad D 1, 4, in *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, ed. J.F. Schulte, Giessen 1891, p. 9: «*longa consuetudo*, id est ius tractum ex longa consuetudine utentium. *de moribus*, id est assiduis usibus vel cohabitantium moderatis actibus, unde et compositos affectus vel actus hominum bonos mores appellamus».

1. La virtù morale prende la sua denominazione da *mos*, che significa consuetudine. Ora, noi possiamo rendere consueti gli atti di tutte le virtù. Perciò tutte le virtù sono virtù morali³⁶.

La soluzione data da S. Tommaso a tale questione si incentra sorprendentemente proprio sulla interpretazione della nozione di *mos*; ripercorriamola:

Rispondo: Per chiarire il problema bisogna considerare che significa *mos*: e allora potremo sapere che cosa sia una virtù morale. *Mos* (costume) ha due significati. Talora infatti sta a indicare una consuetudine. [...] Altre volte invece significa una certa inclinazione naturale, o connaturale, a compiere qualche cosa: cosicché si parla persino dei costumi (*mores*) degli animali. [...] Ora, questi due significati foneticamente non si distinguono affatto in latino. Invece si distinguono in greco: infatti *ethos*, che noi traduciamo *mos*, qualche volta ha la prima sillaba lunga e si scrive con l'eta; e altre volte ha la prima sillaba breve e si scrive con la epsilon.

Ora, una virtù si dice morale da *mos*, in quanto questo termine sta a indicare una certa inclinazione naturale a compiere qualche cosa. E a codesto significato si avvicina anche l'altro, che vuole indicare consuetudine: infatti la consuetudine in qualche modo si cambia in natura, e dà un'inclinazione simile a quella naturale. È evidente però, dalle spiegazioni date, che l'inclinazione all'atto va attribuita a quella potenza appetitiva, che ha il compito di muovere o d'agire su tutte le altre potenze. Perciò non tutte le virtù possono dirsi morali, ma soltanto quelle che risiedono in una facoltà appetitiva³⁷.

S. Tommaso rivela qui le sue fonti, che evidentemente sono quelle classiche e in particolare aristoteliche³⁸, e così facendo trasla il discorso su un piano di ben più ampio respiro rispetto a quello esegetico dei giuristi.

Merita ripercorrere la conclusione che S. Tommaso elabora all'art. 3 della *quaestio* 97 della Ia-IIae che potremmo definire la sintesi della dottrina tomistica sulla consuetudine:

Rispondo: Tutte le leggi emanano dalla ragione e dalla volontà del legislatore: la legge divina e quella naturale emanano dalla volontà razionale di Dio; quella umana dalla volontà dell'uomo regolata dalla ragione. Ora, la ragione e la volontà dell'uomo nell'agire si manifestano sia con le parole, che con i fatti: poiché ciascuno mostra di scegliere come un bene quanto egli compie col suo agire. D'altra parte è chiaro che la legge può essere mutata o spiegata con la parola, in quanto questa esprime i moti interiori e i concetti della ragione umana. Perciò *anche mediante gli atti, i quali, specialmente se moltiplicati, creano la consuetudine, una legge può essere mutata e interpretata, e può essere prodotto qualche cosa che abbia vigore di legge*: questo perché gli atti esterni così moltiplicati dichiarano in modo efficacissimo i moti interiori della volontà, e i concetti della ragione. Infatti ciò che viene ripetuto più volte mostra di derivare da un giudizio deliberato della ragione. *Ecco perché la consuetudine ha vigore di legge, abolisce la legge, e interpreta la legge*³⁹.

³⁶ S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 58, a. 1 ad 1.: «Videtur quod omnis virtus sit moralis. Virtus enim moralis dicitur a more, idest consuetudine. Sed omnium virtutum actus consuescere possumus. Ergo omnis virtus est moralis».

³⁷ S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 58, a. 1, co.: «Respondeo dicendum quod ad huius evidentiam, considerare oportet quid sit mos, sic enim scire poterimus quid sit moralis virtus. Mos autem duo significat. Quandoque enim significat consuetudinem, [...] Quandoque vero significat inclinationem quandam naturalem, vel quasi naturalem, ad aliquid agendum, unde etiam et brutorum animalium dicuntur aliqui mores. [...] Et hae quidem duae significationes in nullo distinguuntur, apud Latinos, quantum ad vocem. In Graeco autem distinguuntur, nam ethos, quod apud nos morem significat, quandoque habet primam longam, et scribitur per eta, Graecam litteram; quandoque habet primam correptam, et scribitur per epsilon. Dicitur autem virtus moralis a more, secundum quod mos significat quandam inclinationem naturalem, vel quasi naturalem, ad aliquid agendum. Et huic significationi moris propinqua est alia significatio, qua significat consuetudinem, nam consuetudo quodammodo vertitur in naturam, et facit inclinationem similem naturali. Manifestum est autem quod inclinatio ad actum proprie convenit appetitivae virtuti, cuius est movere omnes potentias ad agendum, ut ex supradictis patet. Et ideo non omnis virtus dicitur moralis, sed solum illa quae est in vi appetitiva». Nostri i corsivi nella traduzione.

³⁸ Sulla distinzione che Aristotele compie tra *ēthos* (con l'eta) e *ēthos* (con l'epsilon) nell'*Etica nicomachea*, II, 1, si rinvia al cap. II.1.

³⁹ S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 97, a. 3, co.: « Respondeo dicendum quod omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris, lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate; lex autem humana a voluntate hominis

Per Tommaso ogni legge, divina o umana, emana da un legislatore. Il diritto divino e naturale emana dalla volontà di Dio, il diritto umano emana dalla volontà l'uomo che è regolata dalla ragione. Torna evidentemente, ampliato e rifondato con la eccezionale sistematica tomista, il fondamento *razionale* della consuetudine che già abbiamo incontrato negli scritti dei Padri della Chiesa. Ma, prosegue S. Tommaso, la ragione e la volontà si esprimono nelle azioni sia attraverso le parole che attraverso i *fatti*. Ecco allora che attraverso gli atti umani ripetuti – la consuetudine – una norma (*lex*) può essere non solo creata, ma anche interpretata o abrogata, e questo accade in quanto nulla più della consuetudine, cioè di una iterazione di un comportamento, esprime la razionalità e la volontà dell'uomo.

Ci troviamo di fronte, con il *Doctor communis*, alla ripresa del concetto di consuetudine quale *fatto normativo*, espressione più alta dell'antropologia, che abbiamo visto comparire sotto traccia già nel pensiero dei decretisti e che ora diviene l'elemento portante di tutta la riflessione tommasiana sul concetto di legge. La consuetudine è, per S. Tommaso, l'espressione più alta della normatività e del diritto, tale da essere 'positivizzata' in una norma ma tale anche da interpretare e perfino estinguere (tramite *desuetudine*) la norma stessa. Ecco che in qualche misura lo scarto ermeneutico assai evidente nelle fonti romanistiche tra *lex* e *consuetudo* è qui ormai ridotto così tanto da potersi dire che non esiste più contrasto tra le due fonti in quanto l'una (*consuetudo*) è elemento costitutivo, interpretativo ed estintivo dell'altra (*lex*). Siamo davvero al cuore della definizione della *civitas iuris* medievale.

Anche da parte dei giuristi civilisti, glossatori e commentatori, vi fu una elaborazione dottrinale sul tema consuetudinario, che contribuì soprattutto a collegare l'analisi teorica della consuetudine alle esigenze della prassi del tempo. Per compiere questa operazione i civilisti dovettero anzitutto prendere atto delle acquisizioni operate dalla patristica, dai canonisti e soprattutto, poi, da S. Tommaso; acquisizioni teoretiche che mettevano in crisi evidentemente le categorie 'classiche', statiche di *mores*, *lex* e *consuetudo* confluite nel pensiero giuridico postclassico e accettare che le esigenze pratiche e teoriche ad un tempo richiedessero con urgenza un adeguamento della nozione di consuetudine. Si sviluppa così, ad esempio, nella prassi e ad opera dei commentatori - che interpretano e traducono in teoria le esigenze concrete della prassi - la distinzione tra consuetudine come *nomen iuris* o come *nomen habituum* che verrà tradotta nella distinzione tra «consuetudine-diritto» e «consuetudine-fatto». Il riflesso dell'influsso patristico-canonico si può apprezzare però anche sotto il profilo dell'amministrazione della giustizia. Nel capitolo 123 del *Libro di Tubinga*, una delle fonti delle *Exceptiones Petri* (sec. XII), testi che contengono soprattutto fonti di diritto romano-giustiniano ma che sono redatti «da e per canonisti»⁴⁰, si incontra una applicazione della teoria della consuetudine all'amministrazione della giustizia del tutto ispirata alle fonti patristiche, etiche e di diritto naturale che abbiamo sopra esaminato:

Quando si dibatte della giustizia e della consuetudine sia tra inesperti di diritto che tra giuristi, venga meno la consuetudine, estranea al diritto, nata dall'errore, e si osservi invece in tutti i giudizi la giustizia, poiché spesso la consuetudine è contraria alla verità, la giustizia invece concorda sempre con la verità. Si legge infatti nel *Digesto* che un errore dapprima indotto e poi perpetuatosi con la consuetudine non produce conseguenze. E in un altro passo [si dice]: «giudicate con rettitudine (*recte*) figli degli uomini», non si dice invece «giudicate secondo consuetudine figli degli uomini», e inoltre Dio stesso disse «io sono la via e la

ratione regulata. Sicut autem ratio et voluntas hominis manifestantur verbo in rebus agendis, ita etiam manifestantur facto, hoc enim unusquisque eligere videtur ut bonum, quod opere implet. Manifestum est autem quod verbo humano potest et mutari lex, et etiam exponi, in quantum manifestat interiorem motum et conceptum rationis humanae. Unde etiam et per actus, maxime multiplicatos, qui consuetudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari quod legis virtutem obtineat, in quantum scilicet per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus, et rationis conceptus, efficacissime declaratur; cum enim aliquid multoties fit, videtur ex deliberato rationis iudicio provenire. Et secundum hoc, consuetudo et habet vim legis, et legem abolet, et est legum interpretatrix». Nostri i corsivi nella traduzione.

⁴⁰ Cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, cit., p. 50. Sul *Libro di Tubinga* si veda *ivi*, pp. 45-52.

verità e la giustizia», non disse «io sono la consuetudine». Qualunque cosa infatti è contrario alla giustizia e alla verità non è consuetudine ma desuetudine⁴¹.

Le fonti romanistiche e patristiche sono ormai intrinsecamente intrecciate in quanto segnano il costituirsi di una nuova congerie umana, sociale e giuridica che fonde insieme componente cristiana e componente romanistica, ormai indistinguibili tra loro sotto questo profilo.

La definizione che viene offerta da colui che si vuole fondatore della scuola di Montpellier, Piacentino (1130 ca- 1192 ca) nella *Summa Codicis* fornisce una definizione di consuetudine dove chiaramente è rivelata una fonte ciceroniana:

La consuetudine è una natura *altra* e questa consuetudine riveste grande autorevolezza⁴².

L'espressione «*altera natura*», che ho tradotto come «natura-altra» è tratta dal *De finibus* di Cicerone⁴³ e verrà ripresa anche da Azzone (1150 ca -1225 ca) nella sua *Summa*:

la consuetudine è il diritto non scritto, prodotto dagli usi quotidiani di un popolo [...]; si dice altresì consuetudine, ma in un'altra accezione, una natura-altra⁴⁴.

La definizione, duplice, rivela bene le due impostazioni, giuridica e filosofica, che coesistono nell'opera dei giuristi medievali. Da un lato troviamo l'adesione alle fonti tradizionali romanistiche e quindi la consuetudine è definita come diritto non scritto prodotto dall'osservanza degli usi da parte di un popolo, dall'altra gli echi della filosofia stoica ciceroniana che sintetizza e anticipa gli esiti a cui perverrà la teologia di Tommaso d'Aquino: la consuetudine è davvero una natura-*altra* rispetto alle definizioni strettamente tecniche e Accursio, che ne è consapevole, conclude con un tentativo di etimologia del termine, destinato ad una certa fortuna, che inverte tutto il sostrato antropologico della futura tradizione teologico-canonistica:

Si può definire consuetudine (*consuetudo*) quasi una comune abitudine (*assuetudo*)⁴⁵.

Il giurista civilista ha piena coscienza dell'esistenza, al di là delle categorie tecniche, di un sostrato antropologico e meta-giuridico, etico, che informa la prassi e gli usi normativi di una civiltà, ma coniando con un gioco di parole una sorta di neologismo etimologico (*assuetudo*) vuole indicarci che questa realtà non è presa in considerazione dal giurista-tecnico, pur riconoscendone pienamente l'esistenza. Saranno poi i postaccursiani e i commentatori a eliminare questo iato e a raccogliere, tramite il pensiero scolastico, tutta la potenzialità delle due componenti, pur non rinunciando a scavare sempre più in via interpretativa nella natura della norma consuetudinaria e a definirla così sostanzialmente come 'atto doppio' (*binus actus*), l'uno che indica la consuetudine nascente dal fatto (*usus*) l'altro la costituzione in 'diritto' (*consuetudo*). Cino da Pistoia (1265 ca-1336) a conferma della duplice natura della consuetudine e della sua origine, così si esprime in due passaggi del suo commentario al *Codice*:

⁴¹ *Liber Tubigensis*, 123, ed. F. Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 206-207: «Cum de iustitia et de consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo iuris nescia, errore nata, recedat, iustitia veroin omnibus iudiciis vigorem habeat, quia consuetudo multotiens veritati repugnat; iusticia autem semper veritati concordat: legitur enim in Digestis, quod errore primum inductum est, deinde consuetudine obtentum, non est procedendum ad consequentias. Et alibi: 'recte iudicate filii hominum', non dixit 'secundum consuetudinem iudicate filii hominum', et iterum ipse Dominus dixit: 'ego sum via et veritas et iustitia', non dixit 'ego sum consuetudo'. Quicquid enim iustitie veritatique repugnat, non est consuetudo, sed desuetudo».

⁴² Piacentino, *Summa Codicis*, ad lib. VIII, tit. *Quae sit longa consuetudo*, ed. Moguntiae 1536, p. 416: «itam consuetudo est altera natura, estque dicta consuetudo magna autoritatis».

⁴³ Cicerone, *De finibus bonorum et malorum*, 5, 74: «[...] consuetudine quasi alteram quandam naturam».

⁴⁴ Azzone, *In ius civile Summa [Summa Codicis]*, Lugduni 1564, f. 233v, I: «Consuetudo est ius non scriptum, moribus populi diuturnis inductum [...]; et alias dicitur consuetudo, et in alia significatione, altera natura».

⁴⁵ *Ibidem*: «Diciturque consuetudo, quasi communis assuetudo».

si noti che i delitti più gravi reiterati sono puniti più rigorosamente, e i glossatori sono concordi nel riconoscere che la consuetudine nasce da un atto doppio (*binus actus*); il che essi disapprovano, poiché qui si parla della consuetudine che risuona nel fatto (*quae sonat in factum*) cioè della assuetudine; ma la consuetudine di cui si tratta si trova altrove, come nella l. *de quibus* [fr. 32 D I, 3]. Ma i glossatori deducono che questa sia simile cioè che attraverso un atto doppio si dice che qualcuno sia abituato (*consuetus*) a fare il male; pertanto, per similitudine, un atto doppio produce la consuetudine⁴⁶.

E commentando poi più avanti il titolo *quae sit longa consuetudo* concluderà che

la consuetudine risuona nel diritto, l'uso nel fatto⁴⁷.

Non è la sede questa, ovviamente, per ripercorrere il lungo cammino dell'elaborazione concettuale e dell'applicazione della fonte consuetudinaria al diritto occidentale; mi sono limitato a dar conto del suo fondamento classico e patristico funzionale all'illustrazione di una dei fondamenti su cui si resse tutta l'esperienza del diritto comune occidentale continentale.

Com'è noto il lungo e costante fluire della *normatività consuetudinaria* nelle arterie che avevano irrorato la scienza e la prassi giuridica nel medioevo e nella prima età moderna verrà violentemente interrotto da un 'infarto giuridico' con la codificazione alla fine del XVIII secolo. L'articolo 7 della *Loi sur la réunion des lois* con cui si promulgava il *Code Napoléon* nel 1804 disponeva perentoriamente:

A far data dal giorno in cui le presenti leggi sono esecutive, le leggi romane, le *ordonnances*, le consuetudini generali o locali, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie che costituiscono l'oggetto delle suddette leggi che compongono questo Codice⁴⁸.

Poche righe, frutto di una volontà di autoaffermazione delle *élites* borghesi illuministe di fine Settecento, che spazzano via, con lo strumento formale e autoritario della *legge* generale e astratta, mito rivendicatore di una *égalité* costruita sugli scrittoi dei *philosophes* più che disvelata nella natura dei fatti e dell'uomo, una tradizione giuridica millenaria che, come abbiamo visto, quanto meno si era sempre definita nella *dialettica* polare tra fonti, la *lex* e la *consuetudo*, l'etica e il diritto, il diritto naturale e il diritto positivo. Questo monismo legicentrico e imperativo non sarà privo di effetti se solo si pensi agli esiti del giuspositivismo di età contemporanea che ancora in larga misura perdurano nella postmodernità.

E proprio pensando alla nostra epoca ci rendiamo conto di quanto ci si sia allontanati – purtroppo – dalla ricchezza di questi ancoraggi consuetudinari che fondano e ri-fondano, al contempo, il tessuto sociale, culturale, etico e giuridico di qualsiasi comunità, piccola o grande che sia.

⁴⁶ Cino da Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est Digesti veteris, doctissima commentaria*, ad l. 3 C. I, 4, Francofurti 1578, f. 21v, 3: «nota quod delicta iterata gravius coercentur, et hic colligunt glosatores quod binus actus inducitur consuetudinem; quod quidam reprobant, quia hic loquitur de consuetudine quae sonat in factum, idest de assuetudine; sed consuetudo de qua tractatur, alibi est, ut l. de quibus. Sed glosatores inducunt eam per similem, scilicet: per binum actum dicitur aliquis consuetus male facere; ergo, a simili, binus actus inducit consuetudinem». Nostri i corsivi nella traduzione.

⁴⁷ *Ivi*, ad l. 2 C. VIII, 52 [53], f. 521r: «Dicendum ergo, quod consuetudo sonat in ius, usus sonat in factum».

⁴⁸ *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code Civil des Français*, 1804: «À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code».

L'aspetto che, infatti, risulta comune alla norma etica così come a quella giuridica è proprio la formazione consuetudinaria, spontanea, di lunga durata di entrambe, e soprattutto - come diremo a breve - *osservata* di comune accordo da tutti i consociati.

Il paradigma della modernità e della postmodernità ci hanno abituato a rinunciare (quasi) del tutto all'idea che una norma possa formarsi e affermarsi spontaneamente: il modello imperativo, sillogistico, esclusivista dell'intervento di un legislatore sovraordinato (principe, governo, parlamento...) che unico detiene la facoltà e l'autorità per creare norme vincolanti, tende a farci naturalmente percepire la fonte consuetudinaria come 'debole' - e quindi meno 'certa', meno 'sicura' - rispetto all'efficacia granitica della *legge*.

Anche i tentativi, che si moltiplicano, a partire dagli anni Settanta del XX secolo, di creare nuove figure dette di *Soft Law*, cioè di una normatività priva di efficacia vincolante diretta - e quindi contrapposta all'*Hard Law* della legge positiva emanata con procedure fissate dall'autorità che ne ha competenza - pur indicando una strada incoraggiante, non rispondono pienamente, a mio modesto avviso, alle necessità urgenti di un cambio di paradigma per la nostra contemporaneità e per il futuro a venire. Originatosi nell'ambito del diritto internazionale quale strumento alternativo al trattato, utilizzato quando le parti non vogliono o non possono ricorrere al medesimo, il *Soft Law* ha assunto crescente importanza, negli anni, in vari ambiti del diritto, pur rimanendo il concetto confinato sempre in un cono d'ombra non particolarmente definito. Si può trattare di norme che non danno luogo a situazioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili in sede giurisdizionale ma di cui il giudice può tenere indirettamente conto, oppure di norme che possono fissare principi di carattere generale lasciando ai destinatari margini più o meno ampi di autonomia nella scelta dei modi con cui dare attuazione alle norme stesse⁴⁹.

Si pensi, a mero titolo di esempio, ai campi dell'applicazione nel diritto dell'economia e finanziario, dove le indicazioni di opportunità suggerite dalle autorità di settore o dagli operatori di categoria vengono utilizzate come norme di *Soft Law* accanto alla legislazione tradizionale. Oppure, nell'ambito più classico del diritto internazionale e dell'Unione Europea⁵⁰, alle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali; alle raccolte di principi e regole, di origine spontanea, elaborate da organizzazioni nazionali o internazionali, governative o non governative, che successivamente dovranno essere recepite in un trattato; alle regole del mercato internazionale concordate dai commercianti (la *lex mercatoria* del resto fu anche nel medioevo terreno elettivo per lo sviluppo delle prassi consuetudinarie...). E ancora nel campo della bioetica, ove le principali dichiarazioni internazionali in materia (Codice di Norimberga, Dichiarazione di Helsinki, Rapporto Belmont, Principi di Barcellona, ecc.) offrono piattaforme di base comuni per avviare e stimolare il dibattito in ambito etico.

Queste realtà potrebbero facilmente far pensare ad una reviviscenza della 'normatività consuetudinaria' ma in realtà non soddisfano l'esigenza che, in questo breve percorso, stiamo cercando di individuare, ossia un recupero integrato della norma 'a due dimensioni' - etica e giuridica - che sia a fondamento di tutta la produzione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto della nostra civiltà giuridica. Anche gli strumenti di *Soft Law*, infatti, fondamentalmente deresponsabilizzano il soggetto e la comunità e si limitano a suggerire prassi che non sono, il più delle volte, direttamente efficaci e applicabili, ma richiedono sempre l'intervento di un legislatore, nazionale o internazionale, per poter essere applicate. Non è pensabile né accettabile, per il modello che qui viene proposto - e non provo nemmeno ad inerpicarmi per tale erto sentiero - ridurre la *normatività etica*, fondata sulla ragione, la volontà e gli *habitus* di virtù ai *codici deontologici* o alla *bioetica*. Il problema investe il *fondamento*, non la manifestazione fenomenica che ne è conseguenza.

Nonostante l'esclusivismo dominante della *normatività positivista*, tuttavia, anche in epoca contemporanea ogni persona continua a utilizzare, più o meno consapevolmente, le norme della

⁴⁹ Si rinvia, tra i molti studi sul tema a *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a c. di A Somma, Torino 2009; *Legal validity and Soft Law*, edd. P. Westerman [et alii], Cham 2018; V. Jacometti, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Torino 2022.

⁵⁰ L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford; Portland 2004.

consuetudine per regolare molti ambiti della propria vita quotidiana e sociale. Si pensi alle ‘norme non scritte’ che disciplinano la scelta e le modalità di frequentazione degli amici o dei partners affettivi, o alle regole di comportamento in famiglia e in società (le cosiddette ‘buone maniere’ o ‘galateo’ – e quanto distanti e sbiadite ci appaiono, purtroppo, le opere di Erasmo da Rotterdam⁵¹ o di mons. Giovanni Della Casa⁵²...!), oppure alle diverse ‘regole tacite’ che, a vario titolo, ricomprendiamo sotto il concetto di *convenzioni* (dal latino *cum + venire* = venire-con, convergere su una regola, un comportamento, un’opinione, ecc.): *linguistiche* (si pensi alle diverse declinazioni del linguaggio che utilizziamo a seconda del contesto e della circostanza in cui ci troviamo), *estetiche* (si pensi a tutto l’ambito delle cosiddette ‘tendenze’ o ‘mode’, nell’abbigliamento, nella scelta dei generi musicali ascoltati o dei luoghi d’incontro frequentati, ecc.), *sociali* (si pensi alla modulazione dei comportamenti tenuti in base al luogo e alla circostanza in cui ci si trova, alle regole di aggregazione, all’omnipervasivo utilizzo dei social media, ecc.). Tutta questa *normatività non codificata* non risponde a nessuna ‘legge scritta’, spesso perfino a nessun ‘regolamento’ (che può essere presente magari all’interno di un club o di un circolo oppure in un locale pubblico...) ma si fonda principalmente su una condivisione di regole, di usi non scritti che si affermano nel tempo e che sono *con-divisi* dal gruppo più o meno ampio che li *osserva*. Non credo quindi sia possibile ignorare che questa normatività consuetudinaria sia profondamente incisiva nella vita di ogni persona e occupi in realtà molto più spazio dell’applicazione delle norme di diritto positivo; ma soprattutto credo che sia innegabile riconoscere che questa normatività si forma spontaneamente in base alle condizioni di luogo, di cultura e alle convinzioni etiche e morali degli individui che vivono in una determinata comunità e che inevitabilmente le osservano naturalmente assai più che le leggi e i regolamenti disciplinati nel nostro ordinamento. Per concludere sul punto farò riferimento ad un’ultima accezione di *normatività consuetudinaria* che definiremo come *opportunità*, un elemento che attinge alla sfera del pre-giuridico: non è norma giuridica ma nemmeno etica; è un comportamento inconscio, condiviso, che innerva la dimensione socio-culturale a cui si appartiene e che regola e disciplina molti ambiti della nostra vita. Convenzionalmente è anche definita, nella tradizione classica e moderna, *urbanitas* (urbanità, dalla radice latina di *urbs* = città), una delle «piccole virtù» del quotidiano che recentemente Carlo Ossola ha così bene tratteggiato:

L’urbanità è la virtù del lenimento; come già ricordava Cicerone nelle sue epistole, nostalgico degli antichi e romani «urbani sales», cioè la bonaria facezia, di contro alla «peregrinitas» d’importazione, sì che a Roma nulla più appare – né allora né oggi – della consueta lepidezza («ut nullum veteris leporis vestigium appareat») che si rinnovò sino a Gioachino Belli. È la virtù necessaria ad abitare nel consorzio umano, rispetto alla *rusticitas* di chi viva isolato in campagna e si serva di una lingua ispida e scorretta. [...] L’urbanità è virtù che trionfa all’epoca dei Lumi, è scienza che unisce il privato al pubblico, e – come in Voltaire - «commercio» di reciproci servizi⁵³.

E proprio la virtù dell’*urbanità* mi pare che bene tratteggi un valido punto di partenza per il recupero della *misura* e della *proporzionalità* come cifre per il rinnovamento epistemologico del sistema giuridico contemporaneo. Uno dei grandi autori del pensiero gius-politico medievale, l’agostiniano Egidio Romano (1243 o 1247 – 1316), nel suo *De regimine principum* (ante 1285), un

⁵¹ Erasmo da Rotterdam (1466- 1536), forse il più importante umanista europeo, compose a Basilea nel 1530 *De la Civilité puérile (De civilitate morum puerilium)* un trattatello destinato all’educazione dei fanciulli, ma in cui le considerazioni più ampie sui comportamenti da tenersi in società influenzarono a lungo la letteratura pedagogica successiva.

⁵² Monsignor Giovanni Della Casa (1503-1556) scrisse tra il 1551 e il 1555 un trattato sulle buone maniere (pubblicato postumo nel 1558) il cui titolo *Galateo ovvero de’ costumi* divenne celebre a tal punto che in italiano la parola galateo significa per antonomasia l’insieme delle norme riferite alla buona educazione. Il titolo *Galateo* ebbe origine dal nome latinizzato di colui che suggerì ed ispirò l’idea a Della Casa, il vescovo Galeazzo (*Galatheus*, in latino) Florimonte (1484-1565).

⁵³ C. Ossola, *Trattato delle piccole virtù. Breviario di civiltà*, Venezia 2019, pp. 45-46.

fortunatissimo manuale per l'educazione del principe che ebbe ampia circolazione nel medioevo, stabilisce un nesso straordinariamente efficace tra la virtù 'alta' della giustizia e la prassi del quotidiano. Giusto – ci dice Egidio sulla scorta del pensiero di Aristotele– è qualcosa che è *proporzionato* e che contiene le *urbanitates*; dunque la tradizionale giustizia come 'misura' (di cui diremo nel seguito) che si salda con le pratiche e quotidiane consuetudini che veicolano i comportamenti civili, le usanze, i valori di un popolo. E su questa virtù della giustizia 'proporzionata e urbana' che Egidio Romano fonda addirittura la sopravvivenza di un regno e della civiltà:

In qualunque modo si voglia considerare la giustizia, è evidente che senza di essa non possono durare nessuna civiltà o regno. Infatti bene è stato detto nel capitolo sulla giustizia della *Grande Etica* [di Aristotele]; cioè che giusto è qualcosa di *proporzionale* e che contiene in sé le *urbanità*. Infatti così come l'anima sostiene il corpo e una volta che essa si distacca il corpo si dissolve e marcisce, così la giustizia sostiene le *urbanità* nelle civiltà e nei regni: e se esse vengono meno la civiltà si dissolve⁵⁴.

Al termine di questa breve presentazione del complesso fondamento della nozione di consuetudine, non posso che richiamare ancora una volta la finalità di tali considerazioni, ossia la necessità e l'urgenza di ritornare a riflettere sulla ricchezza della fonte consuetudinaria nella civiltà giuridica occidentale, per tentarne un eventuale recupero fondazionale. Siamo ormai abituati, quasi assuefatti, al noto latinetto «ex facto oritur ius» - il diritto nasce dal sostrato fattuale, reale; siamo finanche quasi disposti ad accettarlo come principio teorico, astratto, meglio ancora se storicizzato in secoli lontani come quelli dell'alto medioevo... Ma quanto siamo disposti a riconoscerne profondamente la portata eversiva rispetto al terreno di coltura positivistic in cui ancora viviamo e veniamo formati come giuristi? E quanto siamo consapevoli che non un diritto 'generico' è quello a cui la massima allude, bensì la forma di diritto consuetudinaria, che prima tra tutte merita oggi la nostra attenzione per ridestare e scuotere le nostre coscienze, giuridiche e non solo?

Un canonista medievale, a me particolarmente caro, il cardinale Jean Lemoine (Iohannes Monachus, 1240-50- 1313) è tra i pochi ad aver più lucidamente individuato il nesso di relazione tra fattualità del diritto e fonte consuetudinaria; leggiamolo nel suo commento alla decretale *Licet Romanus Pontifex* del *Liber Sextus* (1301 ca):

Non è ammesso che nasca un diritto proprio dal solo luogo, ma dalla consuetudine di quel luogo; dagli atti frequenti tenuti in un certo luogo che generano una consuetudine, lì nasce il diritto!⁵⁵

Ecco la ricchezza della prassi, la natura fattuale che tiene insieme lo *ius commune* con il diritto proprio, perché entrambi generati dall'umanità e finalizzati ad essa. Non solo un luogo può creare il diritto particolare, ma i fatti e gli atti compiuti consuetudinariamente in quel luogo e lì *osservati* avranno il privilegio di inverare lo *ius*, realtà viva e onnipervasiva del sociale che dalla società proviene ed alla società è diretto.

Se fino a qui si è tentato di ricostruire la profondità e la ricchezza della dimensione teoretica della consuetudine nella tradizione patristica e giuridica medievale, occorre ora fermarci a considerarne il correlativo fondamento epistemologico dal quale non si può prescindere per ricostruire un quadro esaustivo utile alla riflessione contemporanea: l'osservanza.

⁵⁴ Egidio Romano, *De regimine principum*, I, 2, 11, ed. Impressum Venetiis per magistrum Bernardinum Verceilensem iussu domini Andree Toresani de Asula xxiii, 1502, fol. 12 r-v., corsivo mio: «Quocunque tamen modo sumatur iustitia, sine ea civitas vel regnum durare non potest. Bene ergo dictum est quod dicitur in magnorum moralium, ca. de iustitia. Quod iustum est quoddam *proportionabile* et continet *urbanitates*. Nam sicut anima continet corpus, qua recedente ea corpus dissolvitur et marcessit, sic iustitia continet *urbanitates* in civitates et regna: quia fine ea dissolvitur civitas». L'intera riflessione sulla giustizia attraversa i paragrafi 9-12 del capitolo II del Libro I dell'opera. Nostri i corsivi nella traduzione.

⁵⁵ Jean Lemoine, *In Sextum Librum Decretalium dilucida Commentaria, Glossa aurea nuncupata*, ad VI.1.2.1, *Licet Romanus Pontifex*, f. 13v.

Nel *Prologo* di un trattatello composto in volgare tra il 1433 e il 1440 dall'umanista Leon Battista Alberti (1404-1472), il *De familia*, leggiamo:

Vero, e cerchisi le republike, ponghisi mente a tutti e' passati principati: troverassi che ad acquistare e moltiplicare, mantenere e conservare la maestate e gloria già conseguita, in alcuna mai più valse la fortuna che le buone e sante discipline del vivere. E chi dubita? Le giuste leggi, e' virtuosi principi, e' prudenti consigli, e' forti e constanti fatti, l'amore verso la patria, la fede, la diligenza, *le gastigatissime e lodatissime osservanze* de' cittadini sempre poterono o senza fortuna guadagnare e apprendere fama, o colla fortuna molto estendersi e propagarsi a gloria, e sé stessi molto commendarsi alla posterità e alla immortalità⁵⁶.

Il *prologo* illustra lo scopo dell'opera, ossia fornire, in forma di dialogo su modello classico-platonico, una pedagogia per l'organizzazione e la conduzione di un nucleo familiare (dal matrimonio, all'educazione dei figli, alla gestione del patrimonio e dei rapporti sociali, ecc.) all'interno della società. In un mondo senza certezze assolute la famiglia è presentata come la cellula fondamentale e più importante per l'edificazione di una società più giusta. Sulla base del modello aristotelico il fondamento solido su cui si reggono famiglia e società, per Alberti, è costituito dalla virtù che si contrappone e prescinde dalla fortuna, in quanto incentrata sull'*habitus* dell'agire etico degli esseri umani. In questa prospettiva a reggere anche la forma più ampia di società, cioè gli 'stati' e i principati, sono per l'umanista le leggi giuste, i principi etici, le virtù della prudenza e della costanza, l'amore per la patria, la fede la diligenza e poi le «gastigatissime (cioè rigorose) e lodatissime (cioè lodevoli) *osservanze*». Evidentemente con tale termine, *osservanze*, che si distingue sia dalle leggi che dai principi etici, Alberti intendeva indicare le consuetudini e i costumi in uso ma soprattutto *rispettate* da una comunità. Siamo in clima di pieno Umanesimo, al tramonto del paradigma premoderno: di lì a poco le teorie della *forza* di Niccolò Machiavelli (1469-1527) e della *sovranità* di Jean Bodin (1529-1596) si imporranno dando inizio al lento ma inesorabile avvio della modernità che spazzerà via questo sostrato pluralistico e plurimillenario.

In questo contesto emerge quindi come correlato fondamento epistemologico della consuetudine l'*osservanza*, principio irrinunciabile per il costituirsi del diritto in qualunque forma in realtà, consuetudinaria o positiva che sia. Perché la regola esista e sia efficace, affinché svolga la sua funzione regolatrice, essa dovrà essere *osservata*. Ed è facilmente intuibile anche dal nostro senso comune: una norma che nessuno osserva che valore possiede? Quale funzione le si può attribuire? Questo vale per la norma morale come per quella giuridica, e in particolare per la consuetudine, la cui mancata osservanza, ossia la *desuetudine*, comporta, come già si è accennato, l'estinzione della norma stessa.

Come sempre è opportuno prendere le mosse dall'étimo latino del sostantivo per comprenderne l'intrinseca natura del concetto che veicola e vederne poi, in estrema sintesi, il breve *iter* del suo impiego nel medioevo⁵⁷.

Observantia – così come il sinonimo, citato quasi equivalentemente nelle fonti *observatio* – deriva dal verbo latino *ob-servare* (conservare-dinnanzi o conservare-per) e indica «l'atteggiamento del trattenere volutamente dinnanzi a sé, ai propri sensi e al proprio animo, qualcosa, come per afferrarla, adeguandovisi, con le facoltà dello spirito»⁵⁸. Capiamo quindi subito agevolmente che ci si trova di fronte ad una ricchezza semantica del verbo ben più ampia di quella veicolata dall'uso di 'osservare' nel nostro linguaggio quotidiano (con cui intendiamo 'considerare con attenzione', 'fissare lo sguardo'). *Ob-servare* possiede pertanto, nel suo significato originario, una valenza essenzialmente etica che rinvia all'atto di colui che, dopo aver fissato, con lo sguardo e l'intelletto, la propria capacità percettiva su un oggetto, lo trattiene presso di sé al fine di acquisirlo nella propria sfera di attività

⁵⁶ L.B. Alberti, *De familia*, ed. a cura di E. Piccolo, Napoli 2009, p. 8. Nostro il corsivo.

⁵⁷ Per un esaustivo e completo studio monografico sul tema si rinvia a L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., in particolare pp. 105-240, che segue prevalentemente in questo saggio.

⁵⁸ L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., p. 106.

emotiva e spirituale. *Observantia* racchiude in sé, inoltre, una intrinseca valenza relazionale, in quanto indica, già nel suo utilizzo classico, l'intenzione di instaurare una *relazione* di natura spirituale con qualcosa o qualcuno, al fine di vincolare il nostro agire e quindi di conformare la nostra condotta. *Osservanza*, infine, rinvia necessariamente ad una attitudine morale, ad un *habitus* interiore le cui azioni saranno solo le conseguenze inevitabili.

Già nell'uso pagano e nelle fonti classiche *observantia* richiama quell'*habitus* virtuoso per cui, ci dice Cicerone, «riteniamo degne di onore e rispetto le persone che primeggiano per qualche dignità»⁵⁹. Nell'ambito giuridico ritroviamo invece una oggettivizzazione del termine che viene ad indicare un requisito o un comportamento di rispetto della norma: il giurista Gaio (II sec.), ad esempio, impiega spesso il termine *observatio*, sia nell'ambito del diritto di famiglia e successorio, sia con riferimento all'ambito sacro, nel senso di 'devozione al culto', accezione che ovviamente, come dirò tra poco, diverrà più frequente dopo la riflessione in ambito cristiano⁶⁰. Nello stesso periodo viene utilizzato il termine da Cervidio Scevola, maestro dei giuristi Paolo, Trifonino e forse Papiniano, per indicare le norme che regolano il testamento e che erano applicabili anche al codicillo⁶¹.

Fu tuttavia con il Cristianesimo, e in particolare ancora una volta con la riflessione dei Padri della Chiesa, che venne a definirsi compiutamente il significato del concetto di *osservanza* che si intende recuperare in funzione del nostro discorso. Colui che dedica maggiore attenzione, anche a livello di frequenza di citazioni, ai termini *observantia*, *observare* e *observatrix* fu l'apologista Tertulliano (II-III sec. d.C.): i vocaboli vengono utilizzati nei suoi scritti per indicare la prassi religiosa e morale, le «osservanze cristiane» (*christianae observationes*) seguite dai fedeli come forma di diritto naturale. Inoltre per Tertulliano è la tradizione, in assenza di una disposizione contraria del diritto divino, che crea la norma; la consuetudine attinge alla tradizione e ha la funzione di confermare la norma e renderla quindi inveterata, e infine la fede ne permette l'osservanza⁶². Ed è proprio su questo elemento di razionalità e naturalità delle osservanze cristiane che l'apologeta incentra l'originalità dell'agire dei cristiani⁶³. Probabilmente è un significato prossimo a quello che echeggerà nell'*Editto di Serdica* del 311 quando Galerio individua nelle *leges* dei cristiani la causa del dilagante proselitismo:

Ma, per varie ragioni, i cristiani erano stati colpiti da una tale ostinazione e da una tale follia che non vollero più seguire le tradizioni degli antichi, istituite forse dai loro stessi antenati. Essi adottarono a loro arbitrio, secondo il proprio intendimento, delle leggi che osservavano strettamente e riunirono folle di persone di ogni genere in vari luoghi⁶⁴.

Un autore che dimostra di aver recepito la lezione di Tertulliano ma che al contempo sistematizza il concetto di *observantia* nell'ambito patristico ed etico-giuridico fu senza dubbio S. Girolamo (347-420).

In un passo del *Dialogo contro i Luciferiani*⁶⁵ Girolamo individua come normative alcune prassi liturgiche (ad esempio la triplice immersione nel Battesimo) e regole di condotta che sono per tradizione *osservate* anche senza che siano prescritte dalla Sacra Scrittura:

⁵⁹ Cicerone, *De inventione*, 2, 53, 161: «homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignatur».

⁶⁰ Per una rassegna dei luoghi in cui il termine è citato in entrambe le accezioni si veda L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., pp. 109-110, n. 11 e 12.

⁶¹ D 29, 7, 14, pr.: «quod codicilli pro parte testamenti habe[a]ntur observationemque et legem iuris inde traditam servant».

⁶² Tertulliano, *De corona*, 4, 1: «Harum et aliarum eiusmodi disciplinarum si legem expostules, scripturarum nullam leges. Traditio tibi praetendetur auctrix et consuetudo confirmatrix et fides observatrix». La tradizione 'crea', la consuetudine 'conferma' e la fede 'fa osservare'.

⁶³ Tertulliano, *De corona*, 5, 1: «Maior efficitur ratio christianarum observationum, cum illas etiam natura defendit, quae prima omnium disciplina est».

⁶⁴ Lattanzio, *De mortibus persecutorum*, 1, 34, 2.

⁶⁵ I luciferiani erano una setta eretica originata dallo scisma del vescovo Luciferio di Cagliari (+ 370).

Anche se non possiedono l'autorità della Scrittura, il consenso universale detiene la forza di precetto. Infatti molti usi che per tradizione sono osservati nella Chiesa hanno ottenuto l'autorità della legge scritta, come ad esempio immergere tre volte il capo nell'acqua [...] E molte altre prassi non scritte che possono essere considerate normative a causa di una ragionevole osservanza⁶⁶.

Anche il vescovo di Ippona S. Agostino utilizza il concetto di osservanza in due accezioni, parimenti interessanti per il nostro discorso. La prima (non in ordine cronologico) riguarda la definizione di religione che Agostino ritiene ambigua nella semantica del vocabolo latino '*religio*', in quanto nella tradizione classica con *religio* si intendeva non solo il culto a Dio ma anche l'*osservanza* dei vincoli di 'affinità tra uomini', un tratto comune dell'umanità:

[...] dunque quando si tratta il problema del culto della deità, anche con la parola religione non si evita l'ambiguità in modo da poter dire con sicurezza che la religione è soltanto il culto a Dio, perché sembra che questa parola per eccezione si estenda ad indicare l'osservanza dell'umana consanguineità⁶⁷.

Tuttavia è la seconda accezione che interessa maggiormente il tema giuridico; in un passo del *De diversis quaestionibus* Agostino espone la propria dottrina del diritto naturale che, dice, è radicato da una forza innata che viene identificata in sei principi morali – S. Tommaso d'Aquino, come dirò a breve, le definirà «virtutes annexae», virtù *ancillari* - di cui uno è l'*observantia*, la cui definizione è ripresa testualmente da Cicerone:

Il diritto naturale non è originato dall'opinione, ma è radicato da una forza innata, come la religione, la pietà, la gratitudine, la punizione del male, l'*osservanza*, la veracità. [...] L'osservanza ritiene degni di onore e rispetto le persone che primeggiano per qualche dignità. [...] La legge è il diritto naturale messo per scritto ed esposto al popolo per essere osservato⁶⁸.

Prendendo l'abbrivio dalla fonte ciceroniana, Agostino tuttavia giunge ad una vera e propria definizione del diritto naturale che collega la 'positivizzazione' in una legge con la finalità di essere *osservata* dagli uomini. Inizia quindi a delinarsi, nella riflessione agostiniana, il tratto caratteristico di questo concetto dall'ampia portata semantica: l'osservanza denota, nella temperie tardoantica, ormai cristianizzata, tanto l'aspetto soggettivo, del rispetto spirituale delle pratiche religiose e ascetiche, quanto quello oggettivo dell'adeguamento dei comportamenti umani ad una norma etico-giuridica. La fortuna di questo concetto è riscontrabile anche nell'ampio uso che è attestato nella legislazione imperiale del *Codice Teodosiano* (438 d.C.) e delle raccolte successive⁶⁹, dove i termini *observatio* e *observantia* sono ormai caricati di una semantica cristiana (si parlerà di *religionis observantia*, di *catholica observantia*) pur permanendovi accanto i significati provenienti dal diritto romano classico (*mos veteris observantiae*).

⁶⁶ S. Girolamo, *Dialogus contra Luciferianos (Altercatio Luciferiani et Orthodoxi)*, in PL, 23, 172: «Etiam si scripturae auctoritas non subesset, totius orbis ... consensus, instar praecepti obtineret. Nam et multa alia quae per traditionem in ecclesiis observantur, auctoritatem sibi scriptae legis usurpaverunt, velut in lavacro ter caput mergitare. [...] multaque alia scripta non sunt quae rationabilis sibi observatio vindicavit».

⁶⁷ S. Aurelio Agostino, *De civitate Dei*, 10, 1, 3: «tamen quia latina loquendi consuetudine, non imperitorum, verum etiam doctissimorum, et cognationibus humanis atque affinitatibus et quibusque necessitudinibus dicitur exhibenda religio, non eo vocabulo vitatur ambiguum, cum de cultu deitatis vertitur quaestio, ut fidenter dicere valeamus religionem non esse nisi cultum Dei, quoniam videtur hoc verbum a significanda observantia propinquitatis humanae insolenter auferri».

⁶⁸ S. Aurelio Agostino, *De diversis quaestionibus octoginta tribus liber unus*, 31, 1: «Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. [...] observantia per quam homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignantur. [...] Lege ius est quod in eo scripto, quod populo expositum est ut observet continetur».

⁶⁹ Il termine *observatio* compare, tra *Codice* e *Novelle*, oltre sessanta volte, mentre *observantia* circa dodici. Cfr. L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., p. 115.

Un contributo fondamentale alla ricezione del concetto, questa volta di matrice teologico-liturgica, viene offerto dalle opere del papa S. Leone Magno (390 ca - 461), che impiega il termine soprattutto per definire il comportamento del cristiano che segue con scrupolo le pratiche cultuali e in particolare penitenziali (preghiera, elemosina, digiuno) con una specifica implicazione, ossia che per traslazione il termine *observantia* o al plurale *observantiae* indica anche le stesse pratiche ascetiche dei religiosi⁷⁰.

Anche nell'ambito delle raccolte di norme delle popolazioni germaniche del V-VI secolo troviamo confermata la presenza e l'uso del concetto di *observantia*. In area gotica ad esempio, l'*Editto di Teodorico* (di dubbia datazione e attribuzione)⁷¹ richiama il tema nel capitolo 143, in cui nel riconoscere agli Ebrei i privilegi concessi loro dalla legge («privilegia legibus delata») ammette che essi possano vivere «suis... legibus», quindi secondo le proprie consuetudini etico-religiose e le proprie norme rituali; e a conferma di tale concessione viene anche prevista la necessità che essi abbiano «giudici propri» i quali sono «esperti delle osservanze» (*praeceptores observantiae*)⁷².

Con la riorganizzazione sistematica del diritto operata da Giustiniano ci troviamo di fronte, tuttavia, ad una scarsa ricezione di questa valenza soggettiva etico-liturgica dell'*observantia* a favore di una oggettivizzazione che era stata propria del diritto romano classico, ossia all'indicazione di un comportamento teso al rispetto di una norma quando non addirittura la norma stessa. In particolare in due passi, uno del *Codice* e l'altro delle *Istituzioni*, si specificherà ancor meglio che *observanza* si riferisce al rispetto non di una norma generica, della *lex*, ma in particolare della fonte consuetudinaria⁷³.

Anche nel *Digesto* compare – sia pure solo tre volte – il termine *observantia/observare* ma per indicare il rispetto di norme inveterate di diritto (*vetustissimi iuris observantia*)⁷⁴:

Anche quel diritto, che è stato pienamente approvato da una lunga consuetudine ed è stato *observato* per moltissimi anni, viene *observato*, quale tacita convenzione dei cittadini, non meno del diritto scritto⁷⁵.

Nei secoli dell'età tardo-antica e dell'alto medioevo, dopo la progressiva disapplicazione del diritto romano e nel periodo delle dominazioni germaniche, possiamo dire che fu l'accezione etico-giuridica del termine *observantia* a prevalere, e ancora una volta un ruolo di primo piano fu giocato dai fondamenti cristiani e dalla Chiesa cattolica.

⁷⁰ Si veda sul punto I. Carton, *A propos des orations de Carême. Note sur l'emploi du mot 'observantia' dans les Homilies de St. Léon*, in «Vigiliae Christianae. A Review of early Christian Life and Language», 8, 1954, pp. 104-114.

⁷¹ Cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. I. L'alto medioevo*, Roma 1995, pp. 75-88.

⁷² *Edictum Theoderici regis*, c. 143, *De servandis privilegiis Iudaeorum*, in MGH, *Leges*, V, Hannoverae, 1875-1889, p. 166: «Circa Iudaeos privilegia legibus delata serventur: quos inter se iurgantes et suis viventibus legibus eos iudices habere necesse est, quos habent observantiae praeceptores».

⁷³ A mero titolo di esempio, tra i molti: C. 3, 34, 7: «Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque *observatione* per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit»; Inst. 4, 11, 7: «Quam formam non solum in hac regia urbe, sed et in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitam aliter forte celebrabantur, optinere censemus, cum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem, eiusque *observantiam* sequi». Corsivo nostro.

⁷⁴ D. 1.2.2.24: «initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abduxisse et secundum eum, qui in servitute ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, *quod vetustissima iuris observantia* in persona filiae suae defecisset [...] et castitatem filiae vitae quoque eius praefendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit». Corsivo nostro.

⁷⁵ D. 1.3.35: «Hermogenianus libro I iuris epitomarum. Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos *observata*, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura *servantur*». Corsivo nostro.

A S. Isidoro di Siviglia si deve invece una sottile distinzione – troppo sottile forse, in quanto non ebbe largo seguito - che troviamo nelle *Differentiae* (598-615), tra *observatio*, che si riferisce alla prassi, alla dottrina e alle arti e *observantia* che invece concerne l'ambito del culto e della religione⁷⁶.

Interessanti sono anche i testi visigotici, in cui la distinzione isidoriana non pare essere anticipata o recepita, in quanto sia nel *Breviarium Alaricianum* (inizio VI sec.) che nella *Lex Visigothorum* (seconda metà del VII sec.) i termini compaiono con assoluta sinonimia. Queste raccolte di norme germaniche, dedicate soprattutto ai rapporti tra Cristiani ed Ebrei e alle infiltrazioni delle influenze dei culti pagani nel Cristianesimo, contengono, accanto ai termini *observantia* e *observatio* e usati in forma sinonimica, i vocaboli *consuetudo*, *ius*, *mos*, *ritus*, *cerimonia*, ecc., ad indicare le prassi culturali cristiane ma anche quelle pagane.

Tuttavia un passo del *Breviarium Alaricianum* ancora conferma la dimensione oggettivizzata del termine, come rispetto della consuetudine:

La consuetudine di antica data, che non sia di ostacolo alla pubblica utilità, dovrà essere osservata come se fosse una legge⁷⁷.

Del resto il teologo anglosassone Alcuino di York (735 ca - 804), uno dei grandi maestri di arti liberali artefice della rinascenza carolingia, testimonia ancora l'impiego della nozione classica, ciceroniana-agostiniana, dell'osservanza quale elemento soggettivo che caratterizza l'*habitus* di virtù della giustizia. Nel *Dialogus de rethorica et virtutibus* l'*observantia* comparirà, come in S. Agostino, accanto alla religione, alla *pietas*, alla retribuzione del male (*vindicatio*) e alla veracità, in funzione ancillare rispetto alla giustizia naturale, esattamente come accadrà nell'allegoria della Giustizia narrata nel prologo delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* in cui queste 'virtù ancillari' saranno definite «figlie della Giustizia: religione, *pietas*, gratitudine, vendetta, osservanza, veracità».

Anche nel campo applicativo del giudizio, nell'ottica del rinnovamento cristiano, l'osservanza inizia ad assumere una rilevanza significativa in epoca di rinascita carolingia. Una testimonianza di Reginone, abate di Prüm (840-915), nel suo manuale per le visite pastorali, il *De synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis* che ebbe ampia diffusione anche in ambito laico, ci conferma che l'*osservanza* della consuetudine ecclesiastica deve essere considerata alla stregua della legge:

Quindi, anche se 'ogni questione si risolve sulla parola di due o tre testimoni' [Mt 18, 16], abbiamo preferito servirci di diversi esempi, da cui risulti evidente in maniera adeguata e convincente come l'*osservanza* della consuetudine ecclesiastica indotta dagli antichi sia da mantenere come se si trattasse di una legge⁷⁸.

Ovviamente i testi patristici, così come le norme dei capitolari carolingi, dei concili e soprattutto dei *Libri penitenziali* (*Libri poenitentiales*) confluiranno nelle più importanti raccolte di testi canonistici, il *Decretum* di Burcardo di Worms e il *Decretum* di Ivo di Chartres e poi, ovviamente, nel *Decretum* di Graziano. Tuttavia è da sottolineare come, curiosamente, le pure scarse ricorrenze dei termini *observantia* e *observatio* testimonino un uso abbastanza equivalente a quello di 'rispetto della prassi culturale' o di 'consuetudine', e non apportino particolari novità nell'ermeneutica del termine.

⁷⁶ S. Isidoro di Siviglia, *Differentiarum, sive De proprietate sermonum libri duo*, I, *De differentiis verborum*, in PL 83, 51, n. 400: «Inter observationem et observantiam. Observatio curae, doctrinae et artis est, observantia vero cultus et religionis est».

⁷⁷ *Breviarium Alarici*, *Interpretatio ad Librum V, cap. XIII*, ed. Haenel, 150: «Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur».

⁷⁸ Reginone di Prüm, *De synodalibus causis*, 2, app. 2, c. 36, ed. F.G.A. Wasserschleben, Graz 1964, p. 448: «Igitur, licet 'in ore duorum vel trium testium stet omne verbum', diversis niti exemplis maluimus, quibus ecclesiasticae consuetudinis observantiam a maioribus ductam pro lege tenendam persuasibilis eruditus clare-scat'».

E veniamo all'apporto fornito da S. Tommaso d'Aquino che, come di consueto, sintetizza la temperie culturale medievale e che ovviamente costituì una solida base di fondamento alle interpretazioni dei giuristi del Tre-Quattrocento.

La genialità di S. Tommaso riesce, anche su questo oggetto, a creare uno straordinario punto di intersezione tra la componente etico-aretologica dell'osservanza e la sua oggettivazione giuridica nella prassi. Il discorso, condotto dall'Aquinate nella *quaestio* 80 della IIa-IIae, annovera l'*observantia* nella categoria delle «virtù ancillari» (*virtutes annexae*), ossia le 'virtù mediane', potremmo definirle, che partecipano di una virtù maggiore ma allo stesso tempo se ne discostano in quanto manca in esse qualche elemento che le perfezioni. Trattando della virtù della Giustizia, S. Tommaso ne individua anzitutto come prima caratteristica la 'alteriorità' cioè l'essere «rivolta agli altri» e pertanto, ci dice il teologo, tutte le altre virtù che hanno come fine il bene altrui possono essere considerate 'ancillari' alla Giustizia. E dal momento che la Giustizia consiste nel dare agli altri quanto è dovuto «secondo equità» (*secundum aequalitatem*) ecco che la *misura* o *equità* sarà la caratteristica differenziale sulla cui base (cioè in base a quanto si discostino o meno da essa) potranno essere valutate le virtù ancillari, di cui si accoglie qui il catalogo già individuato da S. Agostino e ripreso come si è visto da Alcuino di York e nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ma con un diverso ordine: la religiosità, la *pietas*, l'osservanza, la veracità, la gratitudine, la vendetta.

Perché una virtù sia annessa a una virtù principale si richiedono due cose: primo, che essa convenga in qualche cosa con la virtù principale; secondo, che in qualche cosa si scosti dalla perfetta nozione di essa. E poiché la giustizia, come sopra abbiamo detto, è rivolta verso gli altri, tutte le virtù che mirano al bene altrui possono riallacciarsi alla giustizia a motivo di codesta convenienza. Ma la nozione di giustizia, come abbiamo già dimostrato, esige che si renda ad altri quanto loro si deve con perfetta uguaglianza. Ecco perché una virtù che mira al bene altrui può scostarsi in due modi dalla nozione di giustizia: primo, in quanto non raggiunge l'uguaglianza; secondo in quanto non raggiunge la natura di cosa dovuta.

Ci sono infatti delle virtù che rendono ad altri cose loro dovute, ma non possono renderle con uguaglianza⁷⁹.

Tra queste 'virtù ancillari' Tommaso riconosce quindi la *observantia*, che si manifesta come compensativa della mancanza di *aequalitas* nel corrispondere dell'uomo alla perfetta Giustizia:

In terzo luogo, l'uomo non è in grado di ricompensare con eguale misura (*aequale premium*) la virtù, come il Filosofo [Aristotele] dimostra. E sotto quest'aspetto alla Giustizia si riallaccia l'osservanza, «mediante la quale», come dice Cicerone, «le persone eminenti vengono circondate di deferenza e di onore»⁸⁰.

Dunque per S. Tommaso l'*osservanza* è una 'virtù ancillare' della Giustizia che si manifesta nel rispetto – nella *deferenza* potremmo dire oggi – nei confronti delle autorità:

Perciò come al di sotto della religione, che ha il compito di tributare un culto a Dio, troviamo immediatamente la pietà, che ci fa ossequianti ai genitori; così al di sotto della pietà troviamo l'osservanza, con la quale tributiamo ossequio e rispetto alle autorità⁸¹.

⁷⁹ S. Tommaso d'Aquino, IIa-IIae, q. 80, art. un., co: «Respondeo dicendum quod in virtutibus quae adiunguntur alicui principali virtuti duo sunt consideranda, primo quidem, quod virtutes illae in aliquo cum principali virtute convenient; secundo, quod in aliquo deficient a perfecta ratione ipsius. Quia vero iustitia ad alterum est, ut ex supradictis patet, omnes virtutes quae ad alterum sunt possunt ratione convenientiae iustitiae annecti. Ratio vero iustitiae consistit in hoc quod alteri reddatur quod ei debetur secundum aequalitatem, ut ex supradictis patet. Dupliciter igitur aliqua virtus ad alterum existens a ratione iustitiae deficit, uno quidem modo, in quantum deficit a ratione aequalis; alio modo, in quantum deficit a ratione debiti».

⁸⁰ *Ibidem*: «Tertio, non potest secundum aequale praemium recompensari ab homine virtuti, ut patet per philosophum, in IV Ethic. Et sic adiungitur iustitiae observantia, per quam, ut Tullius dicit, *homines aliqua dignitate antecedentes quodam cultu et honore dignantur*».

⁸¹ S. Tommaso d'Aquino, IIa-IIae, q. 102, co: «Et ideo sicut sub religione, per quam cultus tribuitur Deo, quodam ordine invenitur pietas, per quam coluntur parentes; ita sub pietate invenitur observantia, per quam cultus et honor exhibetur personis in dignitate constitutis».

La innovazione nel pensiero di Tommaso è data dal riconoscere l'osservanza come 'virtù', sia pure 'annessa' alla Giustizia, e soprattutto nel collegarla alla dimensione pubblica del rispetto dell'autorità, mostrando ancora una volta il nesso applicativo tra la Giustizia legale come somma virtù e la concreta declinazione nel rispetto delle autorità:

La giustizia come virtù specifica ha il compito di rendere con perfetta uguaglianza quanto a ciascuno è dovuto. Ma questa uguaglianza non si può raggiungere verso le persone virtuose, e verso quelli che esercitano bene la loro autorità: così come non si può fare né verso Dio, né verso i genitori. Ecco perché tale compito spetta a una virtù annessa; non già alla virtù specifica della giustizia, che è una virtù cardinale. La giustizia legale poi abbraccia, come abbiamo detto sopra, gli atti di tutte le virtù⁸².

E del resto di questa dimensione di rispetto, di ossequio, di deferenza, che ha attraversato molti secoli della nostra civiltà e che ora pare purtroppo essere quasi caduta in oblio rimane una traccia nella clausola di stile che si appone ancora nella chiusa di lettere ufficiali, di ricevute o petizioni: *con osservanza*.

Dunque, per tentare una conclusione, si è tentato di ripercorrere il lungo ed elaborato percorso genetico del fondamento epistemologico dell'*osservanza*, che dalla tardo-antichità al medioevo ha manifestato tutta la propria forza fondativa soprattutto nelle opere dei giuristi postaccursiani prima e dei commentatori poi. L'*osservanza* è l'elemento imprescindibile perché il diritto, specie nella sua forma consuetudinaria, assolva alla sua funzione primaria, ossia regolamentare i rapporti all'interno di una comunità, di una società. Ecco il nesso di relazione, intimo e fortissimo, con la consuetudine, l'espressione più vitale e pervasiva del diritto medievale. E questo vincolo, imprescindibile per il diritto comune ma altrettanto importante per noi, oggi, ci viene così presentato da Goffredo da Trani (1200 ca-1245), allievo di Azzone e tra i primi commentatori del *Liber Extra* di Gregorio IX, alla cui illustrazione del modo in cui viene posta in essere la consuetudine cediamo la parola, quale migliore conclusione di questo saggio:

La consuetudine nasce quando le persone (*populus*) iniziano ad osservare una regola con quella disposizione d'animo per il futuro che si dice consuetudine; oppure, come dicono altri, quando espressamente le persone desiderano che qualcosa sia osservato come consuetudine per l'avvenire (*in futurum*)⁸³.

Nella mobilità dell'oggi la caparra della persistenza di un sempre, espressione nel diritto di una dimensione della vita umana che – per dirla con Dante - *s'infutura*⁸⁴.

Bibliografia

Bobbio N. 1942, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova: Cedam.

Calasso F. 1954, *Medioevo del diritto, I, Le fonti*, Milano: Giuffrè.

Carton I. 1954, *A propos des orations de Carême. Note sur l'emploi du mot 'observantia' dans les Homilies de St. Léon*, in «*Vigiliae Christianae. A Review of early Christian Life and Language*», 8, 1954: 104-114.

Cortese E. 1995, *Il diritto nella storia medievale. I. L'alto medioevo*, Roma: Il Cigno Galileo

⁸² *Ivi*, q. 102, a 1, ad 3: « Ad tertium dicendum quod ad iustitiam specialem proprie sumptam pertinet reddere aequale ei cui aliquid debetur. Quod quidem non potest fieri ad virtuosos, et ad eos qui bene statu dignitatis utuntur, sicut nec ad Deum, nec ad parentes. Et ideo ad quandam virtutem adiunctam hoc pertinet, non autem ad iustitiam specialem, quae est principalis virtus. Iustitia vero legalis se extendit ad actus omnium virtutum, ut supra dictum est».

⁸³ Goffredo da Trani, *Summa...in titulos Decretalium*, ad l. I, tit. *De consuetudine*, Brixiae 1605, f. 7v, 3: «Inducitur autem consuetudo cum populus incipit aliquid observare ea mente ut de caetero sit consuetudo, vel ut dicunt alii, cum expresse placet populo aliquid observari pro consuetudine in futurum».

⁸⁴ *Par XVII*, 98.

Galilei.

Grossi P. 2014, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza.

Jacometti V. 2022, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Torino: Giappichelli.

Ossola C. 2019, *Trattato delle piccole virtù. Breviario di civiltà*, Venezia: Marsilio.

Prodocimi L. 2001, *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina di giuristi dei secoli XII-XV*, Milano: Giuffrè.

Senden L. 2004, *Soft Law in European Community Law*, Oxford; Portland: Hart

Somma A. [a c. di] 2009, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino: Giappichelli

Westerman P. [et alii] (edd.) 2018, *Legal validity and Soft Law*, edd., Cham: Springer