

Argomenti dallo Ius Commune nel diritto moderno sudafricano

Gero R. Dolezalek¹

REDAZIONE:

Luigi Blanco, Gustavo Corni, Angela De Benedictis, Raffaella Gherardi, Gustavo Gozzi, Aldo Mazzacane, Marco Meriggi, Mauro Moretti, Ilaria Porciani, Pierangelo Schiera, Gabriella Valera, Cristina Vano

La redazione fa capo al prof. Pierangelo Schiera presso il Dipartimento di Teoria, Storia e Ricerca Sociale – Università di Trento, Via Verdi 26 – 38100 Trento

SECRETARIA DI REDAZIONE:

Anna Gianna Manca

DIRETTORE RESPONSABILE:

Giovanni Faustini

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 724 del 22 luglio 1991

Composizione: Istituto trentino di cultura

Stampa: Centro Stampa dell'Università di Trento, Via Lavisotto 119, – 38100 Trento

La Rivista è pubblicata con un contributo del C.N.R. e del Dipartimento di Teoria, Storia e Ricerca sociale – Università di Trento

Generalmente tra gli storici, ed anche tra gli storici del diritto, ci si rallegra quando accade che la comprensione dei problemi contemporanei sia facilitata dal ricorso alla nostra arte. Agli storici del diritto specialisti dello Ius Commune romano-canonico quel piacere è però stato tolto dalle codificazioni. Quasi tutti gli stati di tradizione romanistica possiedono ormai un codice civile, un codice penale, un codice di procedura civile e penale, eccetera. Sono dunque rarissime le occasioni nelle quali gli esperti dello Ius Commune sono chiamati a dare un parere giuridico per un processo.

In Italia e in Germania gli esperti si consolano, e confortano gli allievi, dicendo che esistono tutt'oggi paesi nei quali lo Ius Commune è ancora applicabile in molti settori del diritto. Si riferiscono ad Andorra, a San Marino, alle isole nel canale tra Francia ed Inghilterra, alla Scozia, allo Sri Lanka; ma soprattutto si riferiscono a sei stati dell'Africa meridionale, cioè Botswana, Lesotho, Namibia, la Repubblica di Sud Africa compresi gli *homelands*, Swaziland e Zimbabwe.

Non è quindi falso dire che in Sud Africa lo Ius Commune si cita ancora direttamente, sebbene molto meno frequentemente di quanto non si creda, perché in gran parte dei casi i giuristi applicano leggi moderne o consultano semplicemente manuali e trattati che rinviano a precedenti. Ciò non di meno succede, e

¹ Viene qui riprodotto il testo della conferenza tenuta il 15 gennaio 1993 presso l'Istituto storico italo-germanico in Trento da G.R. Dolezalek, Professor of Roman and Comparative Law nell'Università di Città del Capo. Al testo, fornito cortesemente dal relatore in lingua italiana, sono state apportate solo alcune modifiche strettamente necessarie per la sua migliore comprensione.

molto più spesso di quanto non avvenga nei paesi a diritto codificato, che i pratici si vedano costretti a consultare il Corpus Iuris. Ed è anche vero che lo Ius Commune potrebbe, in teoria, avere un ruolo importante nelle riforme ora in corso. Però nella prassi quel potenziale è finora poco sfruttato.

La mia comunicazione tratterà tre temi. Parlerò inizialmente della posizione dello Ius Commune nella gerarchia delle fonti del diritto secondo la teoria sudafricana. Poi farò luce sul grado di abilità dei pratici del diritto nell'uso di tali fonti. Quindi, anche in relazione al primo tema, proporrò alcune riflessioni sul ruolo che lo Ius Commune potrebbe giocare nel dibattito attualmente in corso sulle riforme. Quest'ultimo problema è quello che mi interessa più degli altri, ma non posso affrontarlo senza aver prima trattato gli altri due, in quanto sono tutti strettamente connessi.

La teoria giuridica in tema di gerarchia delle fonti influisce molto sull'importanza dello Ius Commune. Lo spiego con due esempi, cioè Andorra e San Marino.

In Andorra lo Ius Commune ha un ruolo molto limitato. In teoria lo Ius Commune dovrebbe essere applicato ancora come lo era nel 1716. Per fortuna, i tribunali dei due Stati non applicano alla lettera questa teoria ed in alcuni casi hanno modernizzato il diritto, facendo riferimento alla *aequitas* canonica. Però non possono fare apertamente quello che i giuristi in altri paesi hanno sempre fatto: non possono dare una nuova interpretazione a vecchi testi, per adattare il diritto a nuove esigenze. Secondo la teoria andorrana lo Ius Commune sarebbe pietrificato.

A San Marino, invece, è lecito dare interpretazione moderna alle vecchie fonti. Chi vuole praticare il diritto a San Marino deve frequentare un'università italiana, allenandosi sui codici italiani; le conoscenze di diritto moderno italiano così acquisite saranno poi applicate al diritto in vigore a San Marino. Non manca la letteratura di Ius Commune in lingua italiana e non mancano gli esperti. I processi in appello vengono affidati a professori universitari di Diritto Comune, i quali sono poi anche consulenti nei processi di terza istanza.

Per quanto riguarda il Sud Africa², si può parlare di un model-

² Lecture di introduzione: H.R. HAHLO, E. KAHN, *The South African Legal System and its Background*, Cape Town 1973; R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, Darmstadt 1983. Il dibattito tra «puristi» e «inquinatori» si svolge in pubblicazioni sudafricane purtroppo poco accessibili in Europa. Tra i molti contributi al tema vorrei raccomandare quelli di H.I. ERASMUS, *The Interaction of Substantive and Procedural Law: The Southern African Experience in Historical and Comparative Perspective*, in «Stellenbosch

lo che sta a metà tra il modello andorrano e quello sanmarinese. Tutti concordano sul fatto che nel 1806, quando il Sud Africa fu ceduto alla Gran Bretagna, fosse in vigore il diritto olandese, e sul fatto che quel diritto continuò ad essere applicabile in quanto non abrogato o non caduto in desuetudine. Si discute, però, se il diritto olandese debba rimanere nella situazione del 1806, oppure se sia lecito adattarlo alle esigenze dell'oggi.

Secondo la costituzione della vecchia Repubblica Sudafricana boera del 1849 (l'odierno Transvaal) il diritto in vigore è quello definito «romano-olandese» nel libro intitolato *Manuale dei commercianti* di van der Linden e nell'opera *Roomsch-Hollandsch Recht* di van Leeuwen e nella *Introduzione alla giurisprudenza olandese* di Hugo Grotius. Questo passo della costituzione può essere interpretato come favorevole ad una «pietrificazione», ma non deve essere necessariamente interpretato così.

La corte d'appello a Bloemfontein aggiorna periodicamente il diritto sudafricano sulla base di un confronto tra il diritto tradizionale ed il diritto moderno di Stati romanistici, da un lato, come ad esempio Olanda, Germania e Svizzera, e dall'altro, Stati di tradizione inglese. Se dal confronto risulta che esiste un vasto consenso internazionale nello sviluppare il diritto in una certa direzione, la corte d'appello cerca di allineare lo sviluppo del diritto sudafricano nella stessa direzione. Tale atteggiamento può essere considerato in vari modi. Si potrebbe dire che si tratta di una libera interpretazione ispirata dal diritto comparato; ovvero si potrebbe dire che il consenso degli stati romanistici moderni costituisce la forma odierna dello Ius Commune, e che seguire quel consenso è applicazione dello spirito del diritto olandese di allora.

Lo stesso procedimento comparatistico è utilizzato nella *South African Law Commission*, che prepara proposte di riforma della legislazione. Vorrei anche menzionare il procedimento seguito nelle trattative tra il partito nazionale al governo e gli altri partiti,

Law Review», 3, 1990, pp. 349 ss.; D.P. VISSER, *Daedalus in the Supreme Court - the Common Law Today*, in «Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg», 49, 1986, pp. 129 ss.; R. ZIMMERMANN, *Synthesis in South African Private Law: Civil Law, Common Law and Usus Hodiernus Pandectarum*, in «South African Law Journal», 103, 1985, pp. 264 ss.; E. KAHN, *The Reception and Development of Roman-Dutch Law in South Africa*, in «Lesotho Law Journal», 1, 1985, pp. 71 ss.; W.J. HOSTEN - A.B. EDWARDS - C. NATHAN - F. BOSMAN, *Introduction to South African Legal Theory*, Durban 1983, pp. 215 ss.; H.R. HAHLO - E. KAHN, *The South African Legal System* cit., pp. 300 ss. In Europa è comunemente disponibile A.J. BULLIER, *De la pertinence du terme «romano-nerlandais» en droit sud-africain*, in «Revue historique de droit français et étranger», 70, 1992, pp. 59-68.

soprattutto l'*African National Congress* ed i suoi alleati. Anche là si dibattono proposte di riforma costituzionale con argomenti tratti dal diritto estero; e sia il governo che l'A.N.C. ricorrono alla conoscenza specifica di professori universitari che sono loro vicini.

Inoltre i sudafricani dibattono ancora se sia lecito riferirsi ad opere non olandesi. Allo storico del diritto è ben chiaro che l'Olanda apparteneva allo *Ius Commune* e che i giuristi olandesi si riferivano al *Corpus Iuris* ed alla letteratura internazionale corrispettiva, cosicché non ha senso leggere opere olandesi senza consultare i testi a cui esse si riferiscono, e soprattutto il *Corpus Iuris*. Questo fatto era già riconosciuto in una ordinanza della repubblica boera Oranje Vrijstaat del 1856, in cui si precisava che come diritto romano-olandese s'intendeva il diritto come era spiegato nelle opere di Voet, van Leeuwen, Grotius, Papagallo, Merula, Lybrecht, van der Linden, van der Keessel e le autorità da questi citate. Ciò non risulta più così chiaro, però, nel dibattito sudafricano di oggi. Molti pratici del diritto proiettano sulla vecchia Olanda l'immagine moderna di uno stato nazionalista e si immaginano il diritto olandese come un diritto nazionale indipendente ed isolato, postulando che si debbano tenere in conto solo opere scritte in Olanda.

Quel postulato, benché mai ufficialmente rifiutato, non si è mai tradotto in un orientamento univoco della prassi delle corti. È vero, le opere scritte in Olanda cantano, in casi dubbi, più delle altre, ma vengono consultate anche opere di altre province dei Paesi Bassi. Inoltre, la tradizione di citare trattati di Pothier è presente da lunga data, già nei primi anni del diciannovesimo secolo questi circolavano in traduzione inglese ed erano conosciuti dai giudici inglesi.

Negli anni sessanta, settanta e ottanta la corte d'appello si è aperta più di prima alla pandettistica tedesca e alle altre opere non neerlandesi dello *Ius Commune*. Ma anche in questo caso è difficile stabilire se questo atteggiamento della corte deve essere ritenuto un'applicazione del diritto olandese, inteso in senso lato, oppure un frutto della summenzionata attività comparatistica. Il dibattito sul diritto olandese si sovrappone a quello sulle relazioni tra diritto inglese e tradizione romanistica e all'altro sui rapporti tra nazionalisti neri e bianchi, in gran maggioranza di madrelingua afrikaans, e liberali bianchi ed indiani, che sono invece di lingua inglese. Siamo curiosi di vedere quale direzione prenderà la forza più potente del nuovo Sud Africa, cioè l'alleanza tra partito comunista, African National Congress e sindacato COSATU. Alcuni dei protagonisti di questa alleanza si sono

espressi a favore del diritto romano.

Nel secolo diciannovesimo, quando in Sud Africa i giuristi con formazione accademica si contavano sulle dita di due mani ed i giudici venivano dalla Gran Bretagna, era iniziato un processo di recezione del diritto inglese, soprattutto di quello processuale e di quello amministrativo ed anche parzialmente del diritto privato e di quello penale. Dal recente passato ciò è stato considerato da alcuni come una vergogna nazionale, e di conseguenza alcuni giudici della corte d'appello hanno cercato di «purificare» il diritto ristabilendo il vecchio diritto romanistico. I puristi della tradizione romanistica (*purists*) vilipendevano i giuristi pragmatici come *pollutionists*, cioè inquinatori (in afrikaans *besoedelaars*). Questo dibattito, in alcuni casi molto aspro, si è attualmente affievolito poiché vi sono problemi molto più rilevanti da discutere.

Una situazione molto contraddittoria viene creata dal fatto che in Sud Africa si sono consolidate la maniera inglese di citare scritti di autorità e la gerarchia inglese delle fonti del diritto. Il problema non è molto considerato nel dibattito sudafricano, ma a me pare cruciale. Mi spiego meglio. I giuristi sudafricani si sono abituati a citare passi di Hugo Grotius, Johannes Voet, Robert-Joseph Pothier nello stesso modo nel quale gli inglesi si riferiscono alle opere inglesi di autorità, cioè a Glanvill, Bracton, Littleton, Coke e Blackstone, presupponendo che il diritto di allora corrisponda ai testi di questi autori. Non si capisce che, invece, gli autori in questione partecipavano ad un dibattito internazionale sull'interpretazione di testi del *Corpus Iuris*. Tutte le loro dichiarazioni devono essere lette insieme con i testi del *Corpus Iuris* o dello statuto ai quali si riferiscono. Ogni proposta di concretizzare o cambiare il diritto implicava tacitamente una proposta di interpretare in un certo modo i testi del *Corpus Iuris* o di uno statuto. Nella prassi sudafricana, però, si può a volte dire che i commenti di Voet al *Corpus Iuris* sono diventati legge invece del *Corpus Iuris* stesso.

Voglio fare un riferimento concreto che consenta di capire il problema. Presso la *South African Law Commission*, cioè l'ente che prepara le riforme del diritto, esiste un comitato che promuove traduzioni di opere latine in inglese o afrikaans. I membri di quel comitato premono sui traduttori per l'accelerazione dei lavori, chiedendo di tralasciare «tutte quelle citazioni che non hanno nessuna importanza per noi». Per la gerarchia delle fonti giuridiche occorre vedere ben chiaramente il grande contrasto che esiste, per quanto non immediatamente evidente, tra la gerarchia dello *Ius Commune* e la gerarchia del diritto inglese. Nel

modello inglese al primo posto stanno le decisioni precedenti delle corti, mentre tutte le altre fonti sono in secondo piano. Ogni decisione di una *court of record* fa legge per casi analoghi; un precedente è cogente per le corti subordinate, ed è di grandissima autorità, per quanto non assolutamente cogente, nella stessa corte e nelle corti di pari livello. L'autorità del precedente è persino maggiore dell'atto legislativo, visto che un atto legislativo costringe solo se debitamente pubblicato, cosicché tutti gli interessati ne possano prendere conoscenza, mentre il precedente costringe anche se non pubblicato. Il modello inglese è provvisto di un freno di emergenza, cioè la dottrina del precedente reso per disattenzione, *per incuriam*, come si dice. Secondo quella dottrina non fa legge un precedente che non ha considerato un altro precedente o una legge contrastante. Se applicata all'estremo questa dottrina potrebbe eliminare lo *stare decisis* stringente, e potrebbe creare invece una situazione analoga a quella esistente in altre giurisdizioni. In Inghilterra la dottrina di «incuria» viene però utilizzata con estrema riservatezza.

In Sud Africa, invece, i giudici purificatori del diritto si sono serviti di questa dottrina per eliminare influssi di diritto inglese che offuscavano il diritto tradizionale romano-olandese. Tramite tale dottrina è stato di nuovo instaurato in parecchi casi lo *Ius Commune* romano-olandese contro usanze inglesi che si erano consolidate da decenni ed erano state confermate da una serie di precedenti.

Ai miei studenti spiego la differenza tra lo *Ius Commune* ed il modello inglese con l'immagine del quadro coperto in parte da lastre di vetro. Per capire la situazione di un giurista sudafricano prima dell'arrivo degli inglesi, pregherei il lettore di figurarsi quattro vetrine che stanno una dietro l'altra. Il giurista in cerca della norma giuridica da applicare si rivolge allo *Ius Commune*, ma vede lo *Ius Commune* attraverso le quattro vetrine. Sulla vetrina di fronte è dipinto il diritto statutario della colonia sudafricana; nella vetrina seguente il diritto consuetudinario; poi il diritto statutario olandese; ed infine vi sono le consuetudini olandesi e di tutta la regione geografica. Il contenuto di uno strato posteriore o dello *Ius Commune* non si vede se c'è qualcosa in uno strato anteriore che lo copre e nasconde.

L'immagine non è ancora completa. Le quattro lastre di vetro non coprono tutto il retroscena di *Ius Commune*. Rimangono sempre visibili certi principi di base che stanno scritti sopra il quadro: sono principi assolutamente cogenti, che nessun legislatore e nessuna consuetudine possono abrogare. Si tratta di comandi cogenti dati da Dio, oppure, come si diceva in età illumi-

nistica, di comandi cogenti risultanti dalla natura delle cose e degli uomini. Questi comandi assolutamente cogenti ed inabrogabili tutelano, tra l'altro, alcuni dei diritti fondamentali dell'uomo. Lo *Ius Commune* è dunque un diritto a due livelli, superumano e umano. Il diritto fatto dagli uomini è inquadrato da principi immutabili e che prevalgono sulle norme umane.

Per arrivare invece alla teoria ufficiale delle fonti nel Sud Africa di prima della riforma, ingrandiamo la vetrina degli statuti sudafricani, in modo che copra anche i principi generali, e immaginiamoci in più una grande quinta di vetro che stia di fronte e che copra tutto quanto (cioè i precedenti della *Supreme Court of South Africa*). In un gran numero di casi la ricerca della norma si ferma già su quella vetrina e raramente lo sguardo penetra fino allo *Ius Commune*, del quale inoltre non si riconoscono più come tali i principi generali. Vediamo dunque un modello pienamente positivista. Qualsiasi cosa determinano i politici o i giudici diventa legge.

L'immagine delineata del modello sudafricano-inglese non rende giustizia alla grande tradizione della *Common Law*, perché paragona il diritto inglese di un periodo relativamente breve di positivismo e sclerosi con lo *Ius Commune* in pieno fiore. In Inghilterra il principio di *stare decisis* si è convertito in norma assolutamente stringente solo nel tardo secolo diciannovesimo, cioè nel 1861, in seguito ad esperimenti simili in molti stati di tradizione romanistica³. Oltre a ciò anche la *Common Law* aveva una tradizione di due livelli che difendevano valori di base contro il positivismo. Ciò non toglie che, sfortunatamente, il sistema inglese si sia manifestato in Sud Africa nella forma pervertita sopra descritta.

È eminentemente politica l'immagine delle lastre di vetro che coprono il dipinto di *Ius Commune*. Se noi sosteniamo la gerarchia delle fonti dello *Ius Commune*, allora i diritti fondamentali dell'uomo risultano inderogabili. Dato che tali diritti fanno parte dello *Ius Commune* e dunque del diritto del Sud Africa, non erano dunque valide le leggi sudafricane che calpestavano tali diritti fondamentali, e quindi tutti i precedenti che le applicarono furono emanati *per incuriam*. Di conseguenza esisterebbe una

³ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, München 1989, p. 252; R. OGOREK, *Richterkinig oder Subsuntionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1986, pp. 192-195; ulteriori riferimenti in G.R. DOLEZALEK, «*Stare decisis*»: *Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th-20th Century)*, University of Cape Town Inaugural Lecture, New Series No. 156, Cape Town 1989, in particolare pp. 2-3 e 13-17.

continuità secolare di uno stato di diritto al quale può allacciarsi la discussione costituzionale di riforma.

Con la teoria inglese della gerarchia delle fonti, al contrario, il parlamento bianco sudafricano si sentiva talmente sovrano da approvare leggi penali con effetto retroattivo, che permettevano la detenzione arbitraria senza controllo giudiziario, e invadevano la sfera privata intima, e così di seguito.

Con l'appoggio della gerarchia romano-olandese delle fonti di diritto il paese potrebbe disporre di un enorme potenziale di argomenti che possono servire per la riforma. Vedremo oltre che tali argomenti sono già stati avanzati sotto il vecchio regime. Mi soffermo però ancora per concludere sul tema della teoria delle fonti del diritto.

Secondo il modello inglese, non occorre stabilire da dove trae origine una norma giuridica che si invoca. Non occorre ricondurre la norma a qualche atto legislativo. Un avvocato che vuole invocare una certa norma cercherà un precedente che riconosce quella norma. Non si interesserà all'origine della norma, poiché non fa differenza se la norma trae la sua origine dal *Corpus Iuris Civilis*, o dallo *Ius Commune*, o dalla prassi inglese del secolo diciannovesimo, o da un atto legislativo sudafricano. Basta citare un precedente che confermi la norma.

Considerando questo stato della teoria giuridica sudafricana è sorprendente vedere quanto spesso vengono citate fonti di *Ius Commune*, tanto nei trattati e manuali quanto nelle decisioni delle corti. A questo riguardo la giurisprudenza sudafricana contrasta fortemente con quella scozzese. Anche in Scozia sopravvive lo *Ius Commune*: le sue regole si trasmettono da un precedente ad un altro. Però questo fatto non è immediatamente evidente, dato che si citano i soli precedenti e non le norme di diritto romano che ne formano la base. Il *Corpus Iuris* si cita solo se non c'è precedente scozzese conveniente. In Sud Africa, invece, si rafforzano spesso citazioni di precedenti sudafricani anche con citazioni di autorità romano-olandesi.

Secondo me non si tratta di una mera decorazione di vetrina. Da un lato le citazioni romano-olandesi prevengono le critiche della corte d'appello: dimostrando la radice olandese si assicura che il precedente invocato non sarà scartato in quanto emanato *per incuriam*. Dall'altro lato le citazioni presenti nella trattatistica segnalano un cambio di orientamento. Adesso si pubblicano manuali e trattati che seguono in parte modelli tedeschi ed olandesi, e non più esclusivamente modelli inglesi. Trattati giuridici del continente europeo citano continuamente la legislazione e non solo i precedenti; altrettanto fanno i trattati sudafricani dello

stile nuovo, che citano anche il *Corpus Iuris* e la letteratura relativa. Molti professori di diritto hanno soggiornato per motivi di studio in Germania o in Olanda, e leggono senza difficoltà l'idioma di questi paesi. Peraltro anche le relazioni economiche con il continente europeo prevalgono adesso su quelli con la Gran Bretagna.

Ricapitolando questa prima parte della comunicazione, direi che la teoria sull'applicabilità dello *Ius Commune* in Sud Africa contiene molte incertezze, ma proprio queste incertezze lasciano la porta aperta ad un collegamento tra il passato remoto ed il futuro. Esiste tuttora una familiarità con citazioni di certi autori, e a volte si cita il *Corpus Iuris* stesso. Nel campo di diritto privato è già consueto il procedimento di riforma tramite innesto di idee moderne provenienti dall'estero sulla base tradizionale romano-olandese.

Affronto ora il problema della capacità dei pratici del diritto a manovrare le vecchie fonti senza l'aiuto dei manuali, e senza l'aiuto di un esperto, in situazioni che si presentano alquanto frequentemente. Sono sicuro che in tali casi giuristi tedeschi o italiani sarebbero in difficoltà. Non va molto meglio in Sud Africa. È vero che la maggior parte delle volte si ottengono soluzioni accettabili, ma l'argomentazione romanistica lascia desiderare. Ho letto diversi *law reports* degli ultimi vent'anni, e ne sono sempre rimasto deluso.

Persino nella corte più alta del paese, cioè la *Appellate Division della Supreme Court*, succedono a volte veri disastri. Per esempio, la *Appellate Division* ha deciso, nel caso «Bank of Lisbon/De Ornelas», che il principio di buona fede e la *exceptio doli* non abbiano mai fatto parte del diritto olandese, e che di conseguenza non facciano parte del diritto sudafricano. e nel caso «Nortje/ Pools» la *Appellate Division* ha deciso che non esiste una proibizione generale dell'arricchimento senza causa. Non si può dire se queste decisioni facciano ridere o piuttosto piangere; il problema è, comunque, che in Sud Africa fanno legge.

Il grosso limite dei pratici consiste nel fatto che essi non conoscono gli strumenti del lavoro storico-giuridico. L'ampia letteratura sullo *Ius Commune* è loro totalmente ignota; ma non conoscono neppure gli indici, i repertori e le bibliografie, e neppure i manuali e le riviste della romanistica moderna. Non hanno alcuna familiarità col *Corpus Iuris Civilis*, e la maggior parte di loro non ha mai visto il *Corpus Iuris Canonici*, di cui in Sud Africa esistono pochissimi esemplari. Osservando più da vicino le citazioni proposte dai pratici nei casi suddetti, ci si accorge che

si tratta spesso di citazioni riciclate: sono prese, cioè, non direttamente dal Corpus Iuris, ma da qualche precedente che sembra presentare qualche relazione col tema. Sono riciclate, spesso con la numerazione sbagliata, le citazioni proposte nel periodo prebellico dai giudici che sapevano ancora utilizzare le fonti. Raramente si cercano altre citazioni più adatte. Ho visto casi nei quali già una semplice lettura del passo che precede o segue il passo riciclato avrebbe fornito migliori argomentazioni. I pratici non sono consci del quadro complessivo dello Ius Commune. Citano i passi autoritativi senza rendersi conto del contesto e delle connessioni tra un tema e l'altro. Pochissimi sanno leggere i testi latini. Le traduzioni inglesi del Corpus Iuris, perciò, sono piene di errori gravi.

Il sistema giuridico sudafricano pretende troppo dai giuristi pratici e fornisce loro troppo poco aiuto. Basti pensare che in nessuna corte, nemmeno nella *Appellate Division*, esistono posti per giuristi assistenti che aiutino i giudici. I giudici hanno molto da fare e devono svolgere tutte le loro indagini giuridiche da soli; dunque dipendono molto dalla qualità degli scritti degli avvocati. A San Marino, come già detto, si affidano tutti i processi di seconda e terza istanza a professori di diritto comune. Questo è possibile perché San Marino è uno stato piccolo ed il numero di esperti a disposizione è grande. In Sud Africa la situazione è inversa.

Anche agli avvocati non si può chiedere l'impossibile. Studiano solo tre anni, ed in un tempo così breve devono memorizzare moltissimo perché il diritto non è codificato. Rimane poco tempo per lo studio delle vecchie autorità. Nella formazione dei giuristi sudafricani manca un corso di storia del diritto. Certo, nei vari corsi di diritto c'è sempre qualche introduzione storica (soprattutto nel corso di diritto romano), ma questo non basta per farsi un'idea della complessità dello Ius Commune.

I pratici più anziani hanno frequentato l'università prima degli anni ottanta, cioè in un periodo nel quale il corso di diritto romano verteva sul diritto ricostruito «classico», senza alcuna menzione del Corpus Iuris e delle trasformazioni del diritto sotto lo Ius Commune. Molti studenti non hanno mai visto neppure il Corpus Iuris. Oggi, invece, l'insegnamento di diritto romano viene impartito in molte università come introduzione storica al diritto moderno. Ma nel periodo precedente era un insegnamento astratto, impartito da docenti che non avevano formazione romanistica e perciò attendevano ai loro doveri didattici di malavoglia, costringendo gli studenti a memorizzare qualche manuale di diritto romano. I manuali di lingua inglese, però, spie-

gavano solo il diritto pre-giustiniano, e dunque si imparava solo quello.

I giuristi formati in quegli anni nutrono spesso un'avversione profonda per il diritto romano e hanno un ricordo spiacevole del corso di latino. Oggi il corso obbligatorio di latino è molto meno impegnativo. Si richiedono poche conoscenze, non molto di più della coniugazione e della declinazione, e ciò nonostante molti giuristi non conoscono neppure quelle. Prima del 1990, però, il latino era un ostacolo duro. Il corso veniva impartito da filologi classici che costringevano i giuristi a tradurre Livio e Ovidio, perché giudicavano troppo inelegante il latino del Corpus Iuris, e comunque non ne capivano i concetti perché mancava loro la formazione giuridica.

Nel riassumere il quadro sopra delineato, direi che ordinariamente il giurista pratico sudafricano non ha né la formazione né il tempo e nemmeno la volontà di immergersi nello studio delle fonti dello Ius Commune; e ciò fa sì che anche tra i giudici più specialisti della corte d'appello si verificano sviste e persino gravi malintesi. La ricchezza di argomenti che lo Ius Commune potrebbe offrire non viene comunque utilizzata. La caduta del corso obbligatorio di latino non aiuterà certo al ripristino dell'uso delle vecchie fonti nella prassi generale del paese. Se si volessero mai compiere atti simbolici di aggancio alla tradizione centenaria, tale compito dovrebbe spettare agli specialisti storici del diritto, che dovrebbero rendere chiaro dove sono i punti d'aggancio; e la nuova *élite* del paese dovrebbe accogliere queste dottrine.

Sono convinto che stabilire la continuità storica dello stato di diritto in Sud Africa farebbe bene al paese, perché contribuirebbe a ricreare una coscienza di unità di tutto il popolo e a ridare dignità al diritto per tanto tempo trascurato.

La nuova *élite*, però, pare ancora assai indecisa su come comportarsi al riguardo. La metamorfosi da rivoluzionari ad evolucionisti è delicata. Pochi anni fa avrei dato per scontato che i giuristi dell'ANC non si curassero dello Ius Commune. La tradizione romano-olandese applicata dalle corti era stata utilizzata come strumento di oppressione e come simbolo dell'arroganza ed intransigenza degli afrikaanders. Nei processi di alto tradimento che si svolgevano contro gli insorgenti gli imputati si adoprano affinché il governo facesse brutta figura. Basarono la loro difesa sull'argomento che le leggi sudafricane e le misure dell'amministrazione violavano diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti, ma non argomentarono con lo Ius Commune stesso. Un mutamento d'atteggiamento avvenne nel 1989,

durante il processo contro Yengeni ed il suo gruppo, accusati nella corte di Città del Capo. Il procuratore della Repubblica imputava a Yengeni e agli altri di essere membri dell'esercito rivoluzionario um Khonto we Swize e li accusava di aver commesso atti di terrorismo in vari luoghi del paese. Poiché mancavano le prove, il procuratore voleva chiamare i vari accusati come testimoni l'uno contro l'altro. Se avessero rifiutato di incriminarsi a vicenda, sarebbero stati mandati in galera per vilipendio della corte. S'intende che una tale procedura viola quelle che sono regole fondamentali di procedura penale in tutti i paesi civilizzati. Nessuno può essere costretto ad incriminare se stesso e di conseguenza sono altrettanto inammissibili procedimenti che eludono quel divieto. Ma il procuratore si basava su di un passo di Johannes Voet e adduceva precedenti della *Appellate Division* che avevano approvato tale procedimento.

La difesa era nelle mani di Dullah Omar, l'avvocato più in vista della resistenza *coloured*, che è attualmente segretario generale dell'ANC per il Western Cape. Dullah Omar chiedeva a noi docenti della Facoltà di diritto di Città del Capo se è vero che il diritto romano olandese prescrive una tale mostruosità. Gli abbiamo preparato argomenti di diritto comune per la difesa, ed egli li ha riferiti in corte facendo fare più che mai brutta figura al procuratore ed al giudice. Si dimostrava, infatti, dinnanzi agli occhi degli osservatori internazionali che la corte di appello non era in grado di comprendere correttamente la propria legge romano-olandese. Da allora in poi Dullah Omar ed i suoi amici hanno considerato lo *Ius Commune* sotto un'altra luce.

In concreto, fu dimostrato che il citato passo di Johannes Voet datava ad un periodo nel quale esisteva ancora la tortura giudiziaria. In quel periodo si riteneva comunemente che ogni imputato avesse un obbligo assoluto di dire la verità, anche se incriminante - obbligo che poteva essere forzato tramite tortura. Di conseguenza nulla impediva di chiamare i co-accusati come testimoni. Solo le persone imparentate, i servitori dell'imputato ed il confessore potevano rifiutarsi di dare testimonianza. Con l'abolizione della tortura si era introdotto, invece, il diritto dell'imputato di tacere, il che comportava che non si potessero più chiamare co-accusati come testimoni. Quello che Johannes Voet aveva detto su di loro non valeva più; invece, doveva essere esteso a loro quello che Johannes Voet aveva detto in tema di esclusione della testimonianza dei parenti.

Nel caso suddetto, il giudice aveva risolto la delicata situazione applicando il positivismo della gerarchia delle fonti all'inglese così come è stato descritto sopra. Il giudice diceva che la *Appel-*

late Division aveva approvato il passo in questione di Johannes Voet, e che questo precedente faceva legge, e che lui, il giudice del caso, era tenuto ad applicare quel precedente. Il processo si trascinò ancora a lungo, e fu poi terminato senza sentenza, a causa dell'amnistia generale.

La nuova Repubblica Sudafricana dovrà fare molte scelte importanti su dibattiti che sono già pienamente aperti. L'incertezza che vige in tema di continuità dello *Ius Commune* corrisponde ad una incertezza molto più grande circa l'avvenire del paese in generale. Sarà possibile mettere fine alle rivalità sanguinose tra partiti e tribù? Ci muoviamo verso un'economia di mercato libero, oppure verso la pianificazione centrale sul modello dell'ex URSS? Saranno espropriate le terre, le miniere e le fabbriche? Sarà instaurato un governo democratico o un solo partito autoritario? Si ammetteranno regioni autonome? Saranno espulsi tutti i bianchi, bruni e indiani? O sarà creata una situazione tale da convincere tutti i laureati, anche quelli neri, a lasciare il paese? Da dove prendere l'acqua quando la popolazione supererà gli 80 milioni, tra 15 anni, dato che si raddoppia ogni 22 anni? Come risolvere il problema di una disoccupazione del 60 per cento della forza lavoro, mentre il prodotto lordo nazionale diminuisce del 2 per cento all'anno? Come fermare la tubercolosi, la malaria, la sifilide, l'Aids, che si propagano rapidamente mentre gli ospedali pubblici crollano per mancanza di fondi e di personale addestrato? Come comportarsi verso i milioni di immigranti illegali provenienti da altri stati?

Tra tutte queste gravi domande il tema della mia comunicazione viene messo relativamente in ombra rispetto a periodi precedenti. Forse sarà proprio questa diminuita attenzione a rendere possibile una soluzione da cui il paese possa trarre beneficio.