



En tibi, formosæ sub Europa puellæ,
Vniude fecundos pandit vt illa sinus

MERIDIES.
Fidens Italiam dextra Cimbricæsq; sinistra,
Obtinet, Hÿpanum fronte æritiq; iolum.

Pedore habet Gallos, Germanos corpore gellat
Ac pedibus Graios, Sautomatasq; iouet,

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO

Esperienze e prospettive

a cura di

Gianni Santucci, Paolo Ferretti, Sabrina Di Maria

a cura di
Gianni Santucci, Paolo Ferretti, Sabrina Di Maria

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO

ESPERIENZE E PROSPETTIVE

Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018



Edizioni
Università
di Trieste

In copertina: H. BUNTING, *Europa Prima Pars Terrae in Forma Virginis*.



La versione elettronica ad accesso aperto
di questo volume è disponibile al link:
<https://www.openstarts.units.it/handle/10077/29575>

UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2019

ISBN 978-88-5511-098-3 (print)
ISBN 978-88-5511-099-0 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
eut@units.it
<http://eut.units.it>
<https://www.facebook.com/EUTEditioniUniversitaTrieste>

INDICE

<i>Premessa</i>	7
Gianni Santucci <i>Introduzione ai temi del convegno</i>	9
Paolo Ferretti <i>I Fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana</i>	25
Sabrina di Maria <i>L'insegnamento della materia: i contenuti</i>	47
Riccardo Cardilli <i>Lo studio del diritto romano e i Fondamenti del diritto europeo</i>	57
M. Floriana Corsi <i>Fondamenti del diritto europeo: dall'esperienza alcune perplessità e un'opportunità</i>	83
Tommaso dalla Massara <i>Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica</i>	91

Roberto Fiori <i>Fondamenti del diritto europeo: problemi scientifici, didattici e accademici</i>	115
Giovanni Luchetti <i>L'esperienza bolognese</i>	125
Aldo Petrucci <i>I Fondamenti del diritto europeo nella Facoltà/Dipartimento di Giurisprudenza di Pisa</i>	133
Antonio Saccoccio <i>Diritto romano, fondamenti e fondamentali</i>	157
Laura Solidoro <i>I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina</i>	189
Emanuele Stolfi <i>Un'esperienza didattica</i>	217
Arrigo Diego Manfredini <i>Sintesi degli interventi</i>	241

PREMESSA

Nel 2019 sono trascorsi vent'anni dalla istituzione nelle Università italiane dell'insegnamento dei *Fondamenti del diritto europeo* (D.M. 21 dicembre 1999). Le Università di Trento e Trieste hanno deciso di avviare una riflessione comune sul tema. All'interno di questa, il 13 e 14 dicembre del 2018 si è svolto a Trento un primo seminario dove si è inteso offrire un bilancio delle esperienze maturate in questi vent'anni e delle eventuali prospettive circa la didattica e la ricerca presso la romanistica italiana. Il presente volume ne raccoglie i contributi.

I curatori desiderano esprimere il loro ringraziamento alla Facoltà di Giurisprudenza trentina nelle persone del Preside, Fulvio Cortese, e di Giorgia Sartori, della Segreteria organizzativa eventi, per la loro collaborazione alla riuscita dell'evento.

INTRODUZIONE AI TEMI DEL CONVEGNO

Nel 2019 saranno trascorsi venti anni dalla istituzione dell'insegnamento dei 'Fondamenti del diritto europeo'¹. Può essere quindi tempo di un primo bilancio dell'impatto che tale 'nuova' disciplina ha avuto nelle aule delle nostre facoltà, verificando, inoltre, la sua ricaduta a livello scientifico. Sappiamo, infatti, quanto l'efficacia di una buona didattica raramente trovi origine in un «sapere morto»² e risulti piuttosto il naturale esito di ricerche originali e di analisi storiografiche condotte di prima mano.

Vorrei articolare questa breve introduzione in due parti ideali. Nella prima, ripercorrere talune delle principali tappe che la riflessione giusromanistica è andata svolgendo nell'arco di questi ultimi venti anni sul tema dei 'Fondamenti'; nella seconda focalizzare alcuni temi e snodi, più o meno critici, che tale insegnamento e metodo di ricerca ha posto o continua a porre, con l'avvertenza che, in entrambi i casi, procederò in modo rapsodico e senza alcuna pretesa di completezza per non sottrarre tempo prezioso ai relatori.

Avendo attenzione agli eventi di questi ultimi due decenni, prendo l'avvio con 'Copanello 2000'. Com'è noto, i congressi internazionali

¹ Cfr. il D.M. n.537 del 21/12/1999 (All. art.7, 2°c).

² Mutuo questa espressione da M. BRETONE, *Introduzione all'edizione italiana*, in W. KUNKEL, *Linee di storia giuridica romana*, Napoli 1973, XI.

di diritto romano di Copanello, tenuti a regolare cadenza biennale, hanno costituito negli ultimi decenni l'appuntamento, credo fra i più importanti, della romanistica italiana. La decima edizione, quella appunto del 2000, spezzando una tradizione costruita su temi di impostazione squisitamente storicistica, ebbe come tema le relazioni fra diritto romano, tradizione romanistica e diritti attuali, ponendo l'accento in modo speculare sulle «radici» e sulle «prospettive» dell'«esperienza giuridica contemporanea»³. Emblematica del diverso 'spirito' del Convegno fu, a parer mio, l'ampia relazione introduttiva, affidata a Reinhard Zimmermann e dedicata all'impostazione del rapporto fra diritto romano e diritti europei contemporanei sotto il profilo del metodo storico-comparativo. Una felice sintesi del pensiero dello studioso tedesco la si può cogliere in alcuni passaggi delle *Osservazioni finali* dove, fra l'altro, si legge: «Oggi...il sapere storico-giuridico ha acquistato nuovo significato in vista dell'uropeizzazione del diritto privato e della scienza del diritto privato; ci rende capaci di vedere il sostrato comune ai nostri sistemi giuridici nazionali moderni e di comprendere le differenze attuali; ci rende consapevoli del fatto che il diritto non si è sviluppato in un isolamento nazionale e non può, pertanto, essere correttamente capito in una dimensione puramente nazionale; costituisce fondamento per la scienza del diritto comparato e lastrica la strada che conduce alla riaffermazione di una cultura giuridica europea»⁴. Che quell'edizione del Convegno di Copanello volesse rappresentare, o, comunque, fosse avvertita come un momento di svolta ce lo ricorda lo stesso Mario Talamanca che nella *Relazione conclusiva* aveva predicato a questo proposito di «un sostanziale strappo» e di un «segno per la giusromanistica che un'epoca di equivoci e di deviazioni volge verso la fine»⁵.

³ *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica e contemporanea*, a cura di F. Milazzo, Napoli 2004.

⁴ R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto privato europeo e le sue basi storiche*, in *Diritto romano e terzo millennio*, cit., 81 s. Cfr. anche ID., *Roman law, contemporary law, European law. The civilian tradition today*, Oxford 2001, 187 s.

⁵ M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in *Diritto romano e terzo millennio*, cit., 347.

Un successivo evento, che però, a ben vedere, costituisce il primo vero momento di riflessione dedicato espressamente all'insegnamento dei 'Fondamenti' in Italia, fu il Convegno ferrarese del 27 febbraio 2004 dal titolo appunto di *Fondamenti del diritto europeo*⁶, già ricordato da Paolo Ferretti. In quella sede furono chiamati alcuni dei più autorevoli esponenti della generazione che, a vari livelli e in modo diretto ed indiretto ci è stata 'maestra': Filippo Gallo, Mario Talamanca, Matteo Marrone, Carlo Augusto Cannata, Letizia Vacca, Alessandro Corbino, tali eminenti studiosi furono invitati a rispondere ad un questionario, le cui domande rimangono attuali e in buona parte costituiscono ancora il punto di avvio del presente incontro⁷.

Non può passare sotto silenzio un terzo appuntamento, questo incentrato prevalentemente sui profili della ricerca, ma con inevitabili ricadute su quello didattico, il Convegno patavino della Società italiana di storia del diritto celebrato nel novembre 2005, incontro dedicato in generale agli «scopi e metodi della storia del diritto», sebbene peculiare attenzione fu rivolta alla «formazione del giurista europeo»⁸. Questa volta presero la parola Roberto Fiori, Giuseppe Falcone, Dario Mantovani, studiosi della generazione che è stata allieva dei maestri prima menzionati, preceduti dalle parole di Alberto Burdese, che nella *Presentazione* del Convegno ebbe ad insistere proprio sulla funzione della ricerca sui 'Fondamenti del diritto europeo'⁹.

Oltre a questi rilevanti momenti convegnistici di portata generale, la prima decade del nuovo secolo appare contrassegnata da un fervore di iniziative volte a valorizzare il diritto romano e la sua tradizione come matrice dei diritti europei e al contempo il meto-

⁶ *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti. Torino 2005.

⁷ Questi si possono leggere in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno*, cit., 116 s.

⁸ *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio (Padova 25-26 novembre 2005)*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2007.

⁹ A. BURDESE, *Presentazione*, in *Scopi e metodi*, cit., XI.

do storico-comparativo come strumento adeguato per cogliere e sviluppare queste realtà. Accanto ad ulteriori e singole iniziative convegnistiche – mi limito a ricordare, fra le altre, quella foggiana del 2003, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*¹⁰ –, non si può tacere l'assidua e rilevante attività convegnistica dell'Associazione internazionale per la ricerca storico-giuridica e comparatistica, conosciuta abitualmente attraverso il suo acronimo ARISTEC, attività curata in particolare da Letizia Vacca e che continua regolarmente con cadenza biennale. Sempre su iniziativa di Letizia Vacca fu costituito nel 2001 il *Centro di Eccellenza in Diritto Europeo "Giovanni Pugliese"*, promotore di una ricca collana di pubblicazioni, destinata alla valorizzazione della scienza giuridica con particolare riferimento all'ambito istituzionale europeo – come si legge nella sua presentazione nel sito ufficiale – «allo scopo di costruire le fondamenta per la formazione di una comune esperienza giuridica all'interno dello spazio europeo, nell'essenziale cornice generale offerta dal diritto romano e dalla tradizione romanistica».

Proseguo, toccando il profilo editoriale. Del 2003 è il primo volume collettaneo della collana *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*¹¹, esperienza che tuttora sta proseguendo e cui nel tempo si è affiancata la collana più snella dei *Quaderni*. I volumi pubblicati raccolgono contributi di studiosi italiani e stranieri su temi di diritto privato, fra loro alquanto diversi, ma che appaiono saldamente convergere sul metodo storico-comparativo adottato con consapevolezza scientifica. Osservava al riguardo Luigi Capogrossi Colognesi nella prefazione al primo volume quanto fosse «più importante e feconda la comunanza dello sforzo, il fatto che un gruppo di giovani ricercatori si sia riunito insieme, non intorno

¹⁰ *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletta, Milano 2004, dove fra i romanisti presero la parola Mario Talamanca, Letizia Vacca, Luigi Garofalo, Francesca Lamberti sulla validità e necessità del metodo storico-comparativo.

¹¹ AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003.

a un tema da trattare come tanti solisti, ma sulla base di un metodo di ricerca, anzitutto da inventare per loro stessi»¹².

La dimensione storica del diritto privato ha trovato un ulteriore punto di riflessione nella costituzione della nuova rivista *Teoria e storia del diritto privato* nel 2008; che si muove in una prospettiva schiettamente interdisciplinare e con peculiare sensibilità storica. I suoi contenuti toccano – leggo dalla presentazione della rivista – le «più svariate tematiche e discipline pertinenti il diritto privato: diritto privato romano (e diritti greci), diritto privato dell'età di mezzo e della prima età moderna, diritto privato vigente, diritto privato comparato, storia delle codificazioni privatistiche, teoria generale del diritto privato, tecniche ermeneutiche del diritto privato, sociologia del diritto privato».

Né si deve dimenticare, infine, che a tale fervore scientifico rivolto al tema dei 'Fondamenti del diritto europeo' e al metodo storico-comparativo si è accompagnata anche una corrispondente produzione manualistica, avente precipua finalità didattica. Da menzionare, fra i primi sotto il profilo cronologico, il corso sul tema della vendita e del trasferimento della proprietà del 1997 a cura di Letizia Vacca¹³ e i volumi di Laura Solidoro Maruotti del 2001 sulla storia della tradizione romanistica nel diritto europeo¹⁴ e, ricordo ancora, per esemplarità metodologica, i corsi dei *Materiali* di Carlo Augusto Cannata¹⁵, seguiti da altri studiosi che hanno percorso, con varietà di impostazione e di contenuti, questi sentieri¹⁶.

¹² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Prefazione*, in *Modelli teorici*, cit., XI.

¹³ *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997.

¹⁴ Ricordo qui la «seconda edizione modificata ed accresciuta»: L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I *Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune* e II – *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010. Di cui vedi anche: *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011.

¹⁵ C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2005, II, Torino 2008.

¹⁶ F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, Napoli 2007; L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008; G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a

Venendo poi ai contenuti, cioè a quello che potremmo definire lo ‘statuto epistemologico’ della disciplina, è nota l’ampia e diversificata letteratura che si è formata in termini di apprezzamento sul tema proprio dei ‘Fondamenti del diritto europeo’, e più generale sul metodo storico-comparativo, definito anche come «retrospektive Rechtsvergleichung»¹⁷, su cui, tuttavia non credo necessario insistere ora per ripetere cose note¹⁸. Più proficuo, forse, accennare agli attacchi che sono stati rivolti a più riprese nei confronti di questi percorsi scientifici e didattici. Attacchi che si rinvengono dentro e fuori la giusromanistica. Fra i romanisti soffermiamoci sulla critica che studiosi autorevoli come Antonio Mantello¹⁹ e Tomasz Giaro²⁰ hanno formulato a questo proposito. Pur battendo strade parzialmente diverse, nelle posizioni dei due autori richiamati si riconosce un nucleo di riflessioni comune circa il concreto pericolo di una possibile volgarizzazione dell’approccio scientifico e metodologico nello studio del diritto romano, determinato dall’ingenuità e dalla disinvoltura con cui si affrontano talvolta irti percorsi diacronici. Rischio concreto

cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2009; IDD., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010; IDD., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010; M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010; U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Bari-Roma 2010; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010; G. SANTUCCI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo, seminari trentini*, Napoli 2012; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2018²; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino 2018.

¹⁷ Così H. HÜBNER, *Sinn und Möglichkeiten retrospektiver Rechtsvergleichung*, in *Festschrift für G. Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987*, a cura di H.J.Musielak, K. Schurig, Stuttgart-Berlin Köln 1987, 235 ss.

¹⁸ Per un quadro bibliografico mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 58 s., in particolare ntt. 126-131.

¹⁹ A. MANTELLO, *Di certe smanie ‘romanistiche’ attuali*, in *Dir. rom. attuale* 4 (2000), 37 ss.; ID., *Ancora sulle smanie ‘romanistiche’*, in *Labeo*, 48, 2002, 7 ss.

²⁰ T. GIARO, «*Comparemus!*». *Romanistica come fattore d’unificazione dei diritti europei*, in *Riv. crit. dir. priv.* 19 (2001), IV, 539 ss.

su cui mi sembra opportuno che si sia posto l'accento, ma a questo riguardo va parimenti osservato come non manchino esempi – anzi ne posso scorgere facilmente parecchi – in cui il metodo storico-comparativo appare impostato correttamente e assunto con pieno rigore scientifico. Non solo, ma tale giudizio negativo può apparire, a sua volta, il frutto di generalizzazioni eccessive, poiché nella critica si accomunano in modo indistinto autori che coltivano opzioni metodologiche fra loro differenti e che hanno in comune solo l'elemento di connettere il dato storico alla contemporaneità²¹.

L'incorrere in facili banalizzazioni tale da far apparire chi si pone alla ricerca dei fondamenti del diritto europeo con metodo storico-comparatistico un dilettante è un pericolo concreto che pure taluni storici del diritto hanno denunciato. Così Gian Savino Pene Vidari ha posto in dubbio la comparazione per 'modelli' in quanto astratta dalla realtà, rivendicando al contempo la necessità di conservare profondità storica, che un'applicazione del metodo storico-comparativo da parte dei giusromanisti potrebbe mettere a rischio²². Sulla stessa linea si è posto Mario Ascheri che si è domandato, fra l'altro, «perché mettere in ombra quel serio storicismo (per il quale ricordare i nomi di Raggi, Orestano, e De Marini è doveroso) per dedicarsi a un'attualizzazione che da un lato confonde la storia (cosa mai educativa) e dall'altro non facilita (cosa mai produttiva) quei dibattiti sul mondo a orizzonti aperti che la confusa e debole situazione europea attuale richiede»²³.

Il riformarsi di una dogmatica atemporale di stampo pandettistico (neopandettismo) e la centralità del diritto romano nella storia del diritto europeo hanno costituito ulteriori motivi di critica. In ragione di ciò si doglie Paolo Grossi della «riduttiva e falsante

²¹ Tento una disamina critica più ampia di queste opinioni in G. SANTUCCI, *Il credito 'personale' del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, in *Modelli*, cit., 417 s. e nt. 111.

²² G.S. PENE VIDARI, *Intervento*, in *Scopi e metodi*, cit., 267 ss.

²³ M. ASCHERI, *Presentazione. La lotta per il nomos dell'Europa*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma 2005, 15.

conclusione storiografica che coglie il grande fenomeno dello *ius commune*, cioè del diritto dell'unità giuridica europea nel maturo medioevo, come *ius romanum mediæ ævi*, come “diritto romano ammodernato” e così anche della «parimenti riduttiva conclusione che privilegia nell'età moderna il filo della tradizione romanistica, senza afferrare che quel filo, pur decisamente rilevante, si è fuso con altri nella sintesi di quel grande tessuto che è il diritto moderno»²⁴.

La centralità della tradizione romanistica nella storia dei diritti europei è stata oggetto anche di attacchi, tendenzialmente però frutto di opzioni ideologiche, da parte di studiosi della comparazione giuridica. Non penso tanto al *Black Gaius* di Pier Giuseppe Monateri²⁵, che, azzardando una demitizzazione del primato del diritto romano a favore, invece, degli altri diritti dell'antichità²⁶, ha fondato le sue ipotesi su argomenti alquanto imbarazzanti sotto il profilo scientifico²⁷, quanto ad Alessandro Somma il quale ha svolto un'interpretazione politica dell'uso del diritto romano, cogliendo nel metodo storico comparativo l'espressione di un neopandettismo di tipo liberista volto a negare i profili di solidarietà e istanze sociali presenti nella contemporaneità²⁸. Non c'è dubbio che siffatto complesso di critiche risenta di un condizionamento ideologico in parte fuorviante e, al tempo stesso, si accomunino in modo indistinto metodologie e ricerche giusromanistiche differenti fra loro, non cogliendo la specificità del metodo storico-comparatistico.

²⁴ P. GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1996), 283.

²⁵ P.G. MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, in *Hastings Law Journal*, 51/3 (2000), 479 ss.

²⁶ Sull'irrilevanza degli altri diritti dell'antichità in rapporto alla storia del diritto europeo, intesa come cultura giuridica tecnica si veda per tutti: M. TALAMANCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara*, cit., 42 s.

²⁷ Una severa critica anche sotto il profilo metodologico si rinviene in non pochi studiosi (cfr. G. SANTUCCI *Diritto romano e diritti europei*, cit., 29 s. nt.48).

²⁸ A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*, cit., 218 ss.

Passo infine alle ragioni di questo nostro incontro: l'illustrazione dei temi e degli snodi concettuali che si sono presentati. Com'è noto, la definizione dello statuto epistemologico e didattico della disciplina dei 'Fondamenti del diritto europeo' ha suscitato un vivace dibattito. I problemi sollevati hanno toccato profili di contenuto e di metodo. Su alcuni di questi vorrei ora portare la vostra attenzione.

In primo luogo lo stesso concetto che vogliamo attribuire alla parola 'Fondamenti'. Al riguardo Mario Talamanca sconsigliò di procedere con questioni nominalistiche, preferendo chiudere il discorso con l'identificazione dei 'Fondamenti' con «tutto ciò che ci precede, ovviamente nella storia, non nella ideologia nella trascendenza»²⁹. Ma certamente possiamo porci il problema se la parola 'Fondamenti' sia opportuno declinarla nel senso di 'radici', evidenziandone il senso diacronico di continuità e di edificazione, le fondamenta appunto su cui si è costruito e poggia il diritto europeo. La parola 'radici' ricorre significativamente nei manuali curati da Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci che contengono il sintagma «radici romane» nell'intitolazione³⁰ e sempre con la loro direzione ha preso l'avvio una collana denominata «Radici storiche del diritto europeo»³¹. E, seppur in una prospettiva differente e polemica, di «radici comuni del diritto europeo» hanno scritto anche Tomaz Giaro, Pier Giuseppe Monateri e Alessandro Somma³².

Del resto, si potrebbe anche leggere la parola 'Fondamenti' come insieme di principi, valori e categorie basilari di tutto un sistema normativo, intesi come fattori costanti della tradizione giuridica occidentale. Così è stato in un recente passato, penso ai *Legal*

²⁹ M. TALAMANCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara*, cit., 36 e 41.

³⁰ *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit.; *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit.

³¹ Il primo volume della collana è A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit.

³² *Le radici comuni*, cit.

values in Western Society di Peter Stein e John Shand³³ o al volume *Legal institutions. The development of Dispute Settlement* del solo Stein, tradotto in italiano con il titolo, forse non del tutto corretto, *I fondamenti del diritto europeo*³⁴. In Italia, si è mosso in una prospettiva in parte simile Umberto Vincenti con *I fondamenti del diritto occidentale*, in cui appare preminente il senso filosofico e politico del diritto, al fine di individuare il fondo delle regole che governano la vita, fra antico e presente; i fondamenti che sono stati posti via via alla radice del potere e delle sue articolazioni normative³⁵.

Altro tema che può essere discusso è quello relativo alla nozione di 'Diritto europeo'. Denominazione su cui giustamente si era soffermato Luigi Capogrossi Colognesi, preferendo parlare di un «fondamento dei diritti europei»: al singolare i «Fondamenti» per suggerire l'idea di un'identità comune e declinando al plurale il «diritto europeo», volendo specificare la complessità dei singoli ordinamenti nazionali³⁶. Autorevolmente si è insistito su una nozione legalistica e formale di tale concetto, riferendosi al diritto dell'Unione Europea, ordinamento giuridico che si integra con quello degli stati aderenti fino alle decisioni della Corte di giustizia che costituiscono precedenti vincolanti e quindi hanno valore normativo³⁷. A questo proposito, si deve osservare che la stessa denominazione della nostra disciplina, con l'espressione «diritto

³³ P. STEIN, J. SHAND, *Legal values in Western Society*, Edimburgh 1974, trad. it. *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981.

³⁴ P. STEIN, *Legal institutions. The development of Dispute Settlement*, London 1984, trad. it. *I fondamenti del diritto europeo: profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano 1995.

³⁵ U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari 2010. Su questa linea può anche essere collocato il volume di U. AGNATI, *Fondamenti del diritto europeo. Le origini*, Parma 2008, che pone l'accento su alcune caratteristiche salienti del diritto europeo che si sono determinate fra tardo antico e alto medioevo: fonti, regole del diritto, la prassi giudiziale e negoziale che l'autore pone come elementi fondanti.

³⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *Iura* 51 (2000), 4.

³⁷ M. MARRONE, *Intervento*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno*, cit., 47ss.

europeo» declinata al singolare, sembrerebbe suggerire questa interpretazione. In una prospettiva non lontana da questa si sono mossi Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci che hanno illustrato il diritto delle obbligazioni e dei contratti dalle radici romane ai principi contenuti nei *Principles of European law* e poi, in modo più compiuto, nel *Draft common frame of reference of the European private law*³⁸. Ma accanto ad una nozione formalmente corretta del diritto europeo, tutti gli studiosi sono soliti insistere sul c.d. formante dottrinale-scientifico, intendendo «diritto europeo» come espressione di una tradizione giuridica comune, il *ius commune europaeum*. Questo con particolare riferimento alla scienza giuridica, asse portante della tradizione romanistica. A questo proposito scrive Carlo Augusto Cannata: «l'idea di un diritto europeo moderno come recezione del diritto romano è un puro espediente narrativo. L'apporto romanistico al diritto moderno è diverso e ben più intenso; il fondamento romano non ha romanizzato i diritti europei attuali, ma li ha fatti scientifici; ed il grande interesse dello studio di questo fenomeno sta nella considerazione della correttezza o incorrettezza con la quale ha avuto luogo tale fenomeno»³⁹. Formante scientifico su cui – come ricorda Letizia Vacca – si può costruire «una rinnovata scienza del diritto, che permetta uno studio e una conoscenza del diritto in dimensione autenticamente transnazionale, attraverso gli strumentari metodologici propri della storia e della comparazione»⁴⁰.

Vengo al terzo punto, quello relativo alle metodologie da adottare nell'insegnamento. Appare alquanto diffusa una didattica orientata all'analisi di singoli problemi o figure giuridiche. Molti studiosi si sono orientati verso questa scelta, svolgendo più o meno ampie

³⁸ *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit.; *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit.

³⁹ C.A. CANNATA, *Diritto romano e fondamenti del diritto europeo*, in *Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, a cura di A. Trisciungio, Napoli 2009, 81.

⁴⁰ L. VACCA, *Intervento*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno*, cit., 57.

trattazioni monografiche⁴¹. Emblematico al riguardo, ancora una volta, il pensiero di Carlo Augusto Cannata: «il contenuto di un corso di “Fondamenti del diritto europeo” non può essere se non la proposizione di un metodo di ricerca, e quindi deve presentare una tematica adatta ad indicare come e dove possano essere individuati i fondamenti dei nostri diritti europei attuali: e precisamente non i fondamenti complessivi dei nostri diritti odierni, né quelli di uno solo di questi ordinamenti. I singoli temi devono corrispondere a problemi particolari, bene individuati, che permettano di scorgere su che cosa lo stato attuale dei nostri diritti sia venuto a costruirsi»⁴². Talora si tratta di opere monografiche che coinvolgono un solo e rilevante argomento, come quello della responsabilità extracontrattuale di Maria Floriana Cursi⁴³ o quello sulla disciplina del contratto di Aldo Petrucci⁴⁴. Più spesso si tratta di una didattica che al suo interno si distribuisce su temi differenti, caratterizzati da un discorso unitario sui ‘Fondamenti del diritto europeo’⁴⁵, come ha svolto, fra i primi e magistralmente, Carlo Augusto Cannata⁴⁶.

Non sono mancate, tuttavia, trattazioni didattiche che hanno privilegiato una struttura di carattere generale destinata ad illustrare la genesi del diritto europeo, toccando fasi e vicende della storia del diritto europeo con particolare riferimento al diritto privato.

⁴¹ È stato questo il suggerimento, fra gli altri, di M. TALAMANCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara*, cit., 45; A. BURDESE, *Presentazione*, in *Scopi e metodi*, cit., XI.

⁴² C.A. CANNATA, *Materiali*, I, cit., 3.

⁴³ M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale*, cit.

⁴⁴ A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, cit.

⁴⁵ In questa direzione si sono mossi, per esempio: F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, cit.; L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, cit.; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, cit.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011; *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, cit.; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit.

⁴⁶ C.A. CANNATA, *Materiali*, I, cit., che invece dedica il secondo volume dei materiali ad un tema unico quello delle fonti delle obbligazioni (*Materiali*, II, cit.).

Intorno a questo modello didattico si sono cimentati romanisti europei, basti qui menzionare Gabor Hamza⁴⁷ e Armando Torrent⁴⁸. In Italia abbiamo i due poderosi volumi di Laura Solidoro Maruotti dedicati all'illustrazione della tradizione romanistica nel diritto europeo⁴⁹, nati anche per sopperire a carenze dei programmi di insegnamento a livello locale su questi temi; non mi nascondo che una tale impostazione generale tenderebbe altrimenti a sovrapporsi nelle università italiane ai corsi di Sistemi giuridici comparati e a quelli di Storia del diritto medioevale e moderno.

Il riferimento alla Storia del diritto medioevale e moderno mi conduce inevitabilmente ad un punto dolente, un punto critico nel senso originario del termine, per la nostra discussione. Si insiste sulla necessità, per quanti vogliono studiare o illustrare didatticamente i 'Fondamenti del diritto europeo', di trattare a fondo la lunga e difficile stagione del diritto comune e poi quella della modernità; questo per evitare perniciosi cortocircuiti fra il diritto romano dei Romani, per dirla con Riccardo Orestano, e le esperienze giuridiche contemporanee. Tuttavia i romanisti hanno avvertito le difficoltà che sorgono al riguardo, poiché gli storici del diritto da molto tempo tendono a non orientare le loro ricerche sulle figure giuridiche sostanziali del diritto privato, non solo ma negli ultimissimi decenni le ricerche degli storici del diritto hanno progressivamente abbandonato il diritto medioevale e moderno a favore della modernità fra Otto e prima metà del Novecento. Il che talvolta è stato e continua ad essere oggetto di critica presso i romanisti⁵⁰: fra Giustiniano e l'oggi, «non è che nel mezzo vi sia nulla» – scrive Mario Talamanca – «è soltanto difficile trovarlo»⁵¹. La necessità per

⁴⁷ G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest 2005.

⁴⁸ A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid 2007.

⁴⁹ I riferimenti sopra alla nt.15.

⁵⁰ M. TALAMANCA, *Conclusioni*, in *Ricerca storica e indagine comparatistica. Un primo bilancio*, a cura di L. Vacca, Torino 2001, 76.

⁵¹ M. TALAMANCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara*, cit., 40.

i romanisti di supplire alle lacune dei colleghi storici del diritto hanno condotto talora all'esercizio di un'*actio finium regundorum* come ci ricorda Luigi Capogrossi Colognesi, in polemica con Gian Savino Pene Vidari, «Gli italianisti ci dicono di restare fuori dai loro campi: ma essi non sono coltivati e noi abbiamo bisogno di informazioni, conoscenze e risultati che non sono disponibili»⁵².

L'auspicio non può che essere quello di un profondo e fecondo dialogo fra romanisti, storici del diritto e comparatisti, dialogo dove ciascuna disciplina conserva la propria autonomia⁵³. Ma attualmente la realtà in cui ci si deve muovere è differente e la costruzione di tale «raccordo» fra diritto romano e contemporaneità «è quindi un problema che siamo noi romanisti a doverci porre», come ammonisce Mario Talamanca⁵⁴, non nascondendoci tuttavia di svolgere un ruolo di supplenza.

Si può quindi osservare come non pochi romanisti che hanno intrapreso un discorso sui fondamenti del diritto europeo, privilegiando un metodo storico-comparativo, hanno deciso di percorrere con attenzione e serietà la strada che separa Giustiniano dai moderni codici⁵⁵. Altri romanisti propongono studi meno attenti al profilo diacronico e più spinti verso un confronto teorico di modelli, in cui il diritto romano si salda direttamente con la modernità o la contemporaneità. Così la ricerca di Michele Fino, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, che sviluppa temi processuali confrontando direttamente il diritto romano con domande e questioni attuali.

⁵² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Intervento*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., 292.

⁵³ In questo senso, per esempio, L. VACCA, *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno Ferrara*, cit., 62.

⁵⁴ M. TALAMANCA, *Conclusioni*, in *Ricerca storica e indagine comparatistica*, cit., 76.

⁵⁵ Ricordo solo fra gli esempi più recenti il secondo volume della collana *Radici storiche del diritto europeo*: M. VINCI, *Ricerche in tema di retentio. Tutela dei miglioramenti sulla res obligata ed equilibrio 'dinamico' tra creditore garantito e terzo possessore: diritto romano, tradizione romanistica, codificazioni moderne*, Torino 2018, che in un percorso diacronico dall'analisi giurisprudenziale romana alla contemporaneità, dedica ampio spazio, circa un terzo del volume, al diritto comune fino a Pothier.

Significativo a mio parere, per le indicazioni del metodo assunto, un passaggio della premessa, in cui si afferma che, «puntando a superare la mera comparazione diacronica», il romanista «può ricostruire un quadro che supera di slancio la tradizione romanistica sviluppatasi attraverso i secoli»⁵⁶.

E vengo così all'ultimo punto che vorrei toccare in queste mie brevi riflessioni introduttive: il concreto rischio che nella ricerca e nella didattica dei 'Fondamenti del diritto europeo' si incorra in 'attualizzazioni', direi ingenua e falsanti, del diritto romano, tali da voler trasporre, o, comunque, adattare all'esperienza antica elementi ad essa estranei per il semplice motivo che solo in un tempo posteriore il mutare del retroterra, ora socio-economico ora etico, iniziò a porre al mondo del diritto problemi o necessità fino ad allora inedite. Il rischio, quindi, volendo richiamare le parole di Riccardo Orestano, è quello di incorrere in «procedimenti di autoproiezione...quando nozioni astratte e create per il presente vengono generalizzate e spostate ad esprimere esperienze del passato»⁵⁷. In un siffatto approccio si cela probabilmente ancora una concezione che potrei definire eccessivamente 'romanocentrica', tale quasi da pretendere in modo antistorico che nel diritto romano si possa ritrovare, più o meno già esplicitata, tutta la dogmatica del diritto civile contemporaneo⁵⁸, venendo così a creare quello che recentemente Francesco Galgano ha denominato il «falso diritto romano»⁵⁹.

Mi sembra, ma non è solo una mia impressione, che gli esempi di siffatto approccio di studio non manchino⁶⁰. Si deve osservare come tali eccessi non solo prestino il fianco a facili critiche⁶¹, ma tradiscano un senso di debolezza dei romanisti rispetto a quan-

⁵⁶ M. A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli 2012, VIII.

⁵⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

⁵⁸ Giuste a questo proposito le critiche di T. GIARO, «*Comparemus!*», cit., 547.

⁵⁹ F. GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano*, in *Contratto e impresa/Europa*, I, 2010, 141 e 152 ss.

⁶⁰ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 38 ss.

⁶¹ Si veda, per esempio, A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, cit., 224.

ti si occupano del fenomeno giuridico nella sua contemporaneità, come se il fatto di ritrovare a tutti i costi nell'esperienza giuridica romana analogie o identità con l'attualità potesse far rivivere la centralità del diritto romano in rapporto alla diretta costruzione del diritto positivo⁶².

Ho rubato fin troppo tempo ai relatori e vengo finalmente a chiudere con un invito a tutti noi a dialogare in questa sede anche con uno spirito di critica costruttiva. All'alba dell'istituzione dell'insegnamento dei 'Fondamenti', Luigi Capogrossi Colognesi aveva ammonito la romanistica e la scienza giuridica in generale che si trattava di «una occasione da non sprecare»⁶³. Alla luce di questo ammonimento, credo, quindi, che oggi possiamo interrogarci serenamente non solo su quanto è stato fatto, ma anche se eventualmente sia andato 'sprecato' qualcosa.

⁶² Sul punto cfr. le riflessioni di U. VINCENTI, *Diritto romano e diritti umani*, in *Fides humanitas ius, Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli 2007, 5835 s.; G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., 14.

⁶³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo"*: *una occasione da non sprecare*, cit.

I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO NELL'UNIVERSITÀ ITALIANA

1. *Premessa* – La materia dei ‘Fondamenti del diritto europeo’ nasce, come è a tutti noto, nel 1999, allorché il Decreto del 21 dicembre n. 537 detta il Regolamento per l’istituzione e l’organizzazione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali¹. Nell’allegato vengono descritte le attività didattiche delle neoistituite Scuole e si menziona, quale attività del primo anno, i Fondamenti del diritto europeo.

A questo primo provvedimento occorre legare il Decreto ministeriale del 4 ottobre 2000², che riconduce i Fondamenti del diritto europeo al Settore scientifico disciplinare IUS/18. Nella declaratoria, infatti, si legge: “lo studio del diritto romano... è finalizzato alla comprensione del patrimonio culturale costituito dalle fonti antiche... e dei *fondamenti del diritto europeo* che discendono dall’esperienza romanistica e dalla sua tradizione culturale e pratica”.

Ai due decreti ora menzionati risale, dunque, l’origine dei Fondamenti del diritto europeo. Tuttavia, è altresì vero che questa ‘nuova’ materia si inserisce in un background culturale, nel quale

¹ Il Regolamento è pubblicato in G.U. del 31 gennaio 2000, n. 24.

² Il Decreto è pubblicato in G.U. del 24 ottobre 2000, n. 249, supplemento ordinario 175.

già da tempo si respiravano idee legate alla comparazione storico-giuridica e al ruolo del diritto romano sia quale strumento ermeneutico del diritto positivo sia quale importante mezzo da utilizzare nell'opera di uniformazione dei diversi sistemi normativi europei.

Mi limito, in estrema sintesi, a richiamare i fatti più significativi e immediatamente precedenti al 1999. Ricordo innanzitutto gli studi di Giambattista Impallomeni, il quale nel 1971 pubblica sulla Rivista di diritto civile il noto saggio su “La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato”³; seguono altri articoli⁴, tra cui ad esempio quello del 1988 su “Il ‘*pactum de non praestanda evictione*’ nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne”⁵ oppure quello del 1993 su “Il regime del gioco nel ‘*Corpus Iuris*’ in relazione con alcune codificazioni europee”⁶.

A questi si aggiungono, per menzionarne soltanto alcuni, i lavori di Stein, nel 1980, su “*Legal Evolution*”⁷ e, nel 1984, su “*Legal Institutions*”, tradotto in Italia con il titolo di “Fondamenti del diritto europeo”⁸. Ancora, la monografia di Zimmermann, nel 1990, su

³ G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in *Riv. dir. civ.* 17 (1971), ora in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 287 ss.

⁴ Cfr., ad esempio, G. IMPALLOMENI, *Profilo storico comparativo dell'evoluzione del contratto di assicurazione*, in *Atti del II Convegno Giuridico Nazionale “Citta di Udine”*, Udine 1980, ora in ID., *Scritti*, cit., 437 ss.

⁵ G. IMPALLOMENI, *Il “pactum de non praestanda evictione” nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988, ora in ID., *Scritti*, cit., 561 ss.

⁶ G. IMPALLOMENI, *Il regime del gioco nel “Corpus Iuris” in relazione con alcune codificazioni europee*, in *Europa im Aufbruch, Festschrift F. Schwind zum 80. Geburtstag*, Wien 1993, ora in ID., *Scritti*, cit., 643 ss.

⁷ P. STEIN, *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge 1980.

⁸ P. STEIN, *Fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici* (trad. it. di *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London 1984), Milano 1987.

“*Roman Foundations of the Civilian Tradition*”⁹ e quella di Watson, nel 1991, su “*Roman Law and Comparative Law*”¹⁰.

Negli stessi anni un ruolo centrale è poi svolto dal Congresso Internazionale di Pisa (Viareggio-Lucca) su ‘Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica’. Nella presentazione degli Atti¹¹, pubblicati nel 1991, Letizia Vacca ricorda come l’iniziativa si collocasse nell’ambito della realizzazione di due programmi di ricerca, facenti capo rispettivamente a Giovanni Pugliese e Carlo Augusto Cannata, il cui intento era quello di evidenziare i rapporti fra la storia giuridica, da una parte, e l’indagine comparatistica, dall’altra, indagine che avrebbe dovuto portare a mettere in luce «identità, differenze ed itinerari nelle configurazioni normative o giurisprudenziali dei diversi ordinamenti europei».

A questo importante evento si collega negli anni immediatamente successivi la costituzione dell’Associazione internazionale per la ricerca storico giuridica e comparatistica (Aristec), i risultati della cui attività sono a tutti noti. A partire dal 1993, infatti, ad intervalli di due anni, vengono approfondite, in un’ottica storico-comparatistica, diverse tematiche: la responsabilità civile da atto illecito¹², causa e contratto¹³, il contratto inadempito¹⁴, gli effetti del contratto nei confronti dei terzi¹⁵, solo per citarne alcune.

⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1990.

¹⁰ A. WATSON, *Roman Law & Comparative Law*, Athens and London 1991.

¹¹ *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca (17-21 aprile 1990)*, I–II, a cura di L. Vacca, Milano 1991.

¹² *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (I Congresso Internazionale ARISTEC, Madrid 7-10 ottobre 1993), a cura di L. Vacca, Torino 1995.

¹³ *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995), a cura di L. Vacca, Torino 1997.

¹⁴ *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo* (III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra 24-27 settembre 1997), Torino 1999.

¹⁵ *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999), a

Sempre al Congresso di Pisa si collega, nel 1997, la pubblicazione del testo volto a fornire i *Materiali per un corso di diritto romano incentrato appunto su 'Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica'*¹⁶. Il saggio iniziale, a firma di Carlo Augusto Cannata, riguarda proprio "L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico".

A queste esperienze di ricerca e di didattica non possiamo dimenticare di aggiungere l'istituzione, nel 1997, del Dottorato di ricerca in 'Comparazione giuridica e storico-giuridica' presso l'Università di Ferrara e, qualche anno più tardi, il dottorato in 'Fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica' presso l'Università di Palermo.

Quindi il 1999 e i due decreti, sopra ricordati. A distanza di venti anni, ci sembra utile verificare lo 'stato' di questo insegnamento con riferimento all'offerta formativa delle Università italiane¹⁷, presso cui è attivo un Corso di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza e/o un Corso di laurea triennale in Scienze dei servizi giuridici¹⁸.

2. I Fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana: i Corsi di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza – Iniziamo la nostra indagine dai Corsi di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza (LMG/01), verificando la presenza dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo. Le Università italiane, presso cui è istituita una

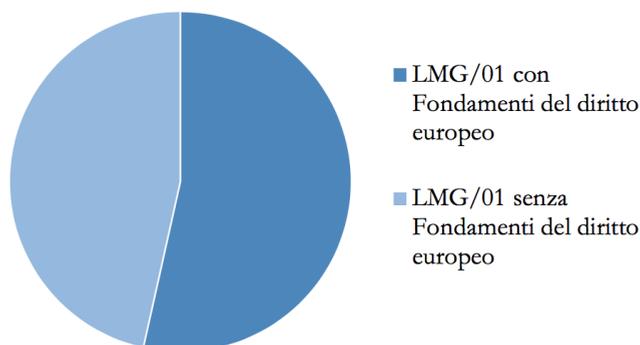
cura di L. Vacca, Torino 2001.

¹⁶ *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997.

¹⁷ Oltre ai siti web delle singole Università, segnalo: <https://www.universitaly.it/>.

¹⁸ Non è presa in considerazione l'offerta didattica delle cosiddette 'doppie sedi', ossia l'offerta istituita dalle Università in sedi diverse da quella principale. Poi, non sono oggetto di valutazione le Università telematiche. Occorre comunque dire che nessuna di queste ha istituito una LMG/01, in cui sia presente l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo. Infine, rimane estranea alla presente indagine la materia di Fondamenti del diritto europeo impartita in Corsi di laurea diversi da quello di Giurisprudenza e di Scienze dei servizi giuridici. Da ultimo, il calcolo delle percentuali in alcuni casi risulta inferiore al 100%, in quanto ho riferito soltanto la prima cifra della parte decimale.

Fig. 1 – LMG/01



LMG/01, sono cinquantasei e, di queste, trenta offrono ai loro studenti la materia in oggetto¹⁹.

Questo significa che l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo viene impartito nel 53,5% delle Università italiane che prevedono nella loro offerta formativa una LMG/01.

Se confrontiamo il dato con quello riguardante i Corsi di laurea triennale in Scienze dei servizi giuridici (L-14), notiamo una profonda diversità. Infatti, le Università italiane, presso cui è istituita una L-14, sono trentaquattro²⁰ e, di queste, soltanto cinque offrono ai loro studenti l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo²¹.

¹⁹ LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Brescia, Cagliari, Calabria, Camerino, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, Firenze, Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Milano 'Statale', Napoli 'Federico II', Napoli 'Parthenope', Padova, Palermo, Parma, Perugia, Pisa, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europea' di Roma, Salento, Sassari, Siena, Teramo, Trento, Trieste, Urbino 'Carlo Bo', Verona.

²⁰ In questo numero, come sopra detto, non sono comprese le Università telematiche. Di queste, soltanto una (Università Giustino Fortunato) prevede una L-14, nella cui offerta didattica è presente l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo.

²¹ L-14 delle Università della Campania 'Luigi Vanvitelli', Padova, Roma 'La Sapienza', Trento, Verona.

Fig. 2 – L-14



Questo significa che la materia in oggetto viene impartita soltanto nel 14,7% delle Università italiane che prevedono nella loro offerta formativa una L-14.

3. *Collocazione geografica* – Il secondo aspetto da indagare concerne la collocazione geografica dei Corsi di laurea magistrale in Giurisprudenza che prevedono, nella loro offerta didattica, l’insegnamento di Fondamenti del diritto europeo.

Al riguardo, possiamo pervenire a risultati diversi, a seconda del criterio utilizzato:

a) Se dividiamo la penisola in due parti, notiamo che le Università dell’Italia centro-settentrionale²², presso cui è istituita una LMG/01, sono ventisei. Di queste, ben sedici presentano la materia di Fondamenti del diritto europeo²³.

²² L’Italia centro-settentrionale risulta composta dalle seguenti dieci Regioni: Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Toscana, Trentino-Alto Adige, Valle d’Aosta, Veneto.

²³ LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Brescia, Camerino, Firenze, Genova, Milano ‘Bicocca’, Milano ‘Statale’, Padova, Parma, Pisa, Siena, Trento, Trieste, Urbino ‘Carlo Bo’, Verona.

Invece, le Università dell'Italia centro-meridionale e insulare²⁴, presso cui è istituita una LMG/01, sono trenta e, di queste, quattordici prevedono la materia in oggetto²⁵.

Dunque, sulla base di questa prima divisione geografica, risulta che l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo viene impartito nel 61,5% delle LMG/01 del centro-nord e nel 46,6% delle LMG/01 del centro-sud e isole (vediamo la differenza nei grafici fig. 3 e 4):

Fig. 3 – LMG/01 del centro-nord

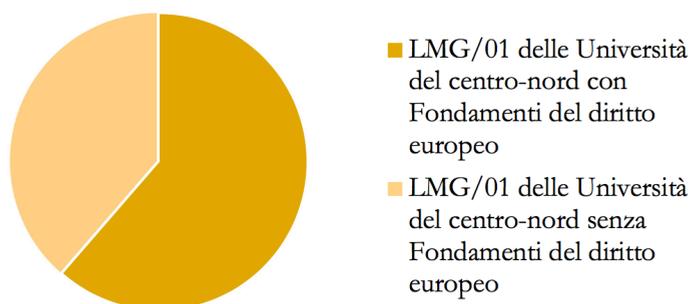
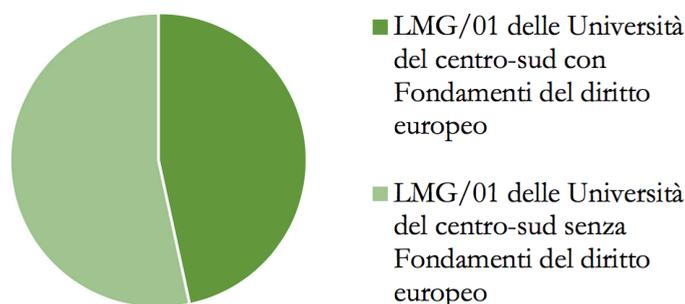


Fig. 4 – LMG/01 del centro-sud e isole



²⁴ L'Italia centro-meridionale ed insulare risulta composta dalle seguenti dieci Regioni: Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Lazio, Molise, Puglia, Sicilia, Sardegna, Umbria.

²⁵ LMG/01 delle Università di Cagliari, Calabria, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, LUM Jean Monnet, Napoli 'Federico II', Napoli 'Parthenope', Palermo, Perugia, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europea' di Roma, Salento, Sassari, Teramo.

b) Accanto alla suddivisione appena vista, è altresì possibile, mutuando il modello proposto per l'attività di monitoraggio annuale dei Corsi di studio, ripartire l'Italia secondo un altro criterio, che prevede un frazionamento in quattro parti:

- le Università dell'Italia nord-occidentale²⁶, presso cui è istituita una LMG/01, sono undici e in cinque di queste sono presenti i Fondamenti del diritto europeo²⁷. L'insegnamento è dunque offerto dal 45,4% delle Università dell'Italia nord-occidentale;
- le Università dell'Italia nord-orientale²⁸, presso cui è istituita una LMG/01, sono nove e sei di queste prevedono i Fondamenti del diritto europeo²⁹. Questo significa che la materia è offerta dal 66,6% delle Università dell'Italia nord-orientale;
- le Università dell'Italia centrale³⁰, presso cui è istituita una LMG/01, sono quindici e in sette di queste sono presenti i Fondamenti del diritto europeo³¹. L'insegnamento è quindi offerto dal 46,6% delle Università dell'Italia centrale;
- le Università dell'Italia meridionale e insulare³², presso cui è istituita una LMG/01 sono ventuno e dodici di queste

²⁶ L'Italia nord-occidentale risulta composta dalle seguenti Regioni: Liguria, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta.

²⁷ LMG/01 delle Università di Bergamo, Brescia, Genova, Milano 'Bicocca', Milano 'Statale'.

²⁸ L'Italia nord-orientale risulta composta dalle seguenti Regioni: Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige, Veneto.

²⁹ LMG/01 delle Università di Bologna, Padova, Parma, Trento, Trieste, Verona.

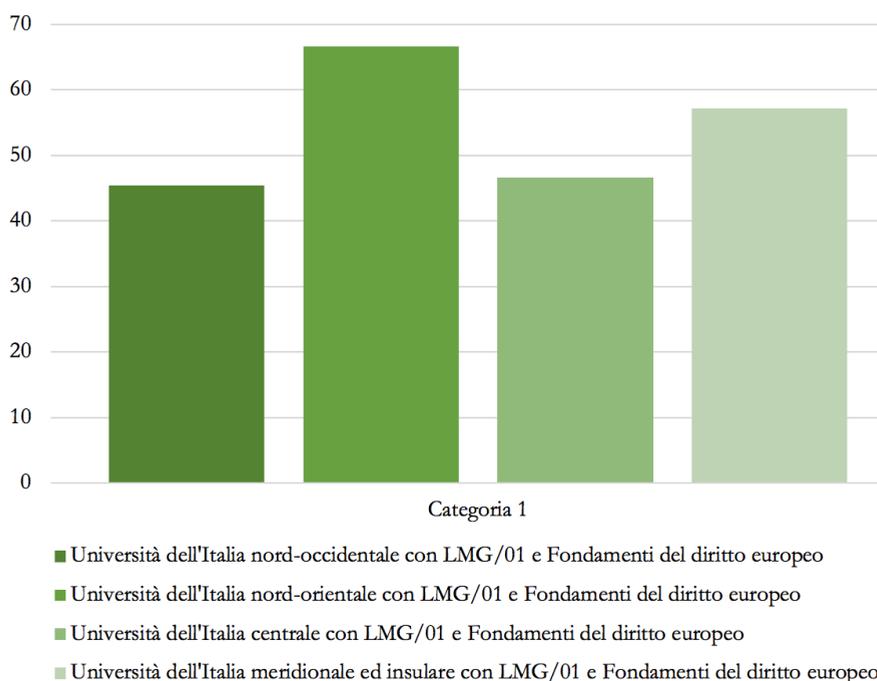
³⁰ L'Italia centrale risulta composta dalle seguenti Regioni: Lazio, Marche, Toscana, Umbria.

³¹ LMG/01 delle Università di Camerino, Firenze, Perugia, Pisa, 'Europea' di Roma, Siena, Urbino 'Carlo Bo'.

³² L'Italia meridionale ed insulare risulta composta dalle seguenti Regioni: Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia, Sardegna.

prevedono i Fondamenti del diritto europeo³³. Ciò significa che l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è impartito nel 57,1% delle Università dell'Italia meridionale e insulare.

Fig. 5 – LMG/01 con Fondamenti del diritto europeo

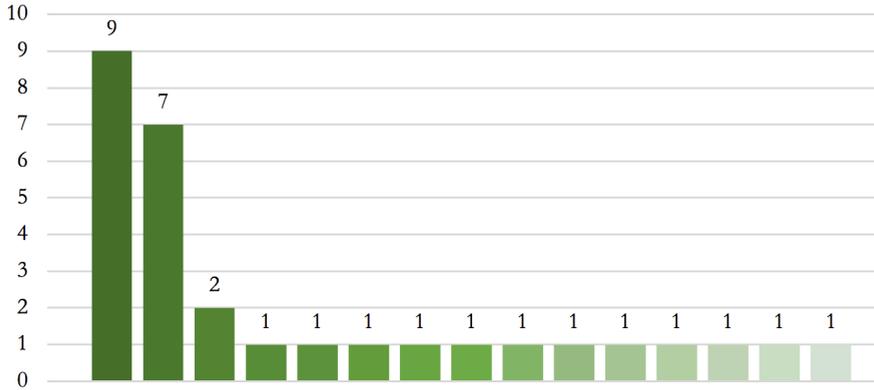


Dal grafico (fig. 5) si comprende che la parte d'Italia, in cui l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo risulta maggiormente impartito, coincide con le Università del nord-est, nelle quali arriva alla soglia del 66,6%.

³³ LMG/01 delle Università di Cagliari, Calabria, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, LUM Jean Monnet, Napoli 'Federico II', Napoli 'Parthenope', Palermo, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, Salento, Sassari, Teramo.

4. *Denominazione* – Detto della collocazione geografica, veniamo alla denominazione dell’insegnamento, partendo, questa volta, dalla rappresentazione grafica.

Fig. 6 – Denominazione



- F. del/di diritto europeo
- F. romanistici del diritto europeo
- F. storici del diritto europeo
- F. romanistici del diritto europeo e Storia delle codificazioni
- F. romanistici del diritto privato europeo
- F. e storia del diritto europeo
- F. del diritto civile europeo
- F. del diritto privato europeo
- F. europei delle obbligazioni
- F. di Scienza giuridica europea
- Diritto romano e F. del diritto europeo
- Diritto romano e tradizione romanistica
- Foundations of European Law
- European Legal Roots
- International Roman Law

Il grafico mostra che le denominazioni maggiormente utilizzate sono due: 'Fondamenti del/di diritto europeo' (anche in lingua inglese: 'Foundations of European Law'), in nove LMG/01³⁴, e 'Fondamenti romanistici del diritto europeo', in sette LMG/01³⁵.

Le altre denominazioni, invece, risultano impiegate in un'unica LMG/01, tranne quella di 'Fondamenti storici del diritto europeo' che appare in due Corsi di laurea. Possiamo raggrupparle sulla base di alcuni elementi comuni:

- Fondamenti di diritto civile europeo³⁶.
- Fondamenti del diritto privato europeo³⁷.
- Fondamenti romanistici del diritto privato europeo³⁸.
- Fondamenti europei delle obbligazioni³⁹.
- Fondamenti storici del diritto europeo⁴⁰.
- Fondamenti e storia del diritto europeo⁴¹.
- Fondamenti romanistici del diritto europeo e Storia delle Codificazioni moderne⁴².
- Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo⁴³.
- Diritto romano e tradizione romanistica⁴⁴.

³⁴ LMG/01 delle Università di Cagliari, Camerino, Genova, LUM Jean Monnet, Padova, Palermo ('Foundations of European Law'), Pisa, Sassari, Teramo, Urbino 'Carlo Bo'. Di queste (non tenendo conto della denominazione in lingua inglese), in sei LMG/01 è utilizzata la denominazione 'Fondamenti del diritto europeo' e in tre LMG/01 'Fondamenti *di* diritto europeo'.

³⁵ LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Calabria, 'Magna Graecia' di Catanzaro, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europa' di Roma, Trieste.

³⁶ LMG/01 dell'Università di Milano 'Statale'.

³⁷ LMG/01 dell'Università di Verona.

³⁸ LMG/01 dell'Università di Milano 'Bicocca'.

³⁹ LMG/01 dell'Università di Brescia.

⁴⁰ LMG/01 delle Università di Firenze e del Salento.

⁴¹ LMG/01 dell'Università di Napoli 'Parthenope'.

⁴² LMG/01 dell'Università di Siena.

⁴³ LMG/01 dell'Università di Trento.

⁴⁴ LMG/01 dell'Università della Campania 'Luigi Vanvitelli'.

- Fondamenti di Scienza giuridica europea⁴⁵.
- European Legal Roots⁴⁶.
- International Roman Law⁴⁷.

5. *Settori scientifico-disciplinari* – Veniamo ora ai settori scientifico-disciplinari (SSD), cui è riconducibile l'insegnamento. Delle trenta Università che presentano una laurea magistrale in Giurisprudenza con la materia dei Fondamenti del diritto europeo, i SSD interessati sono i seguenti:

Fig.7

SSD	Numero LMG/01 con Fondamenti del diritto europeo	Percentuale
IUS/18	26 ⁴⁸	86,6%
IUS/18 + IUS/19	2 ⁴⁹	6,6%
IUS/02	1 ⁵⁰	3,3 %
IUS/19	1 ⁵¹	3,3%

⁴⁵ LMG/01 dell'Università di Perugia.

⁴⁶ LMG/01 dell'Università di Parma.

⁴⁷ LMG/01 dell'Università di Napoli 'Federico II'.

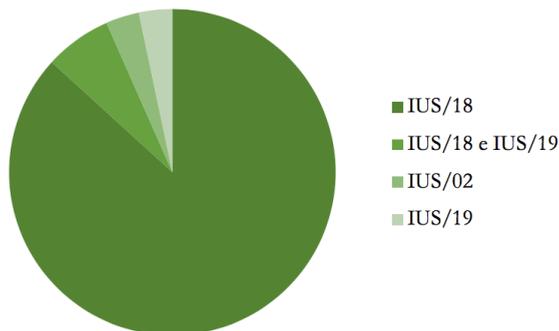
⁴⁸ LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Brescia, Cagliari, Calabria, Camerino, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Napoli 'Federico II', Padova, Palermo, Parma, Perugia, Pisa, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europea' di Roma, Salento, Sassari, Teramo, Trento, Trieste, Urbino 'Carlo Bo', Verona.

⁴⁹ LMG/01 dell'Università di Napoli 'Parthenope', dove l'insegnamento è denominato 'Fondamenti e storia del diritto europeo'; LMG/01 dell'Università di Siena, dove l'insegnamento è denominato 'Fondamenti romanistici del diritto europeo e storia delle codificazioni moderne'.

⁵⁰ LMG/01 dell'Università di Milano 'Statale', dove l'insegnamento è denominato 'Fondamenti di diritto civile europeo'.

⁵¹ LMG/01 dell'Università di Firenze, dove l'insegnamento è denomi-

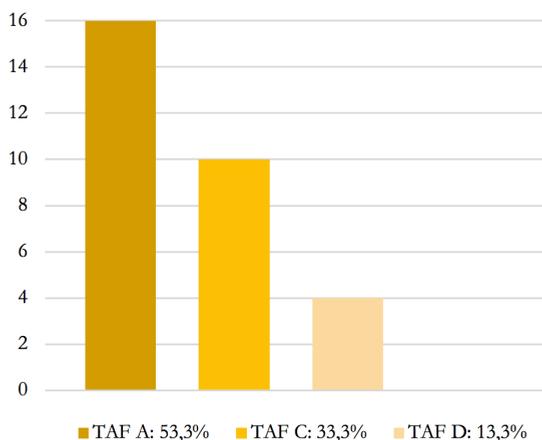
Fig. 8 – SSD



Orbene, l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo, salvo poche eccezioni, fa esclusivo riferimento al SSD IUS/18, Diritto romano e diritti dell'antichità.

6. *Tipologia di attività formativa e crediti formativi universitari* – Per quanto riguarda la tipologia di attività formativa (TAF) e i crediti formativi universitari (CFU) attribuiti all'insegnamento, vediamo la raffigurazione grafica (fig. 9):

Fig. 9 – TAF



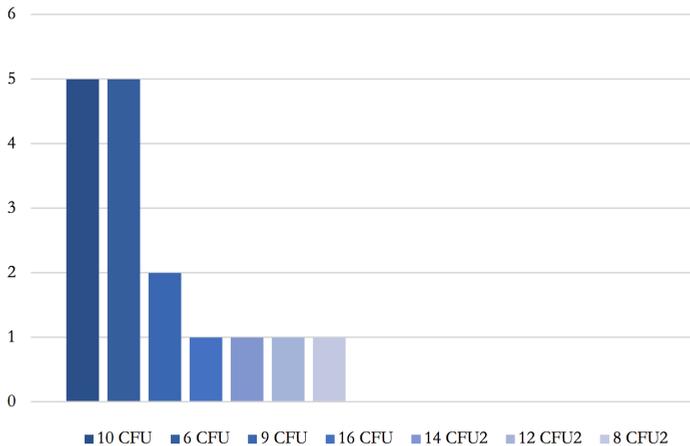
nato 'Fondamenti storici del diritto europeo'.

L'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è classificato:

- TAF A (insegnamento di base, obbligatorio) in sedici Corsi di laurea in Giurisprudenza⁵², ossia nel 53,3%.
- TAF C (insegnamento integrativo, a scelta all'interno di un elenco più o meno vasto di insegnamenti) in dieci Corsi di laurea in Giurisprudenza⁵³, ossia nel 33,3%.
- TAF D (insegnamento a scelta studente, all'interno di un elenco più o meno vasto di insegnamenti) in quattro Corsi di laurea in Giurisprudenza⁵⁴, ossia nel 13,3%.

Limitatamente ai Corsi di laurea in Giurisprudenza, in cui l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è classificato TAF A, i CFU attribuiti al medesimo insegnamento sono ripartiti così come nel grafico di fig. 10:

Fig. 10 – TAF A e CFU



⁵² LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Calabria, Camerino, Campania 'Luigi Vanvitelli', Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Napoli 'Parthenope', Padova, 'Europea' di Roma, Salento, Siena, Trento, Urbino 'Carlo Bo', Verona.

⁵³ LMG/01 delle Università di Brescia, Cagliari, 'Magna Graecia' di Catanzaro, Firenze, Milano 'Statale', Napoli 'Federico II', Perugia, Pisa, Sassari, Trieste.

⁵⁴ LMG/01 delle Università di Palermo, Parma, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, Teramo.

All'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo sono attribuiti un minimo di 6 CFU e un massimo di 16 CFU. In cinque Corsi di laurea⁵⁵ sono dati alla materia 10 CFU; in altrettanti cinque Corsi di laurea 6 CFU⁵⁶; in due corsi di laurea l'insegnamento ha 9 CFU⁵⁷; infine, in quattro corsi ha rispettivamente 16 CFU⁵⁸, 14 CFU⁵⁹, 12 CFU⁶⁰ e 8 CFU⁶¹.

Laddove, invece, Fondamenti del diritto europeo è classificato TAF C, allo stesso sono attribuiti 6 CFU in otto Corsi di laurea⁶² e 9 CFU in due Corsi di laurea⁶³. Infine, laddove l'insegnamento è definito TAF D, ottiene 8 CFU⁶⁴ in tre corsi di laurea e 5 CFU in uno⁶⁵.

7. Collocazione nel percorso quinquennale – Un altro aspetto di rilevante interesse consiste nel verificare la collocazione dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo, qualificato TAF A, nel percorso quinquennale del Corso di laurea in Giurisprudenza.

In cinque Corsi di laurea in Giurisprudenza⁶⁶, la materia di Fondamenti del diritto europeo è collocata al IV anno; in tre Corsi di laurea

⁵⁵ LMG/01 delle Università di Camerino, LUM Jean Monnet, Napoli 'Parthenope', 'Europea' di Roma, Urbino 'Carlo Bo'.

⁵⁶ LMG/01 delle Università di Calabria, Genova, Milano 'Bicocca', Trento, Verona.

⁵⁷ LMG/01 delle Università di Bergamo e Padova.

⁵⁸ LMG/01 dell'Università della Campania 'Luigi Vanvitelli'.

⁵⁹ LMG/01 dell'Università di Bologna.

⁶⁰ LMG/01 dell'Università di Siena.

⁶¹ LMG/01 dell'Università del Salento.

⁶² LMG/01 delle Università di Brescia, Cagliari, 'Magna Graecia' di Catanzaro, Firenze, Milano 'Statale', Napoli 'Federico II', Perugia, Pisa.

⁶³ LMG/01 delle Università di Sassari e Trieste.

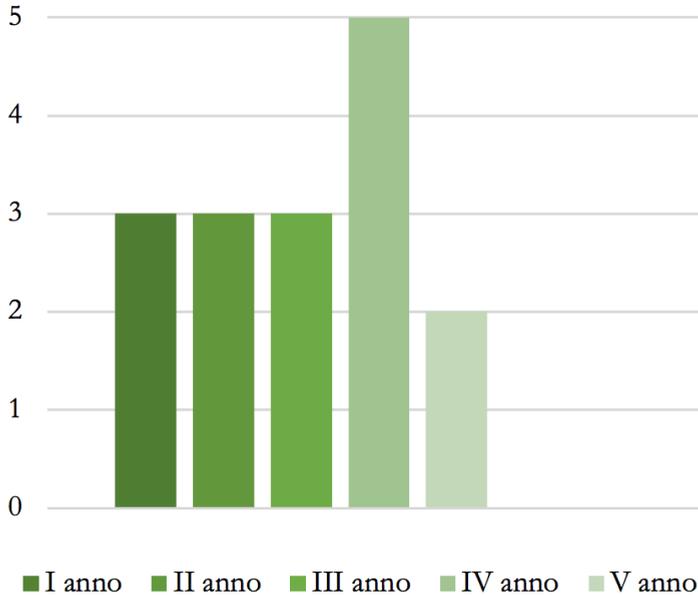
⁶⁴ LMG/01 delle Università di Palermo, Parma, Teramo.

⁶⁵ LMG/01 dell'Università 'Mediterranea' di Reggio Calabria.

⁶⁶ LMG/01 delle Università di Bologna, Calabria, Genova, Milano 'Bicocca', Trento.

è collocata al I⁶⁷ e in altrettanti Corsi rispettivamente al II⁶⁸ e al III anno⁶⁹; in due Corsi si posiziona al V anno⁷⁰.

Fig. 11 – Il percorso quinquennale



A questo dato occorre affiancare quello riguardante la struttura dell’offerta formativa della LMG/01 con riguardo agli insegnamenti obbligatori (TAF A) riconducibili al SSD IUS/18.

In tutti i Corsi di laurea in Giurisprudenza, ad eccezione di uno⁷¹, sono previsti due insegnamenti obbligatori (TAF A), uno al primo anno e uno negli anni successivi. Il loro rapporto è il seguente: tredici Corsi di laurea in Giurisprudenza⁷², su quindici,

⁶⁷ LMG/01 delle Università di Campania ‘Luigi Vanvitelli’, ‘Europea’ di Roma, Urbino ‘Carlo Bo’.

⁶⁸ LMG/01 delle Università di Camerino, LUM Jean Monnet, Verona.

⁶⁹ LMG/01 delle Università di Bergamo, Salento, Siena.

⁷⁰ LMG/01 delle Università di Napoli ‘Parthenope’, Padova.

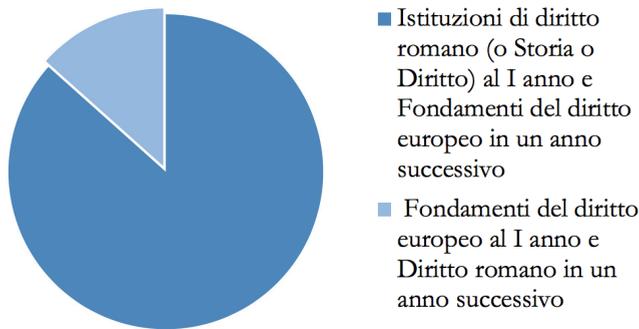
⁷¹ LMG/01 dell’Università della Campania ‘Luigi Vanvitelli’.

⁷² LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Calabria, Camerino,

prevedono Istituzioni di diritto romano (o Storia o Diritto romano⁷³) al I anno e Fondamenti del diritto europeo in un anno successivo al I. La percentuale arriva all'86,6%.

Soltanto in due Corsi di laurea in Giurisprudenza⁷⁴ su quindici, ossia nel 13,3%, il rapporto è rovesciato: al I anno si rinviene Fondamenti del diritto europeo e in un anno successivo Diritto romano. Tuttavia, in questo secondo caso possiamo notare che sotto la denominazione di Fondamenti del diritto europeo si cela un insegnamento di Istituzioni di diritto romano⁷⁵ o un insegnamento che comprende sia nozioni di Istituzioni che di Storia del diritto romano⁷⁶:

Fig. 12 – Insegnamenti IUS/18



Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Napoli 'Parthenope', Padova, Salento, Siena, Trento, Verona.

⁷³ Istituzioni di diritto romano: LMG/01 delle Università di Bergamo, Bologna, Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Padova, Verona; Diritto romano: LMG/01 dell'Università di Calabria; Istituzioni e Storia del diritto romano: LMG/01 delle Università di Camerino, Napoli 'Parthenope', Salento. A scelta tra Storia del diritto romano – profili istituzionali e Storia del diritto romano – profili giurisprudenziali: LMG/01 dell'Università di Siena.

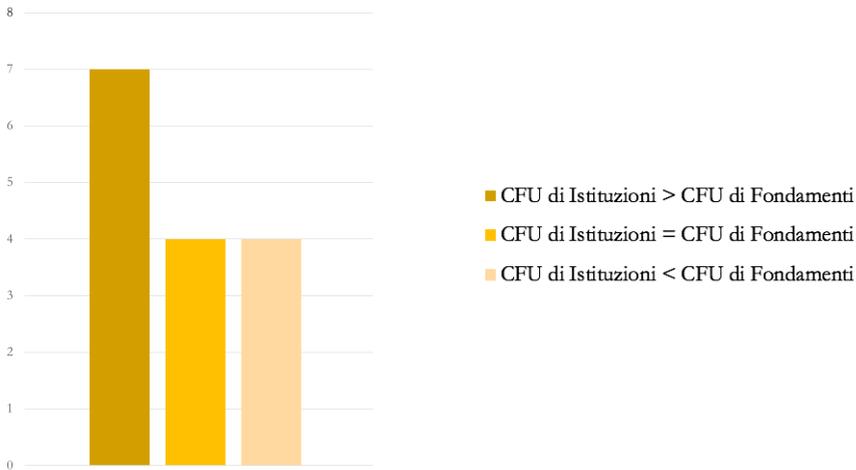
⁷⁴ LMG/01 delle Università 'Europea' di Roma e Urbino 'Carlo Bo'.

⁷⁵ LMG/01 dell'Università 'Europea' di Roma.

⁷⁶ LMG/01 dell'Università di Urbino 'Carlo Bo'.

8. *Fondamenti del diritto europeo e altri insegnamenti romanistici* – Per quanto concerne i crediti attribuiti ai due insegnamenti romanistici – di cui uno è Fondamenti del diritto europeo, qualificato TAF A⁷⁷ – presenti nel percorso quinquennale del Corso di laurea in Giurisprudenza, il rapporto è riconducibile a tre modelli, riportati nel grafico a fig. 13.

Fig. 13 – CFU e Insegnamenti IUS/18



In sette Corsi di laurea in Giurisprudenza (46,6%), la materia di Fondamenti del diritto europeo ha un numero di CFU inferiore a quello assegnato a Istituzioni (Storia o Diritto) di diritto romano.

⁷⁷ Laddove l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è qualificato TAF A, risulta obbligatorio in via esclusiva nell'offerta formativa di nove Corsi di laurea in Giurisprudenza [Università di Bergamo, Campania 'Luigi Vanvitelli' (in cui è l'unico insegnamento collegato al SSD IUS/18), Genova, LUM J. Monnet, Napoli 'Parthenope', 'Europa' di Roma, Siena, Trento, Urbino 'Carlo Bo'], mentre in alternativa con un altro/i insegnamento/i in sette Corsi di laurea (Università di Bologna, Calabria, Camerino, Milano 'Bicocca', Padova, Salento, Verona).

La ripartizione è la seguente:

Fig. 14

Istituzioni (Storia o Diritto romano) di diritto romano	Fondamenti del diritto europeo	LMG/01
9 CFU	6 CFU	4 ⁷⁸
10 CFU	8 CFU	1 ⁷⁹
12 CFU	10 CFU	1 ⁸⁰
12 CFU	6 CFU	1 ⁸¹

In quattro Corsi di laurea in Giurisprudenza (26,6⁰%), invece, l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo prevede un numero di CFU uguale a quello assegnato a Istituzioni (Storia o Diritto) di diritto romano.

Fig. 15

Istituzioni (Storia o Diritto romano) di diritto romano	Fondamenti del diritto europeo	LMG/01
9 CFU	9 CFU	2 ⁸²
10 CFU	10 CFU	2 ⁸³

⁷⁸ LMG/01 delle Università di Genova, Milano 'Bicocca', Trento, Verona.

⁷⁹ LMG/01 dell'Università del Salento.

⁸⁰ LMG/01 dell'Università di LUM J. Monnet.

⁸¹ LMG/01 dell'Università della Calabria.

⁸² LMG/01 delle Università di Bergamo e Padova.

⁸³ LMG/01 delle Università di Camerino e Urbino 'Carlo Bo' (in cui al primo anno troviamo l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo e al II anno Diritto romano).

Infine, nei restanti quattro Corsi di laurea in Giurisprudenza (26,6%), la materia di Fondamenti del diritto europeo ha un numero di CFU superiore a quello assegnato a Istituzioni (Storia o Diritto) di diritto romano:

Fig. 16

Istituzioni (Storia o Diritto romano) di diritto romano	Fondamenti del diritto europeo	LMG/01
8 CFU	14 CFU	1 ⁸⁴
9 CFU	10 CFU	2 ⁸⁵
9 CFU	12 CFU	1 ⁸⁶

9. *I Fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana: i Corsi di laurea in Scienze dei servizi giuridici* – Abbiamo sopra visto⁸⁷ che la materia di Fondamenti del diritto europeo risulta impartita nei corsi di laurea triennale in Scienze dei servizi giuridici delle seguenti Università: Campania 'Luigi Vanvitelli', Padova, Roma 'La Sapienza', Trento, Verona.

La sua denominazione è sostanzialmente uniforme:

⁸⁴ LMG/01 dell'Università di Bologna.

⁸⁵ LMG/01 dell'Università di Napoli 'Parthenope': Fondamenti (IUS/18 = 5 CFU) e Storia del diritto europeo (IUS/19 = 5 CFU); LMG/01 dell'Università 'Europea' di Roma (in cui al primo anno troviamo l'insegnamento di Fondamenti romanistici del diritto europeo e in un anno successivo Diritto romano).

⁸⁶ LMG/01 dell'Università di Siena: Fondamenti romanistici del diritto europeo (6 CFU) e Storia delle Codificazioni moderne (6 CFU).

⁸⁷ Par. 2.

Fig. 17

L-14	DENOMINAZIONE
Campania 'Luigi Vanvitelli'	Fondamenti del diritto europeo
Roma 'La Sapienza'	Fondamenti del diritto europeo
Verona	Fondamenti romanistici del diritto privato
Trento	Roman Foundations of European Law
Padova	Fondamenti del diritto e storia del diritto

Per quanto riguarda i settori scientifico-disciplinari (SSD) su cui gravita l'insegnamento, in quattro Corsi di laurea⁸⁸ la materia dei Fondamenti del diritto europeo fa capo al SSD IUS/18 e in un solo Corso di laurea⁸⁹ ai SSD IUS/18 – IUS/19.

Per quanto concerne la tipologia di attività formativa (TAF) e i crediti formativi universitari (CFU) attribuiti all'insegnamento, la situazione è riassunta nella tabella di fig. 18.

Fig. 18

L-14	TAF	CFU
Padova	A	12 ⁹⁰
Verona	A	9
Roma 'La Sapienza'	A	6
Trento	A	6
Campania 'Luigi Vanvitelli'	D	6

⁸⁸ L-14 delle Università di Campania 'Luigi Vanvitelli', Roma 'La Sapienza', Trento, Verona.

⁸⁹ L-14 dell'Università di Padova.

⁹⁰ I 12 CFU sono divisi nel seguente modo: Fondamenti del diritto (IUS/18 = 6 CFU) e Storia del diritto (IUS/19 = 6 CFU).

Dunque, tranne una L-14⁹¹, la materia di Fondamenti del diritto europeo è classificata TAF A, ossia di base e obbligatoria e si situa al I anno in tre Corsi di laurea⁹² e in un Corso soltanto al III anno⁹³.

Infine, laddove l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è previsto come TAF D⁹⁴, si colloca al II anno, mentre al I anno si rinviene, come obbligatorio, Diritto romano e tradizione romanistica.

⁹¹ L-14 dell'Università di Campania 'Luigi Vanvitelli'.

⁹² L-14 delle Università di Padova, Trento e Verona.

⁹³ L-14 dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

⁹⁴ L-14 dell'Università di Campania 'Luigi Vanvitelli'.

L'INSEGNAMENTO DELLA MATERIA: I CONTENUTI

1. *Premessa* – Dal lontano Decreto n. 537/1999¹ e dalla formale introduzione della più recente delle discipline romanistiche nei *curricula* degli studi giuridici universitari, l'*idion* epistemologico dei 'Fondamenti del diritto europeo', sotto il duplice profilo dei contenuti e della metodologia di insegnamento, risulta profondamente modificato.

Le esperienze di ricerca e di didattica si sono reciprocamente influenzate dando vita a corsi sui 'Fondamenti' che rivendicano la propria autonomia di studi e di didattica, quasi del tutto emancipati dai tradizionali corsi romanistici. I manuali pubblicati *ad hoc*² hanno

¹ Il Regolamento è pubblicato in G.U. del 31 gennaio 2000, n. 24.

² Senza voler tralasciare importanti contributi in materia, mi riferisco alla pubblicazione di lavori con esigenze prettamente didattiche e in particolare ai volumi di L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I, *Dal crollo dell'impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune: lezioni*, Torino 2001 (edizione modificata e accresciuta 2011²) e II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne: lezioni*, Torino 2003 (modificata e accresciuta 2010²), di cui anche *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011; C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2005 e II, Torino 2008; G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna 2006, seguiti da IDD., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft*

sostituito, nella maggior parte dei casi, precedenti lavori scientifici prima solamente ‘prestati’ alla materia. In taluni casi detta produzione manualistica è stata sollecitata proprio dal corso impartito dal docente/autore³ – secondo l’auspicio espresso da Carlo Augusto Cannata, nella *Prefazione* del suo primo volume dei *Materiali*, che docenti e studenti scrivessero insieme i testi di riferimento per la materia⁴ – in talaltri, viceversa, essa, venuta alla luce sotto l’egida di vicende sovranazionali, come la pubblicazione dei diversi progetti di unificazione e/o armonizzazione del diritto privato europeo, si è proiettata sui contenuti della disciplina, modificandoli⁵.

Common Frame of Reference, Bologna 2009; IDD., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2009 e II, Bologna 2010; F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, Napoli 2007; L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008; M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010; U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Bari-Roma 2010; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2010 (edizione modificata e accresciuta 2018²); A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: la disciplina generale del contratto*, Torino 2018. Ricordo anche F. COSTABILE, R. LAURENDI, *Fondamenti Romanistici del Diritto Europeo. Diritto pubblico e diritto privato alle origini della realtà contemporanea dell’Europa*, Reggio Calabria 2015 e F. COSTABILE (a cura di), *Atene e Roma: alle origini della democrazia moderna e la tradizione romanistica nei sistemi di Civil law e di Common law*, Torino 2016.

³ V. ad esempio il volume di G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 7: «L’occasione di scrivere questo libro trova origine in un percorso didattico e scientifico stimolato dagli insegnamenti che la facoltà giuridica di Trento mi ha voluto affidare in questi anni».

⁴ Cfr. C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, cit., 3: «La mia idea è che il secondo volume non lo scriva necessariamente io, ma anzi che ogni docente, con i suoi studenti, se lo componga lui stesso, che poi lo dia o non lo dia alle stampe».

⁵ Faccio riferimento in particolare all’esperienza bolognese, che oltretutto ho potuto conoscere da vicino per essere stata, a partire dal 2008 e sino al 2014, titolare di un modulo di insegnamento nell’ambito del corso di “Fondamenti romanistici del diritto europeo” nonché co-autrice dei volumi curati da G. Luchetti e A. Petrucci (v. nt. 2) adottati nel suddetto corso, volumi che hanno modificato il contenuto dell’insegnamento e che sono stati stimolati dalla pubblicazione, prima, dei *Principles of European Contract Law* (cfr. O. LANDO, H.

Vediamo ora meglio l'oggetto e la metodologia dell'insegnamento distinguendo tra Corsi di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza (LMG/01) e Corsi di laurea triennale in scienze dei servizi giuridici (L-14) attivi nelle Università italiane⁶, con una breve appendice concernente le Scuole di specializzazione per le professioni legali (SSPL).

2. *I contenuti dell'insegnamento nei Corsi di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza* – Le Università italiane, presso cui è istituita una Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza (LMG/01), sono cinquantasei⁷ e, di queste, trenta prevedono nella propria offerta formativa l'insegnamento che ci occupa⁸, con diverse denominazioni⁹.

BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague-London-Boston 2000 [= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001] e IID., *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague-London-New York 2003 [= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte III*, edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2005]) e, poi, del *Draft Common Frame of Reference* (C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference [DCFR]*. Full Edition, I-VI, Munich 2009).

⁶ Per i contenuti dei corsi si è fatto riferimento ai siti web delle singole Università oltre che a <https://www.university.it/>.

⁷ Non sono prese in considerazione le Università telematiche e le 'doppie sedi'.

⁸ Si tratta delle Università di Bergamo, Bologna, Brescia, Cagliari, Calabria, Camerino, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, Firenze, Genova, LUM Jean Monnet, Milano 'Bicocca', Milano 'Statale', Napoli 'Federico II', Napoli 'Parthenope', Padova, Palermo, Parma, Perugia, Pisa, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europea' di Roma, Salento, Sassari, Siena, Teramo, Trento, Trieste, Urbino 'Carlo Bo', Verona. Sul punto v. in specie il contributo in questo volume di P. FERRETTI, *I fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana*.

⁹ Le denominazioni maggiormente utilizzate risultano essere due: 'Fondamenti del/di diritto europeo' e 'Fondamenti romanistici del diritto europeo'; sul punto v. sopra P. FERRETTI, *I fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana*, cit.

Tra queste, per il profilo contenutistico, non prenderò in considerazione l'Università di Firenze ove l'insegnamento fa esclusivo riferimento al SSD IUS/19, diversamente costituiranno oggetto di indagine le Università di Napoli 'Parthenope' e di Siena, in cui nei 'Fondamenti' convivono due diversi 'moduli' riconducibili uno al SSD IUS/18 e l'altro al SSD IUS/19, pur concentrandomi solamente sulle specifiche scelte contenutistiche compiute dal docente del settore 'Diritto romano e diritti dell'antichità'¹⁰.

In quindici delle prima richiamate sedi universitarie¹¹, l'insegnamento presenta un'impostazione monografica, destinata in chiave diacronica a evidenziare le identità e le diversità maturate nei singoli diritti europei circa la soluzione di uno o più specifici problemi¹². Il metodo adottato è quello storico-comparativo, come evidenziato, tra gli altri, nel Syllabus on line della Facoltà tridentina: «Comparison involves history», questa nota massima di un importante studioso di diritto comparato, sintetizza in modo efficace il metodo del presente corso, definito "storico-comparativo", che coniuga le discipline storiche con quella della comparazione giuridica al fine di individuare i comuni fondamenti dei diritti europei attuali nell'ambito privatistico. In questa direzione la conoscenza storica dei fondamenti del diritto europeo può costituire un parametro critico di verifica dell'attuale quadro concettuale giusprivatistico europeo e si rivela, inoltre, un'importante ed utile chiave di lettura per la

¹⁰ Per i diversi settori scientifico-disciplinari cui è riconducibile l'insegnamento v. ancora P. FERRETTI, *I fondamenti del diritto europeo nell'Università italiana*, cit.

¹¹ Sono le Università di Bologna, Brescia, Genova, Milano 'Bicocca', Milano 'Statale', Padova, Perugia, Pisa, Salento, Sassari, Siena, Teramo, Trento, Trieste, Verona.

¹² Secondo dunque la direzione in cui avevano insistito già nel Convegno ferrarese del 2004 C.A. CANNATA, *Relazione, in Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005, 52 ss.; A. CORBINO, *Relazione, in Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno*, cit., 64 ss.; M. TALAMANCA, *Relazione, in Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno*, cit., 35 ss. e L. VACCA, *Relazione, in Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno*, cit., 57 ss.

comprensione delle identità e delle differenze esistenti sia all'interno dei singoli ordinamenti di civil law, sia in rapporto con le tradizioni di *common law*»¹³.

Nei quindici Corsi di laurea magistrale a ciclo unico in cui il nostro insegnamento riveste carattere monografico, l'oggetto è limitato al solo diritto privato romano¹⁴, senza aperture agli altri diritti dell'antichità né tantomeno al diritto pubblico e contempla i necessari riferimenti alle fonti di maggiore rilevanza del diritto medievale e moderno anteriore alle codificazioni¹⁵, senza dunque alcun «salto mortale, e generalmente, mortifero»¹⁶ da Giustiniano ad oggi.

Per quanto concerne nello specifico gli *exempla* su cui si articola la comparazione diacronica, essi concernono 'grandi temi' che dipendono dalle personali esperienze del docente/titolare e conseguentemente dai testi di riferimento, così a Brescia, a Pisa e a Sassari si approfondiscono le obbligazioni e il contratto, a Genova la responsabilità contrattuale, così come presso l'Università di Milano Statale (ove tuttavia oggetto di studio sono anche i diritti reali minori, in particolare l'usufrutto), a Milano "Bicocca" le ob-

¹³ Cfr. sito web della Facoltà di Giurisprudenza di Trento *sub* 'Diritto romano e fondamenti del diritto europeo (corso A-L)'.

¹⁴ 'Diritto romano' inteso come 'diritto romano dei Romani', ma anche come tradizione romanistica, secondo la differenziazione fatta da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 456 ss., che attribuiva, come è noto, all'espressione "diritto romano" almeno cinque significati, il 'diritto romano dei Romani', ossia quel diritto che si formò dalle origini di Roma sino alla compilazione giustiniana, il diritto romano come tradizione romanistica, il diritto romano come 'diritto comune europeo', ossia quel diritto che si è soliti chiamare *civil law* o *Roman civil law*, il diritto romano come 'Pandettistica' e infine il diritto romano come 'scienza romanistica'. Sul punto v., in specie, G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei*, cit., 20 e ID., *Introduzione ai temi del Convegno*, in questo volume nonché L. SOLIDORO, *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, in questo volume.

¹⁵ Ovviamente il discorso intorno al diritto intermedio è maggiormente approfondito nelle due Università in cui l'insegnamento di 'Fondamenti del diritto europeo' fa riferimento al contempo al SSD IUS/18 e IUS/19.

¹⁶ Così M. TALAMANCA, *Relazione*, cit., 41.

bligazioni da atto lecito, a Padova e a Lecce le regole di correttezza e la tutela apprestata in caso di loro violazione, a Perugia la cittadinanza, a Teramo (sino a quando il corso è stato tenuto da Floriana Corsi)¹⁷ la responsabilità aquiliana, a Trento *utilitas contrabentium, diligentia quam in suis e iniuria* nell'illecito aquiliano, a Trieste i modelli di trasferimento della proprietà, il concorso di persone nel reato, le donazioni tra fidanzati, il gioco e la scommessa, l'azione di accertamento negativo, la fiducia testamentaria, a Verona le obbligazioni pecuniarie¹⁸. A queste va aggiunta l'Università di Bologna¹⁹, ove la marcia a ritroso, diretta a mostrare la giustificazione o l'assenza di giustificazione delle soluzioni giuridiche attuali, in ambito di obbligazioni e contratti, parte dagli articoli del *Draft Common Frame of Reference*²⁰.

Negli altri quattordici Corsi di Laurea magistrale a ciclo unico che prevedono nella propria offerta formativa i 'Fondamenti'²¹, l'insegnamento segue un'impostazione generale occupandosi delle diverse fasi e vicende del diritto europeo²² e i contenuti non sono circoscrivibili al solo settore del diritto privato e delle sue ramificazioni, estendendosi a diversi settori dell'esperienza giuridica europea, che discendono dall'esperienza romanistica e dalla sua

¹⁷ Cfr. M.F. CURSI, *Fondamenti del diritto europeo: dall'esperienza alcune perplessità e un'opportunità*, in questo volume.

¹⁸ I dati sono tratti dai siti web delle diverse Università, con riferimento all'A.A. 2018/2019.

¹⁹ Sul punto v. in specie G. LUCHETTI, *L'esperienza bolognese*, in questo volume.

²⁰ Cfr. il sito web della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

²¹ Si tratta delle Università di Bergamo, Cagliari, Calabria, Camerino, Campania 'Luigi Vanvitelli', 'Magna Graecia' di Catanzaro, LUM Jean Monnet, Napoli 'Federico II', Napoli 'Parthenope', Palermo, Parma, 'Mediterranea' di Reggio Calabria, 'Europea' di Roma, Urbino 'Carlo Bo'.

²² Secondo il modello seguito in Europa da importanti studiosi come G. HAMZA, *Le développement du droit privé romain. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest 2005 e A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo: Derecho romano, ius commune-derecho europeo*, Madrid 2007 e in Italia da L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I, cit., e II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne: lezioni*, cit.

tradizione culturale e pratica²³. Viepiù in alcuni di essi l'indagine diacronica non si esaurisce nell'esperienza giuridica romana, ma contempla anche gli altri diritti dell'antichità, in particolare l'eredità greca, come nell'Università 'Mediterranea' di Reggio Calabria nonché presso la "Magna Græcia" di Catanzaro²⁴.

3. ...e nei Corsi di laurea in Scienze dei servizi giuridici – Le Università italiane, presso cui è istituita una L-14, sono trentaquattro²⁵ e, di queste, soltanto cinque offrono ai loro studenti l'insegnamento di 'Fondamenti del diritto europeo'²⁶: sono i Corsi di laurea triennale attivi presso l'Università della Campania 'Luigi Vanvitelli', Padova, Trento, Verona e Roma 'La Sapienza'. Nelle prime quattro l'insegnamento presenta contenuti meno 'specialistici' rispetto al medesimo corso attivo nelle Lauree magistrali, *in primis* per rispondere alle esigenze degli studenti, che sono 'matricole', essendo la disciplina inserita al primo anno. Si tratta di *curricula* che non prevedono il tradizionale corso di 'Istituzioni di diritto romano' e pertanto i 'Fondamenti' si atteggiano quasi a 'mini-sostituto' del primo, anche se con caratteristiche proprie, come la maggiore attenzione dedicata alla comparazione storico-giuridica e, nel caso trentino, l'erogazione in lingua inglese²⁷.

²³ Contenuti questi a favore dei quali si era espresso nel già ricordato Convegno ferrarese P. CERAMI, *Interventi*, in *Fondamenti del diritto europeo*, cit., 83.

²⁴ Nei Corsi attivi presso dette Università, il testo di riferimento risulta essere F. COSTABILE (a cura di), *Atene e Roma: alle origini della democrazia moderna e la tradizione romanistica nei sistemi di Civil law e di Common law*, cit.

²⁵ In questo numero, come sopra detto, non sono comprese le Università telematiche. Di queste, soltanto una (Università Giustino Fortunato) prevede una L-14, nella cui offerta didattica è presente l'insegnamento di 'Fondamenti del diritto europeo'; sul punto v. in specie P. FERRETTI, *I fondamenti del diritto europeo*, cit.

²⁶ Sul punto v. ancora P. FERRETTI, *I fondamenti del diritto europeo*, cit.

²⁷ Si tratta della laurea triennale in inglese 'Comparative, European and International legal Studies (CEILS)' attiva presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento a partire dall'A.A. 2017/2018 che prevede nella propria offerta formativa anche l'insegnamento di 'Roman Foundations of

La situazione è diversa nella laurea triennale in ‘Diritto e Amministrazione pubblica’ dell’Università ‘La Sapienza’ di Roma, ove l’insegnamento è impartito al terzo anno di studi ed è incentrato «sui principi del sistema giuridico a base romanistica. I numerosi principi del diritto che emergono nei codici della gran parte delle Nazioni europee (e non solo) e che la “giurisprudenza comunitaria” ha enucleato affondano le loro radici nella tradizione romana e basano il loro sviluppo e la loro elaborazione nello *ius commune* [diritto comune]»²⁸. La comparazione storico-giuridica si concentra, in questo caso, in particolare su obbligazioni e contratti, prendendo le mosse da alcuni progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, sulla falsariga del modello bolognese²⁹.

4. *L’esperienza nelle SSPL* – Pur essendo la nostra disciplina nata per essere destinata, in primo luogo, alle Scuole di specializzazione per le professioni legali (SSPL), oggi proprio in tali Scuole di ‘perfezionamento’ i ‘Fondamenti’ occupano lo spazio più esiguo, essendo a essi dedicate poche ore per Anno Accademico.

Non è stato possibile effettuare uno ‘screening’ completo sui contenuti della materia nelle SSPL e ciò per la penuria di informazioni reperibili nei siti web delle diverse Scuole. Si può dunque risalire solo indirettamente ai contenuti dell’insegnamento tramite i titoli delle lezioni pubblicati nel calendario didattico di alcune Scuole³⁰, ma si tratta ovviamente di un’indagine rapsodica. I pochi dati a disposizione mostrano comunque che nelle SSPL il corso è sviluppato per *exempla*, perlopiù in ambito di obbligazioni e contratti in particolare facendo riferimento a sentenze dei Giudici

European Law’ (IUS/18).

²⁸ Cfr. il sito web del Corso A.A. 2018/2019.

²⁹ Il testo di riferimento è G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit.

³⁰ Cfr. il sito web della Scuola di specializzazione per le professioni legali di Trento e Verona, sub ‘Calendario didattico’ A.A. 2018/2019: <https://www.giurisprudenza.unitn.it/101/scuola-di-specializzazione-per-le-professioni-legali>.

italiani³¹, con il precipuo scopo di enucleare le basi tecnico-giuridiche e metodologiche che risultino funzionali agli approfondimenti tecnico-giurisprudenziali degli specializzandi.

³¹ Cfr. A. SACCOCCIO, *Diritto romano, Fondamenti e Fondamentali*, in questo volume.

LO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO E I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO

1. *Considerazioni introduttive* – Hans Kelsen, nel 1938, nello sforzo di chiarire il contenuto della sua teoria pura del diritto, contrappose quest'ultima alla tradizione giuridica fondata sul diritto romano. Nella seconda emergerebbe una prospettiva del riconoscimento dei diritti alla persona rappresentativa di una trama individualistica di attribuzione di posizioni giuridiche soggettive. Questa profonda struttura del diritto romano e della tradizione giuridica su di esso fondata sarebbe, per lo studioso austriaco, conseguenza quasi inevitabile della prassi rispondente dei giuristi romani dell'età classica, orientata essenzialmente ad attribuire o negare alla parte richiedente la tutela in via di azione. Il meccanismo esclusivo di riconoscimento o di disconoscimento dell'azione al privato impediva, quindi, a detta di Kelsen, la ripulitura ed esclusione nei modelli valoriali di riconoscimento di attribuzione dei diritti alla persona dai profili etici e politici propri della società romana. Al contrario, invece, la *reine Rechtslehre* dallo stesso propugnata avrebbe la virtù di realizzare, nella sua purezza ed astrazione, un contenuto oggettivo ed universale, liberato da qualsiasi giudizio di valore di tipo etico e politico, rendendo possibile una precisa analisi strutturale del diritto positivo¹. La definitiva realizzazione di una *Isolierung* del diritto quale espressione di una sua presunta purezza.

¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Proble-*

Tale perentoria contrapposizione (tra le più dure nella recente storia del pensiero giuridico) si presenta – se contestualizzata storicamente – come una unilaterale percezione (nella prospettiva kelseniana) del contenuto che l'età contemporanea avrebbe ereditato dal diritto romano. La critica di Kelsen in realtà è diretta alla re-interpretazione pandettistica del diritto romano in funzione di struttura concettuale e sistematica acconcia alla nuova società liberale. La contrapposizione kelseniana andrebbe quindi ponderata in chiave storica, come contrapposizione tra teoria pura del diritto e sistema pandettistico, per una affermazione delle prospettive normative ed oggettivistiche, su quelle volontaristiche e individualistiche della scuola pandettistica. Ciò, come è stato già esattamente evidenziato rispetto alla critica nazionalsocialista al diritto romano e ferma restando la rilettura pandettistica del diritto romano, rischia di non cogliere il vero contenuto dello stesso, ma di confonderlo con una sua re-interpretazione, suscettibile di una specifica contestualizzazione storica².

matik, Leipzig-Wien 1934 (rist. Aalen, 1985¹), [§ 26: sul carattere universalistico della teoria pura del diritto, 55 ss.] 60: «Indem die Reine Rechtslehre das sogenannte subjektive Recht in allen seinen Erscheinungsformen: Berechtigung, Rechtspflicht, Rechtssubjekt, als vom objektiven Recht verschiedene Wesenheit auflöst und nur als besondere Gestaltung oder personifikative Darstellung des objektiven Rechts begreift, hebt sie jene subjektivistische Einstellung zum Recht auf, in deren Dienst der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht: jene advocatorische Auffassung, die das Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Parteiinteresses, das heißt im Hinblick darauf betrachtet, was es für den Einzelnen bedeutet inwiefern es ihm nützt, das heißt seinen Interessen dient, oder schadet, das heißt ihm mit einem Übel droht. Es ist die spezifische Haltung der römischen Jurisprudenz, die, in wesentlichen aus der gutachtlichen Praxis respondierender Rechtsanwälte hervorgegangen, zugleich mit dem römischen Recht rezipiert wurde. Die Haltung der Reinen-Rechtslehre ist dagegen eine durchaus objektivistisch-universalistische. Sie geht grundsätzlich auf das Ganze des Rechts und sucht jedes Einzelphänomen nur im systematischen Zusammenhang mit allen anderen, in jeden Rechtsteil, die Funktion des Rechtsganzen zu erfassen.» [...] 61: «Die Rechtstheorie wird so zu einer von allem ethisch-politischen Werturteil befreiten, möglichst exakten Strukturanalyse des positiven Rechts».

² F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto*

Ho scelto la critica di Kelsen in quanto, al di là poi delle ricadute che la teoria pura ha avuto sull'attuale concezione generale del diritto (in contrasto con quella romana)³, essa è paradigmatica di un tipo di giudizio sul diritto romano che ne impedisce la valorizzazione come fondamento critico del diritto (non solo europeo) attuale. Al contrario, il diritto romano, se correttamente inteso nei suoi contenuti concettuali (innervati nel contesto storico di loro emersione), è un formidabile strumento di critica delle categorie giuridiche attuali e delle loro pregiudiziali ideologiche. Proprio queste ultime spesso incidono sui contenuti del diritto del XX e XXI secolo con una tale forza da impedirne il riconoscimento, quasi si tratti di categorie imperiture e fuori dalla storia. Il confronto concettuale impone una formazione giuridica colta, nella quale il dato giuridico odierno (spesso esclusivamente normativo) viene sottoposto ad una rilettura storica e comparativa profonda, al fine di svelarne le sovrastrutture e i condizionamenti.

Ciò ha delle chiare ricadute anche sulle modalità d'insegnamento del diritto romano. Se ad esempio si affronta il tema del diritto delle persone in Roma antica, è necessaria una 'comparazione' con le categorie attuali; non si renderebbe altrimenti intellegibile ai discenti la differenza tra la concezione comunitaria e concreta della *persona* nel diritto romano e le attuali concezioni individualiste ed astratte della persona in chiave di soggetto di diritto, di capacità giuridica e di capacità di agire. Senza l'ausilio della comparazione e del confronto critico, difficilmente sarebbe comprensibile il significato concettuale tipicamente romano della complessità delle posizioni giuridiche differenziate della persona umana, rispetto alla prospettiva individualistica ed indifferenziata del diritto privato contemporaneo. E ciò si badi, facendo attenzione alla valorizzazione dei contesti storici completamente diversi, con anche una distanza forte dei principi che reggevano quella società umana rispetto alla nostra.

comparato e di studi legislativi, 16 (1941), 1-51 (cito da riedizione, Torino 1999).

³ Sul punto v. F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010 (ne esiste una traduzione in lingua spagnola nella Collana *Tradición y Dogmática* della editrice Eudeba di Buenos Aires 2015).

Analogamente, la ricchezza delle forme giuridiche dell'appartenenza nel diritto romano può essere rappresentata per contrappunto soltanto evidenziando la concentrazione delle stesse nel diritto privato contemporaneo, a seguito della rilevanza eccezionale e assorbente nella società borghese e liberale del XIX secolo della proprietà privata.

Ciò significa operare un confronto serrato ed una lettura stratificata del materiale giuridico per fornire ai discenti una formazione consapevole del passato rispetto all'oggi.

2. *Fondamenti del diritto europeo e studio del diritto romano* – La dicitura *'fondamenti del diritto europeo'* evoca le basi stabili sulle quali è posato il diritto europeo. Forme espressive diverse sono state utilizzate nella tradizione della cultura europea per esprimere un'idea analoga.

Il giurista Gaio, nella sua opera dedicata alle XII Tavole, motiva la decisione di non iniziare direttamente dalla Legge del 451-450 a.C., ma dall'*initium urbis* (753 a.C.), in quanto *potissima pars principium est* (D. 1.2.1⁴).

Altre parole potevano essere di utilità, come ad es. radice, la quale avrebbe espresso meglio l'idea di vitalità che l'eredità romana ha

⁴ D. 1.2.1 (Gai 1 ad leg. XII tab.): *Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est. deinde si in foro causas dicentibus nefas ut ita dixerim videtur esse nulla praefatione facta iudici rem exponere: quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare? namque nisi fallor istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producant et cum ibi venerimus, evidentiores praestant intellectum.* F. GALLO, *La storia in Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, *Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano 1981, 90 ss.; L. LANTELLA, *Potissima pars principium est*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 283 ss.; S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto*, in *Nozione, formazione, interpretazione del diritto dall'età romana*, *Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, III, Napoli 1997, 631 ss. [= ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999² 83 ss.].

nel giuridico contemporaneo⁵. L'uso di fondamento non esclude, per altro, una tale interpretazione, in quanto la qualifica è funzionale ad indicare un forte legame storico e di struttura⁶. Si è anche efficacemente parlato rispetto alla tradizione romanistica di «nucleo vivo di una comune civiltà giuridica»⁷.

Il verbo 'fondare' (dal latino *fundare*) ha un collegamento significativo con la famosa metafora nella parabola evangelica della casa costruita sulla sabbia o sulla roccia (*Mt. 7, 21-29*)⁸.

L'uso del plurale 'fondamenti' sta ad indicare, poi, una pluralità di contenuti fondanti la cultura giuridica europea. L'attrazione dell'insegnamento *Fondamenti nel diritto europeo* nel settore scientifico disciplinare IUS18 *Diritto romano e diritti dell'antichità* dimostra *per tabulas* che l'accorto legislatore ha ritenuto il diritto romano *in primis* quale fondamento del diritto europeo, senza

⁵ Solo per fare un esempio, v. i contributi presenti nel volume AA.VV., *Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas*, hrsg. J. WOLFF, Mönchengladbach 2005.

⁶ Sul punto F. GALLO, *Rec. a M. Bretone, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, in *Iura*, 49 (1998), 129 ss.; per la differenza con il *principium potissima pars* di Gaio in D.1, 2, 1, v. F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari, C. Cascione, II, Napoli 2006, II, 1949 ss. Cfr. altresì M. TALAMANCA, *Relazione in Fondamenti del diritto europeo, Atti del Convegno 2004*, a cura di P.P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005, 35 ss., in particolare 36.

⁷ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *Iura* 51 (2000), 1 ss., in particolare 23.

⁸ Θεμελιώω in *Mt. 7,24-27* (Πᾶς οὖν ὅστις ἀκούει μου τοὺς λόγους [τούτους] καὶ ποιεῖ αὐτούς, ὁμοιωθήσεται ἀνδρὶ φρονίμῳ, ὅστις ὠκοδόμησεν αὐτοῦ τὴν οἰκίαν ἐπὶ τὴν πέτραν. [25] καὶ κατέβη ἡ βροχὴ καὶ ἦλθαν οἱ ποταμοὶ καὶ ἔπνευσαν οἱ ἄνεμοι καὶ προσέπεσαν τῇ οἰκίᾳ ἐκείνῃ, καὶ οὐκ ἔπεσεν, τεθεμελίωτο γὰρ ἐπὶ τὴν πέτραν. [26] Καὶ πᾶς ὁ ἀκούων μου τοὺς λόγους τούτους καὶ μὴ ποιῶν αὐτούς ὁμοιωθήσεται ἀνδρὶ μωροῦ, ὅστις ὠκοδόμησεν αὐτοῦ τὴν οἰκίαν ἐπὶ τὴν ἄμμον. [27] καὶ κατέβη ἡ βροχὴ καὶ ἦλθαν οἱ ποταμοὶ καὶ ἔπνευσαν οἱ ἄνεμοι καὶ προσέκοψαν τῇ οἰκίᾳ ἐκείνῃ, καὶ ἔπεσεν, καὶ ἦν ἡ πτῶσις αὐτῆς μεγάλη.), reso con *fundare* nella *vulgata* di San Girolamo (*omnis ergo qui audit verba mea haec et facit ea adsimilabitur viro sapienti qui aedificavit domum suam supra petram. et descendit pluvia et venerunt flumina et flaverunt venti et inruerunt in domum illam et non cecidit, fundata enim erat super petram*). Così anche in *Lc. 6.46-49*.

per questo però esaurire i possibili filoni identitari del modello giuridico europeo. Si pensi ad es. al principio democratico quale espressione di un valore fondamentale dell'Unione Europea e il suo radicamento nel contesto di esperienza delle *poleis* greche⁹. Si pensi anche al *ius canonicum*¹⁰ o al *ius* medievale e moderno¹¹, e ai diritti codificati dei singoli paesi europei¹².

Il diritto romano è indubbiamente una realtà storica che va al di là della stessa esperienza politica che l'ha generata. La stessa denominazione al singolare (*ius Romanum*) è una conquista concettuale nella storia, rispetto alla ampia prospettiva degli *iura populi Romani*¹³. Questo è tanto vero che una delle maggiori critiche che l'insegnamento ha ricevuto – soprattutto dagli storici del diritto italiano – è stata proprio legata a questo dato, ossia alla difficoltà di capire a 'quale' diritto romano ci si riferisse: se ad esempio a quello giustiniano, o a quello classico, o a quello postclassico, o al diritto romano nell'età medievale e moderna etc. La critica, a mio modo di vedere, non è calzante,

⁹ V. L. CANFORA, *Democrazia. Storia di un'ideologia*, Bari-Roma 2004. Da leggersi insieme a quanto è stato precisato sul principio democratico nella Roma repubblicana da P. CATALANO, *Il principio democratico in Roma*, in *SDHI* 28 (1962), 316-329; A. GUARINO, *La costituzione democratica romana e le sue vicende*, in *SDHI*. 72 (2006), 1-59; F. GALLO, *Ius quo utimur*, Torino 2018, 24 ss.

¹⁰ V. al riguardo P. BROWN, *La formazione dell'Europa cristiana. Universalismo e diversità*, Roma-Bari 1995.

¹¹ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto: Le fonti*, Milano 1954; H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800 B. I Älteres Gemeines Recht*, München 1985; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I-II, Roma 1995; M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari-Roma 2012; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma 2016; A. PADDOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2016.

¹² Per una accentuazione della complessità dei diversi diritti europei (quali diritti dei singoli stati membri) in rapporto al diritto romano, v. G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2010 (2018²).

¹³ P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione di un concetto*, in *La nozione di 'romano' tra cittadinanza e universalità, Atti del II seminario di studi storici da Roma alla Terza Roma*, II, Napoli 1984, 546 ss.

in quanto rispetto a dimensioni storiche ampie (come quella che va dall'impero romano all'Europa di oggi), i legami identitari o di differenziazione vanno vagliati attraverso modelli di resistenza che non operano sul piano meramente normativo-descrittivo, ma si aprono all'individuazione dei piani profondi della cultura giuridica, nei quali il diritto come creazione umana nel tempo assume un valore identitario della stessa esperienza umana nella storia. Il diritto romano (in tutta la sua complessità e storicità) dialoga con il diritto presente in termini di strutture di lunga durata, dove rispetto agli innumerevoli cambiamenti e discontinuità presenti sul piano delle società e delle culture nelle quali questo enorme bagaglio di contenuti ha attecchito nella storia, si scopre anche una forte trama di resistenze e di elementi di stabilità che non possiamo cogliere se non aprendoci ad un'analisi profonda di questa eredità (non tanto perduta quanto giacente)¹⁴, che per essere compresa impone anche la consapevolezza della storicità delle categorie giuridiche attuali per evitare distorsioni¹⁵.

La critica dei diversi diritti romani risente, d'altronde, ancora di una percezione statica del diritto romano, come sistema necessariamente coerente in una specifica fase storica. Tale visione è stata superata almeno dagli anni Sessanta del Novecento, da quando cioè la scienza romanistica ha valorizzato la complessità del dibattito dei giuristi romani dalla tarda repubblica a Diocleziano, contenuto di materiale che costituisce

¹⁴ Non credo vi sia bisogno di esplicitare gli *auctores* della mia posizione in materia. Perplesso mi sembra ora il discorso di C. PELLOSO, *Ius, νόμος, ma'at. Inattualità' e 'alterità' delle esperienze giuridiche antiche*, in *Lexis* 30 (2012), 17 ss., teso a coniugare (al motto '*die Antike kennt uns nicht!*') posizioni dottrinali a mio modo di vedere inconciliabili, come quelle di un Mario Bretone da un lato e quelle di un Filippo Gallo o Mario Talamanca dall'altro.

¹⁵ Condivido quanto ha avuto occasione di precisare l'amico Roberto Fiori che «il diritto, in quanto fatto umano, esiste e può essere compreso solo nella sua storia»; *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'es. della buona fede oggettiva*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2007, 25 ss., in particolare 49.

la parte fondamentale della codificazione giustiniana, complessità che non permette alcun irrigidimento per blocchi storici contrapposti, come appunto era avvenuto nel periodo degli studi romanistici della prima metà del Novecento. È chiaro, quindi, che il diritto romano deve essere colto in rapporto alla cultura giuridica europea con una nozione quanto più possibile ampia ed elastica, includendo il diritto romano nella sua pienezza storica e nelle sue innumerevoli trasformazioni e modificazioni.

D'altronde, gli studi della scienza romanistica conoscono autorevoli proposte che hanno in parte alimentato la formula dei *Fondamenti del diritto europeo*. Penso alle opere (pur molto diverse nei contenuti) di Rudolf von Jhering¹⁶, di Fritz Schulz¹⁷, di Paul Koschaker¹⁸ e di Riccardo Orestano¹⁹, nelle quali emerge con evidenza (e pur a fronte come detto sia dei diversi metodi degli autori richiamati, sia dei risultati raggiunti) come non si possa rinunciare a considerare il diritto romano non solo come storia europea, ma anche e soprattutto come fondamento della cultura europea (*in toto* e non solo giuridica), senza porsi su piani di 'a-storicità' ed ignoranza della realtà culturale dell'Europa stessa²⁰.

Un secondo filone, non meno importante, ma non sempre evidenziato in dottrina, in quanto più trasversale e metodologicamente non omogeneo, è legato allo straordinario risultato scien-

¹⁶ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig 1852; II.1, Leipzig 1854; II.2, Leipzig, 1858; III, Leipzig 1865.

¹⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934 [rist. Berlin, 1954]; ID. *Principles of Roman Law*, Oxford 1936; ID. *Principi del diritto romano*, trad. it., Firenze 1946.

¹⁸ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München 1964, dove l'ammonimento relativo alla finalità del suo libro, da intendersi quale «Warnungsruf, und nicht Nekrolog» (353), è sviluppato da R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, in *AcP* 202/2 (2002), 243-316, in particolare 244.

¹⁹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

²⁰ Ma d'altro canto anche gli studi di diritto comparato tendono ad evidenziare questo dato, parlando di «famiglia romano-germanica» (R. David) o «sistema romanistico» (Zweigert, Kötz).

tifico degli studi di diritto romano dagli anni '60 agli anni '90 del Novecento, sviluppatosi soprattutto (ma non solo) in Italia²¹. Si tratta, infatti, di una fase negli studi romanistici di poderosa riconsiderazione della storicità delle categorie giuridiche ereditate dal diritto romano. A rileggere questo ampio lavoro si ha l'impressione di un periodo importante nei nostri studi, che ha aperto un terreno fertile di ricollocazione del diritto romano nel giuridico attuale. I temi approfonditi toccano questioni centrali del diritto. Ne riporto alcuni a titolo esemplificativo, con una bibliografia minima delimitata al momento innovativo (senza poi richiamare i numerosi approfondimenti che si sono succeduti nelle generazioni successive), solo al fine di evidenziare già ad un primo assaggio la forza di questo filone interpretativo; sulla concezione stessa del diritto²², della giustizia²³, dell'interpretazione²⁴, del ruolo e del significato della sistematica²⁵, del rapporto tra azione, diritto e

²¹ Per un quadro d'insieme della dottrina italiana v. ora, efficacemente, C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il terzo millennio: dai primi anni settanta al duemila*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino 2016, 179 ss.

²² F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in SDHI, 53, 1987, 7 ss. Gli approfondimenti del tema poi apparsi in numerosi studi, si trovano ora sintetizzati nello studio monografico *Celso e Kelsen, Per una rifondazione della scienza giuridica*, cit. La rilettura critica della nozione romana di *ius* può essere posta anche in rapporto al suo contrario, la *vis*, su cui v. L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971. D'altronde la ripulitura concettuale ha interessato anche la nozione del diritto in rapporto alle categorie romane del *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*; P. CATALANO, *Il sistema sovranazionale romano*, Torino 1965.

²³ F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI 54 (1988), 1 ss.

²⁴ F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto (Lezioni di diritto romano)*, edizione completata, Torino 1993 (prima edizione, 1971); ID., *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano 2005.

²⁵ L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (repertorio di strumenti per una rilettura ideologica)*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 1-273; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano, Colloquio italo-francese*, II, Roma 1977, 3 ss.

processo²⁶, sul concetto di persona²⁷, della proprietà e dei diritti reali²⁸, del sistema romano dei contratti²⁹ e della nozione di

²⁶ R. ORESTANO, *L'appello civile nel diritto romano*, Torino 1953²; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano 1957; F. P. CASAVOLA, *Le azioni popolari romane*, Napoli 1958; R. ORESTANO, voce *Azione*, I, *L'azione in generale*, in *ED IV* (s.d. ma 1959), 785 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961; ID., *La 'restitutio in integrum' nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965; F. P. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli 1965; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano 1973; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Torino 1986; II, *La regolamentazione decemvirale*, Torino 1986; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *ED.*, XXXVI (1987), 1 ss.

²⁷ R. ORESTANO, *Il problema delle 'persone giuridiche' in diritto romano*, Torino s.d. ma 1968; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, Torino 1989; P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990.

²⁸ F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 193 ss.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Giustiniano*, Napoli, 1962; ID., *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano 1969; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, Torino 1969; F. GALLO, 'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo* 16 (1970), 17 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano 1976; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano 1981.

²⁹ Per la sua capacità di precorrere la lettura successiva, inserisco anche alcune opere che risalgono agli anni '50, in quanto essa ha evidenziato il principio di tipicità del sistema contrattuale romano, poi sviluppato dalla romanistica dei decenni successivi: G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963³ (la cui seconda edizione è però del 1949); V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano (Corso di lezioni 1949-1950)*, Napoli 1965²; ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1950; ID., *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1952; II, Napoli 1956 (rist. anast. 1987); TH. MAYER MALLY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR.* 52 (1959), 50 ss.; H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln-Graz 1964; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Torino, 1983; V. GIUFFRÈ, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne*, Napoli 1989; M. TALAMANCA, *La tipicità*

contratto³⁰, dell'obbligazione³¹, della responsabilità³², etc. Anche il diritto pubblico romano³³ ed il diritto penale romano³⁴ sono ampiamente coinvolti in questa rinascenza di studi e metodi.

Si tratta di una fase nella quale la scienza del diritto romano rifonda i suoi metodi e li indirizza verso un dialogo (alcune volte sordo) con la cultura giuridica attuale. Non sempre, e questo va detto, la cultura giuridica odierna e professionalmente orientata ha, infatti, colto in pieno l'importanza di questo enorme sforzo di rilettura del diritto romano. Si tratta di studi che impongono al lettore la consapevolezza della storicità del diritto (anche futuro), al fine di poter cogliere la straordinaria ricchezza e complessità

dei contratti tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone, in *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, ACOP 1988, a cura di F. Milazzo, Napoli 1990, 35-108.

³⁰ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio tra Labeone e Ulpiano*, Napoli 1971; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del Principato*, in *ANRW* II.14 (1982), 498 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino 1993; II, Torino 1995.

³¹ A. MANTELLO, *Beneficium servile e debitum naturale*, Milano 1979; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano 1981.

³² M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *ED VII* (1960), 517 ss.; D. NÖRR, *Die Fabrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München 1960; C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1966; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano*, Milano 1969; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia': criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino 1969.

³³ P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1971; ID., *Tribunato e resistenza*, Torino 1971; F. GRELE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli 1972; L. LABRUNA, *Il console sovversivo: Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, Napoli 1976 (rist. a cura di C. Cascione, Napoli 2000); F. SERRAO, *Classi partiti e leggi nella Repubblica romana*, Pisa 1981; G. LOBRANO, *Res publica – res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996.

³⁴ W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit (Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosoph.-histor. Klasse, Abhandlungen, Neue Folge Heft 56)* München 1962; C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano 1979; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale in Roma antica*, Roma 1994 (che raccoglie studi degli anni precedenti).

del bagaglio critico ed ideologico delle categorie giuridiche di uso odierno, svelando la fallacia della statica percezione delle categorie normative prevalenti nell'odierno giuridico. Non è casuale che un tale movimento critico di pensiero abbia interessato anche altri settori degli studi giuridici, che evidenziano negli stessi decenni del Novecento un rinnovamento metodologico e nei risultati di grande importanza come gli studi di diritto comparato e di storia del diritto.

Lo sforzo della scienza romanistica si è anche orientato nel mettere a frutto l'insegnamento di Riccardo Orestano, teso ad evidenziare l'utilità di compiere studi romanistici per problemi e non per concetti ed istituti, aprendo innovativi settori di indagine rimasti in ombra negli studi romanistici tradizionali, come l'impresa e la tutela ambientale³⁵.

Ulteriore importante filone di studi romanistici è quello che ha concentrato la sua attenzione sul contributo dei singoli giuristi e sul dibattito tra essi intercorrente³⁶, il che ha di molto aumentato le nostre conoscenze e la nostra sensibilità storica non soltanto di comprendere il ruolo dei giuristi nel diritto romano, ma anche il diritto attuale e la sua complessità.

In epoche più recenti, in Germania, all'interno della scuola di Max Kaser, si è poi sviluppato un filone metodologico, quello della cd. neo-pandettistica, che vede tra i suoi capiscuola Reinhardt

³⁵ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano 1983; ID, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano 1990.

³⁶ F. BONA, *Sulla fonte di Cicero, de oratore, 1, 56, 239-240 e sulla cronologia dei 'decem libelli' di P. Mucio Scevola*, in *SDHI* 39 (1973), 425-480; O. BEHRENDTS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Quintus Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen 1976; F. P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980; F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, in *SDHI* 46 (1980), 282-382; M. BRETONE, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982 (che raccoglie scritti pubblicati in anni precedenti); A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari 1989.

Zimmermann³⁷ e Rolf Knütel³⁸. Le critiche rivolte a tale filone di ricerca sono a mio modo di vedere da leggersi con attenzione proprio in chiave di dialogo costruttivo, sale di una qualsiasi scienza. Il richiamo ad un corretto storicismo, nel quale gli aspetti di continuità e/o discontinuità si pongono su un piano altro rispetto al metodo di approfondimento di un diritto (qualsiasi esso sia) nel suo contesto storico di esperienza, è una sacrosanta rivendicazione di qualsiasi studioso del giuridico, e questo vale anche per colui che si accinga a riflettere sulle future regole dirette a realizzare forme di sfruttamento dei minerali su Marte³⁹.

La critica relativa al cd. neo-pandettismo della fine del XX secolo è in realtà una critica che stigmatizza l'elemento metodologico caratteristico della scuola pandettistica nell'uso del diritto romano. La pandettistica tedesca del XIX secolo decise scientemente di utilizzare come base fondamentale per la enucleazione dei concetti e del sistema del diritto privato tedesco dell'epoca direttamente la codificazione di Giustiniano. La pandettistica, in sostanza, si liberò della complessa e ricca tradizione medievale e moderna del diritto romano (Glossa, Commento, umanesimo giuridico e *usus modernus pandectarum*), con l'obiettivo di costruire un nuovo sistema di diritto

³⁷ R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht, Römisches Recht, heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch "Auseinanderdenken"*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, hrsg. R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J. P. MEINCKE, Heidelberg 1999, 1-39; ID, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001; ID, *Europa und das römische Recht*, in *AcP* 202/2, 2002, 243-316; ID, *Römisches Recht und Europäische Kultur*, in *JZ* 62/1 (2007), 1-12;

³⁸ R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994), 244 – 276; ID, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in *Juristische Schulung* 36 (1996), 768–778 (versione in italiano, *Diritto romano e 'ius commune' davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, 521 ss.).

³⁹ Nella discussione attuale riemergono per altro principi romani propri dello sfruttamento delle *res communes omnium*. Al riguardo rimando a quanto evidenziato da M. FALCON, *'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli 2016, 107 ss.

privato dell'Ottocento, funzionale ad una società liberale, il quale tuttavia doveva essere saldamente ancorato alla Codificazione giustiniana, considerata quale spazio di contenuti giuridici di validità del discorso innovativo che essa si accingeva a fare⁴⁰.

La c.d. neo-pandettistica del XX secolo – secondo i suoi critici – avrebbe in sostanza rinverdito questa metodologia, evidenziando un confronto diretto tra diritto attuale e diritto romano, senza tenere in debito conto la enorme complessità storica che separa le due realtà⁴¹. Ma qui sta uno dei punti che più lasciano insoddisfatti della critica: il punto non è la differenza di piano storico e di contesto degli oggetti comparati (esaminati come corpi autonomi nel loro contesto storico e culturale), ma la correttezza del metodo di comparazione, che non mi sembra, almeno nei fondatori di questo indirizzo metodologico, presentare debolezze o vulnerabilità, anche tenendo conto del fatto che la comparazione messa in campo si apre ad un discorso-dialogo proprio rispetto a profili di identità e di diversità del diritto romano col diritto europeo attuale⁴².

Si può rilevare, per altro, nel metodo pandettistico, una selezione del contenuto del diritto romano giustiniano quale base di riferimento per l'interpretazione e l'enucleazione di categorie giuridiche coeve. Sia per i romanisti del XX e del XXI secolo, sia per i Pandettisti del XIX secolo, cioè, l'oggetto della riflessione scientifica è comune. La differenza è data dalla finalità dello studio e della ricerca: per i Pandettisti l'enucleazione dal materiale giustiniano di concetti e regole funzionali alla costruzione di un nuovo sistema di diritto privato, coerente a fornire la trama giuridica della nuo-

⁴⁰ Mi permetto di rimandare a quanto ho cercato di approfondire in *Das römische Recht der Pandektisten und das römische Recht der Römer*, in H. P. HAFERKAMP, T. REPGEN, *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*, Tübingen, 2017, 83-99.

⁴¹ V. al riguardo A. MANTELLO, *Diritto romano e diritto europeo: una relazione ambigua*, in *Fondamenti del diritto europeo*, cit 93 ss., che parla di rischio di semplificazione del rapporto tra passato e presente.

⁴² V. sul punto quanto evidenziato da T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, a cura di M. Brutti – A. Somma, Frankfurt am Main 2018, 111 ss.

va società borghese e liberale tedesca; per la romanistica, invece, la riscoperta e la ricollocazione nel contesto culturale e sociale di emersione del diritto romano, al fine di meglio comprenderne e svelarne i contenuti, le specificità e le contaminazioni rispetto alle altre civiltà antiche, sia dell'età classica, sia infine del periodo finale dell'impero romano.

Per dirla in chiave di slogan potremmo dire che i pandettisti cercano di semplificare il complesso, al fine di realizzare un edificio sistematico coerente e funzionale al diritto dei loro tempi, e che la scienza romanistica, al contrario, cerca di dipanare la complessità nella storicità, liberandosi però della gabbia concettuale pandettistica.

Come già rilevato nel suo intervento iniziale dall'amico Gianni Santucci, l'Ottocento tedesco è, infatti, un momento storico che ha inciso profondamente nel sapere giuridico del Novecento e che inevitabilmente ha condizionato anche il lavoro della scienza romanistica dello stesso secolo. Penso ad esempio alla difficoltà, nel periodo dell'interpolazionismo, di pensare il diritto se non in chiave di coerente ordine di una data fase storica, contrapponendo l'ipostizzazione di un diritto classico a quella di un diritto giustiniano⁴³.

Il *System* di Savigny e della sua scuola ha cioè rappresentato un forte fattore di *imprinting* del diritto del XX secolo, che non è stato ancora del tutto criticamente vagliato, con un'ampia pervasività nei diritti nazionali europei, se non sempre sul piano dei contenuti normativi dei diritti codificati, sicuramente sulle categorie attraverso le quali la scienza giuridica dei diversi paesi ha reinterpretato il dato normativo nazionale. Le grandi categorie giuridiche pandettistiche (soggetto di diritto, oggetto di diritto, negozio giuridico, rapporto giuridico) sono quelle che dominano lo scenario dogmatico anche attuale in tutti i paesi del mondo a diritto codificato, anche in Paesi la cui storia era rimasta tendenzialmente estranea alla tradizione romanistica, come ad es. la Cina.

⁴³ Fondamentale al riguardo quanto notava già R. ORESTANO, *Introduzione al diritto romano* cit., 535-536; 540-543; 556-557.

Tutto ciò ha, per altro, permesso di realizzare primi manuali di ‘fondamenti’ con finalità didattiche che segnano la strada che si sta percorrendo⁴⁴.

Il diritto romano è, come detto, uno dei quei frutti complessi della storia, che a livello di contenuto va ben al di là della realtà politica che l’ha prodotto. Resta una esperienza unica nell’antichità. Senza negare nulla all’importanza delle società babilonese ed ebraica, o a quella egizia o anche alle grandi riflessioni della filosofia greca - che peraltro toccano temi giuridici fondamentali per la costruzione di un contenuto condiviso nelle culture giuridiche dell’Europa – tuttavia va riconosciuto all’esperienza giuridica romana un valore di *unicum* nel nostro modo di percepire il giuridico. In particolare, tale unicità è stata a mio modo di vedere determinata da una caratteristica specifica, quella del ‘ruolo del giurista’, quale elemento di novità del diritto romano nelle società antiche, elemento di forte caratterizzazione identitaria nella discontinuità delle strutture giuridiche all’interno del discorso sul diritto che arriva fino a noi⁴⁵.

Quanto ho cercato di evidenziare, ha ricadute essenziali sulla formazione delle nuove generazioni di giuristi, dal momento in cui non ci si voglia limitare a formare gli studenti delle facoltà di giurisprudenza in termini di acquisizione mnemonica delle leggi, dei codici e dei regolamenti mano a mano emanati nel singolo

⁴⁴ P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano 1987; C. A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2005; II, Torino 2008; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I, Torino 2001; II, Torino 2010; M. G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, Torino 2007; G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna 2009; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei: continuità e discontinuità*, cit.; M. RAINER, *Das römische Recht in Europa, Von Justinian bis BGB*, Wien 2012; L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino 2016; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, Torino 2018.

⁴⁵ Evidenzia esattamente tale elemento come un forte fattore identitario della cultura giuridica europea (e non solo), G. FINAZZI, *Identità nazionali e identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica*, in *Italian Review of Legal History*, 3 (2017), 1 ss., in particolare 13 ss.

Stato. Se la formazione giuridica si limitasse, infatti, a questo, cioè ad una acquisizione mnemonica del dato normativo, creeremmo semplicemente dei registratori umani della norma giuridica del presente (destinati ad essere nel tempo inutili e facilmente sostituibili dall'intelligenza artificiale). Il dato normativo è, infatti, per sua natura cangiante nel tempo e non può rappresentare l'oggetto esclusivo della formazione delle nuove generazioni di *iuris cupientes*. Il nostro obiettivo, invece, è e resta quello di creare dei giuristi che opereranno poi nel tempo avendo acquisito una conoscenza profonda delle categorie giuridiche e delle trame tra esse intessute. Il giurista è l'elemento di continuità e di sviluppo nel tempo del sapere giuridico, chiaramente con tutti i limiti umani di trasmissione del sapere stesso.

Per quanto riguarda invece il cd. 'diritto europeo', non credo che l'attenzione sia da spostare sui singoli diritti nazionali europei, non credo per altro che sia mai stato questo il senso originario dell'insegnamento. L'intento, cioè, non era tanto quello di approfondire i fondamenti giuridici dei singoli stati nazionali europei (cosa che si fa ampiamente in relazione soprattutto al rapporto tra Codici civili e Costituzioni), quanto piuttosto quello di rompere la 'gabbia concettuale' della struttura giuridica nazionale con i suoi inevitabili condizionamenti ideologici⁴⁶, al fine di favorire un approfondimento delle strutture forti della tradizione, fondate sul diritto romano, il quale è per definizione un diritto a-nazionale (i Romani non sono una nazione in senso moderno), idoneo a farsi portatore di contenuti valoriali che prescindono da logiche etniche (anche di quelle etnie fondanti la città di Roma). Da questo punto di vista pertanto, l'obiettivo è proprio quello di ricollocare l'esperienza romana al centro del dialogo con il diritto europeo. Va detto, poi, che la scienza romanistica ha una fortissima connotazione internazionale, proprio perché non è sentita come espressione scientifica di una specifica nazione, ma patrimonio culturale comune.

⁴⁶ Per l'accentuazione della crisi dei diritti nazionali v. già F. P. CASAVOLA, *Diritto romano fra passato e futuro*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milano, 1989, 111 ss., in particolare 115.

Il diritto europeo, al confronto, è per ora una esperienza storicamente effimera e certo potrebbe anche terminare piuttosto velocemente, soprattutto se comparata al grande modello culturale del diritto romano; nonostante io sia un europeista convinto, nel senso che nutro la speranza che l'esperienza europea trovi il modo di andare avanti, bisogna anche rilevare come un momento storico come quello che ci occupa sia molto complesso.

È d'altronde una prospettiva quella del diritto europeo che paga il pre-condizionamento di due gabbie concettuali. Una, quella del modello del diritto nazionale e dunque del diritto dei singoli stati membri e delle varie giurisdizioni nazionali. Entrambi sono grossi elementi di freno per la costruzione di un comune giuridico europeo.

L'altra gabbia concettuale è quella del diritto internazionale. L'unica prospettiva che si è aperta nell'ottica esclusiva della sovranità degli stati e dei diritti nazionali è stata quella del diritto internazionale, e quindi di un diritto convenzionale che per sua stessa natura non riesce ad avere quell'afflato, quella vocazione propria di una visione universale e inclusiva, che riesca al livello ideale a cementare in un disegno comune culture, società e religioni diverse.

Questa visione all'Europa manca e lo abbiamo toccato con mano quando pur avendo tra i principi fondamentali dell'Europa la dignità umana, la libertà, l'eguaglianza, la democrazia e la giustizia, la politica europea verso il problema della migrazione di intere popolazioni dall'Africa ha dimostrato una totale incapacità di elaborare una comune risposta univoca ed efficace.

A ciò aggiungo un'altra ragione di pessimismo. In Europa oggi il ruolo dei giuristi e del diritto più in generale è fortemente in arretramento. I 'sacerdoti' che guidano la società attuale sono gli economisti, sebbene i cicli economici del capitale stiano dimostrando con evidenza che Marx e Schumpeter avessero profetizzato giusto e che con il terzo tipo di capitale, quello finanziario, si sarebbe arrivati a cicli di crisi economiche sempre più frequenti. Questa forte centralità dell'economia, che rende ancillari sia la politica che il diritto, dimostra un netto arretramento del ruolo del diritto e dei giuristi.

3. *Principi, valori, regole, concetti* – Doveroso è anche riflettere su quali possano essere i ponti tra queste due realtà che appaiono così lontane, il diritto europeo da un lato e il diritto romano nella sua rilevata complessità dall'altro.

Per quanto riguarda i contenuti valoriali fissati nel Trattato per una Costituzione Europea quali principi (democrazia, eguaglianza, dignità umana, libertà e giustizia), la prospettiva odierna è fortemente condizionata dallo schema del diritto soggettivo che influenza anche la contemporanea configurazione dei diritti e delle libertà fondamentali⁴⁷. È chiaro che in questi termini il meccanismo attuale svela una struttura condizionata dalla stagione post-bellica della costituzionalizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali, che si pongono su un piano totalmente diverso dal rapporto posti in essere tra *homo-persona* e *ius* dell'esperienza romana.

Ciò non toglie che i momenti valoriali espressi dalla cultura giuridica romana, necessariamente coerenti al contesto specifico di loro emersione, hanno avuto e continuano ad avere una forte attrazione e resistenza nel tempo in una dimensione di lunga durata.

L'ambito di contenuti con ambizione universale che la cultura giuridica romana ha creato, infatti, evidenziano, soprattutto se comparati coi modelli e i valori dei diritti nazionali odierni (e quindi anche al diritto internazionale che ne è espressione), una forte carica di svelamento dei limiti dell'ideologia statual-legalista. Così lo *ius gentium* e lo *ius naturale*. Concetti come *humanitas*⁴⁸

⁴⁷ Sulla necessaria ripulitura concettuale al fine di indagare il problema dei diritti umani rispetto all'esperienza giuridica romana, v. per tutti M. TALAMANCA, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In onore di P. Barile*, Atti del Convegno Roma 16-17 novembre 2000, Roma 2001, 41 ss. Sulla storicizzazione della categoria dei diritti soggettivi v. anche E. STOLFI, *Riflessioni intorno al problema dei diritti soggettivi fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi*, 118 (2006), 126 ss.

⁴⁸ V. riguardo in particolare sull'*humanitas* e sulla necessità di non porsi nella prospettiva delle forme attributive moderne dei diritti fondamentali, F. SCHULZ, *Prinzipien* cit., 164 ss.; G. PUGLIESE, *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in *I principi generali del diritto, Atti Conv. Acc. dei Lincei 1991*, Roma 1992, 69 ss. (su *humanitas* e *fides* in particolare 83 ss.); A.

e *libertas*⁴⁹ (solo per fare alcuni esempi) possono assumere, se collocati all'interno del contesto di esperienza della società romana e proprio per la diversità di contenuti e di forme di tutela, il ruolo di paradigmi arricchenti del modo di vedere e di risolvere i problemi anche dell'attualità, rompendo l'esclusiva gabbia concettuale della struttura di protezione e tutela del diritto in chiave soggettiva, rappresentando un forte elemento di analisi critica delle prospettive oggi dominanti.

Per quanto riguarda le regole, nell'esperienza romana le antinomie vengono risolte all'interno del dibattito fra i giuristi. La controversialità del diritto romano espressa nei pareri dei giuristi non è *'Kollisionrecht'* in senso moderno. D'altronde la codificazione del patrimonio classico con Giustiniano consegna alla storia uno spazio di validità del dibattito che tende verso la uniformazione.

La complessità di soluzioni e regole ha avuto i suoi canali storici di sviluppo che hanno alimentato la complessità e la diversità delle regole condificate nei diritti nazionali. È proprio per sciogliere questa conflittualità delle regole codificate diverse che o ci limitiamo, con scarsi risultati, ad operare su una mera com-

PALMA, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992; G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 79 ss.; L. LABRUNA, *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Iurisprudentia universalis. Festschr. Th. Mayer Maly*, Köln, Weimar, Wien 2002, 379 ss.; M. TALAMANCA, *L'antichità e i "diritti dell'uomo"* cit., 41 ss.; G. PURPURA, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA*, 53, 2009, 287 ss.; R. QUADRATO, *Hominum gratia*, in *Studi in onore R. Martini*, 3, Milano, 2009, 273 ss.; C. MASI DORIA, *Schutzrechte, Humanität, Grundrechte*, in *Index* 39 (2011), 373 ss.; L. GAROFALO, *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano*, in *TSDP* 8 (2015), 1-48 [http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2015/contributi/2015_Contributi_Garofalo.pdf]; L. SOLIDORO, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, in *TSDP*, 12, 2019, 1-48 [http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Solidoro.pdf].

⁴⁹ Mi permetto di rimandare, per brevità, alla bibliografia e all'approfondimento da me fatto in *Il problema della libertà naturale in diritto romano*, in *Liber amicorum per S. Tafaro I*, Bari, 2019, 129-146.

parazione statistica o dobbiamo per forza lavorare su strati più profondi, dove emergono contenuti valoriali condivisi. E qui gli studiosi del diritto romano possono dare un contributo importantissimo alla scienza giuridica europea, proprio in quanto non sono rappresentativi di un diritto nazionale e non sono abituati a ragionare in termini di esclusivo dato normativo. La comunità romanistica è per definizione internazionale, studia un diritto a-nazionale che ha fondato (con più o meno intensità) tutti i diritti europei ed ha realizzato un comune vocabolario giuridico non eroso dalla sostituzione al latino delle lingue nazionali.

Quello dei ‘concetti’ è, infine, uno degli elementi più difficili da utilizzare, poiché i cd. ‘falsi amici’ in questo ambito sono molti e la continuità delle parole nasconde spesso una profonda complessità connessa ad una significativa differenza dei contenuti. Da questo punto di vista il discorso di Riccardo Orestano è ancora attuale: il diritto nella storia è l’unico modo di fare diritto, e ciò vale anche per il diritto del futuro. Bisogna però tener conto che l’auto-proiezione è un rischio difficile da rilevare e da superare, anche per chi è giuridicamente sensibile a questa prospettiva.

Sul metodo topico che il materiale classico conserva, pur codificato da Giustiniano nel Digesto⁵⁰, esso rileva sul piano della logica giuridica orientata verso la soluzione di problemi specifici, più che di questioni generali. Ciò è portato anche a cogliere l’importanza dello studio del diritto romano, il quale rispetto al ragionamento deduttivo proprio del giurista attuale che opera all’interno di ordinamenti codificati, e più vicino a mentalità *case-oriented* come quelle anglosassoni. A mio modo di vedere, vanno però sottolineate alcune differenze essenziali, che mi portano a ritenere che l’orientamento topico del ragionamento dei giuristi romani sia più orientato verso la variabilità che chiuso nella soluzione del caso singolo.

⁵⁰ Il punto è stato accentuato fin dal classico contributo di TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953 (trad.it. *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962). Sul metodo casistico e la sua importanza nello studio del diritto romano per tutti v. L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006.

Il parere del giurista romano è una dimensione altra rispetto al *indicium* del giudice privato scelto dalle parti della controversia ed anche altra rispetto alla *iurisdictio* del pretore eletto dal popolo.

Il parere, infatti, riflette un *officium* tipico della società di Roma antica ed espressione di una complessità della tradizione giuridico-religiosa della comunità romana fin da età arcaica. I giuristi romani, pur immersi nella concretezza della vita giuridica della comunità, governano tale realtà rileggendone la trama concreta enucleandone strutture concettuali che ne divengono la chiave di lettura privilegiata nel tempo. Emerge bene, nel parere del giurista romano, un certo modo di ragionare nella valutazione empirica delle situazioni sottopostegli, in quanto l'obiettivo non è quello di accertare la verità di quanto dichiarato dalla parte richiedente in relazione al fatto sottoposto a parere; parere che poi il richiedente potrà utilizzare nella fase giudiziale come argomento di autorità.

La descrizione del caso non è, infatti, il risultato di una indagine dettagliata e terza dell'accaduto, ma proviene dalla parte che richiede il responso e non viene messa in dubbio dal giurista. Egli la presuppone come comunque vera e da essa opera una selezione di ciò che ritiene dirimente per il parere e propone anche spesso possibili varianti di soluzione a seconda di possibili varianti di accertamento in giudizio dei particolari dell'accaduto.

I meccanismi attuativi del diritto moderno, invece, presuppongono la esatta ponderazione del fatto, nella quale si gioca tutto il pre-condizionamento dell'inquadramento giuridico della soluzione, in quanto si presuppone – nella falsa prospettiva del sistema chiuso e deduttivo dell'ordinamento giuridico moderno – che di fronte allo stesso fatto la soluzione giuridica debba essere unica. Si porta, cioè, l'enorme quantità di informazioni relative all'accertamento del fatto come necessaria attività presupposta per il giudizio, in esso necessariamente inclusa, determinando così un rallentamento ed una complessa ponderazione della esatta configurazione della fattispecie in decisione che incide inevitabilmente sull'efficacia del momento attuativo dell'ordinamento.

Da questo punto di vista, cioè, vi è una tendenziale dialettica di resistenza tra valutazione del fatto e momento giudiziale nella struttura attuativa dell'attuale ordinamento giuridico statale, all'interno della logica della tripartizione dei poteri. Tale dialettica di resistenza condiziona una minore capacità di adeguamento e di risposta dell'ordinamento alle esigenze concrete della società. Se tale capacità, da un lato, subisce, quindi, la vischiosità di tale dialettica nel momento del giudizio, d'altro lato è tendenzialmente bloccata nella fase di produzione di nuovo diritto dall'ideologia del primato della legge.

Il rapporto tra realtà e diritto nella irripetibile esperienza dell'ufficio del giurista romano repubblicano sembra al contrario rappresentare l'occasione per una riflessione che si nutre della realtà, ma non in termini di condizionamento esaustivo e limitante, ma quale occasione di riflessione che tende ad espandersi e ad aprirsi alle possibili varianti, in un procedere di accrescimento del discorso giuridico e conseguentemente, anche, della sua efficacia di gestire la complessità della relazione tra i consociati.

Il Digesto ne è testimonianza importantissima, dove sono tramandati una quantità enorme di pareri dei giuristi, dai quali traspare un'attenzione all'orientamento topico della gestione del materiale, senza che vi sia quel momento deduttivo a cui siamo abituati con i codici moderni.

Ciò non significa che il parere non sia condizionato dal fatto, né che non sia guidato da una sua *ratio*⁵¹, ma che lo stesso è usato in chiave più o meno esaustiva per la soluzione proposta e spesso, le varianti (vere o di scuola) che il giurista inserisce nel suo parere evidenziano una ampia capacità di espandere il valore di modello della soluzione proposta nel parere. Inoltre, come sappiamo, il giurista romano non pronuncia una sentenza, ma con i pareri vincola il momento giudiziale, e quindi ne permette una maggiore

⁵¹ Al riguardo restano classici gli studi di F. HORAK, *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, Scientia 1969 e D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974 (Bayerischen Akademie der Wissenschaften).

calcolabilità degli esiti, a differenza dell'insicurezza odierna (pur a fronte di un presunto quadro normativo stabile) della via giudiziale per far valere i propri diritti. Si può comprendere, quindi, come nell'esperienza romana il metodo topico sia ribaltato rispetto all'esperienza attuale. I giuristi romani dominano la realtà, utilizzando la casistica che viene sottoposta alla loro attenzione come un'occasione per riflettere sulla realtà stessa e proiettare le soluzioni proposte in dimensioni più pervasive della regola giuridica adeguata. Da questa prospettiva, pertanto, l'esperienza romana appare nettamente differente sia dal modello proposto dal *common law*, sia da quello della tripartizione dei poteri e dell'attuazione del diritto nello stato moderno.

Non credo poi vi siano limiti tematici. Se si vuole, infatti, l'ambito del diritto privato è forse quello che può presentare maggiori difficoltà proprio in virtù del rilevato problema dell'auto-proiezione⁵². Per quanto riguarda il diritto pubblico, senza dubbio, l'ambito si arricchisce dalla riflessione politologica della filosofia greca e, più in generale, sulla realtà politica della Grecia nella sua complessità. Tuttavia, in quest'ambito si comprende anche chiaramente il ruolo determinante della *res publica* e soprattutto quanto l'esperienza romana abbia portato in un quadro già tanto ricco di riflessione.

A mio parere poi, anche il diritto penale appare all'interno di un discorso quale quello che ci occupa. L'aforisma per cui il diritto penale borghese sia in totale polemica di contenuti con il diritto romano e quindi, di conseguenza, non possa entrare in una dialettica proficua con questo è tutto da riconsiderare⁵³.

⁵² Importante, al riguardo, quanto ha affermato Pietro Perlingieri, in relazione al ruolo del diritto romano nella formazione del civilista: «quel che occorre è rinunciare a descrivere il diritto privato romano e il diritto privato contemporaneo entro la stessa architettura sistematica fondata su identità nominalistiche e descrittive e contribuire alla creazione e alla comprensione delle nuove forme del diritto, le quali, senza l'individuazione delle loro ragioni e giustificazioni storiche, non sarebbero che espressione di formalismo»; P. PERLINGIERI, *Il diritto romano nella formazione del civilista*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi cit.*, 121 ss., in particolare 138.

⁵³ Per la mia prospettiva al riguardo, rimando a quanto ho avuto modo di

Senza dubbio fra gli obiettivi, primo fra tutti deve esservi quello di dare una formazione critica al discente. È essenziale avere una mentalità critica rispetto al diritto verso il quale si opera e per maturare un'adeguata cultura europea nella società multiculturale nella quale viviamo. E questo è un grosso contributo che il diritto romano può dare⁵⁴.

Rilevo, per concludere, che negli ultimi anni, a livello mondiale, è montato un interesse sincero per il diritto romano. Ed è questa una occasione che non possiamo mancare: quella del ruolo della romanistica nella comunità giuridica internazionale. La responsabilità degli studi di diritto romano è una responsabilità che si assume con passione, con dedizione, senza seconde finalità, per amore di un diritto, il romano, che sembra riunirci tutti (al di là delle singole nazionalità) in una vera *iurisprudencia universalis*, la quale rileva anche come forte fattore identitario della cultura giuridica europea (e non solo).

precisare in *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, II, a cura di F. Cursi, Napoli 2018, 817-869, in particolare 817-825.

⁵⁴ Importante la sottolineatura in connessione alla formazione del cittadino europeo fatta da D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e metodi* cit., 51 ss., in particolare 81: «l'insegnamento del diritto romano nella sua duplice prospettiva qui delineata, di elaborazione giuridica e di chiave di accesso alla tradizione culturale, è una componente di quella che anche oggi è chiamata un'educazione liberale, intesa come educazione superiore che si proponga di coltivare la persona nella sua interezza per gli scopi della cittadinanza e della vita in generale».

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO:
DALL'ESPERIENZA ALCUNE PERPLESSITÀ
E UN'OPPORTUNITÀ

1. *La mia esperienza* – In un incontro nel quale il confronto delle esperienze gioca un ruolo importante, non posso che partire dalla mia esperienza didattica e scientifica.

Ho insegnato *Fondamenti del diritto europeo* quale esame opzionale nei corsi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo dall'anno accademico 2001/2002 sino al 2017/18 e quale materia teorica presso la Scuola di specializzazione per le Professioni legali dall'anno accademico 2002/2003 al 2017/18.

Le mie esperienze scientifiche, che precedono di qualche anno l'insegnamento della materia – risale al 2000 la pubblicazione sulla Rivista di Diritto Civile di un contributo su *Modus servitutis e tipicità convenzionale tra diritto romano e codice civile*¹ –, hanno costantemente accompagnato le lezioni, e si sono arricchite con la partecipazione a diverse iniziative, tutte impostate sull'indagine storico-dogmatica degli istituti oggetto di analisi. Mi riferisco in particolare all'esperimento dei *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* che ha portato alla pubblicazione di quattro volumi di saggi di autori di diversa formazione e competenza disciplinare², alla

¹ M. F. CURSI, *Modus servitutis e tipicità convenzionale tra diritto romano e codice civile*, in *Rivista di diritto civile* 46 (2000), 471 ss.

² *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti*

nascita di una *Collana di Quaderni dei Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* in cui hanno trovato spazio, oltre a monografie, atti di convegni interdisciplinari³; ai confronti scientifici, sempre più frequenti, con i colleghi di materie di diritto positivo che le nuove logiche aggregative dei collegi di dottorato di ricerca tendono a favorire.

All'esito di questa esperienza quasi ventennale, posso fare qualche considerazione e lasciar emergere qualche perplessità.

Ho lavorato sui singoli istituti tracciandone la vicenda dogmatica dall'esperienza romana agli esiti nei moderni codici e nei progetti di armonizzazione del diritto, passando per la tradizione intermedia, attingendo alle fonti o direttamente o attraverso la mediazione della dottrina. La difficoltà di tracciare la vicenda dell'istituto si lega principalmente all'esplorazione di ambiti inconsueti per il romanista, ovverosia il diritto intermedio e quello positivo. Per superare questa difficoltà si è tentato di instaurare una sinergia con gli storici del diritto intermedio e i positivisti che tuttavia non ha portato a una riflessione comune o a un lavoro a più mani sugli stessi temi, né tantomeno a uno scambio di informazioni e a una condivisione dell'approccio metodologico. Sotto questo profilo mi sembra si debba registrare, almeno nella mia esperienza, una scarsa attenzione delle altre discipline a questo genere di lavori.

reali, Napoli 2003; *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006; R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008; R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011.

³ M. F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008; EAD. – L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale* (Atti del convegno di Roma, 7 dicembre 2007), Napoli 2008; M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010; EAD. – L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti del convegno di Roma, 22-23 settembre 2010), Napoli 2011; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011; G. SANTUCCI, „*Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*”, Napoli 2012; R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016.

Il motivo di questo disinteresse va ricercato, a mio avviso, nelle scelte metodologiche delle discipline coinvolte: gli storici del diritto italiano preferiscono tendenzialmente ricostruire contesti storici ma non seguire le trasformazioni dei singoli istituti e nei casi in cui se ne occupano le origini romane sono generalmente mediate dai risultati della dottrina romanistica senza un approccio diretto alle fonti. I positivisti non paiono invece interessati alla chiave interpretativa storica per affrontare la trattazione di questioni relative a istituti giuridici.

2. *Un dialogo mancato tra discipline: un esempio* – Voglio fare un esempio dell'assenza di interdisciplinarità mettendo a confronto tre lavori che si sono recentemente occupati del concorso di colpa del danneggiato da diverse prospettive: uno studio sulla responsabilità penale per fatto proprio⁴, un percorso storico-comparatistico⁵, una riflessione di diritto romano⁶. Non solo nell'ultimo, ma anche nei primi due lavori si è dato spazio al diritto romano.

Come è noto, tra i due tradizionali orientamenti sulla rilevanza da attribuire alla responsabilità del danneggiato – ritenere che essa possa compensare integralmente la colpa del danneggiante, escludendo il risarcimento del danno (criterio dell'*all or nothing*), oppure che debba essere valutata in modo frazionato in ragione dell'effettiva responsabilità di ciascuno – la dottrina romanistica ha per lo più ritenuto che, nell'esperienza romana, la valutazione delle colpe portasse all'applicazione del criterio dell'*all or nothing*, attraverso la loro compensazione⁷. I Romani, in altri termini, pur non avendo

⁴ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017.

⁵ E. G. D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study*, Leiden 2014 (nella sintesi in italiano *Considerazioni storiche e comparative sulla colpa della vittima nella responsabilità da fatto illecito, con particolare riferimento all'esperienza moderna*, in *TSDP* 10 [2017], on line).

⁶ S. GALEOTTI, *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quaderni Lupiensi* 8 (2018), 393 ss.

⁷ Per tutti v. A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach rö-*

elaborato la teoria della *culpa compensatio* di origine medievale, si sarebbero attenuti in concreto a questo principio, e soltanto a partire da alcune soluzioni equitative adottate nel giusnaturalismo si sarebbe affermato il principio del frazionamento, attualmente previsto nei moderni codici europei.

Attingendo alla dottrina romanistica, l'a. del primo contributo dedica un intero capitolo alle *Radici romanistiche del principio di auto-responsabilità*⁸ dove sono esaminate alcune testimonianze dei giuristi romani per concludere che «nel diritto classico e post-classico, vennero individuati numerosi casi, in ambito sia contrattuale sia extracontrattuale, in cui l'*actio* veniva negata al soggetto danneggiato, in ragione del fatto che l'insorgenza del danno dovesse essere a lui stesso imputata ... l'auto-imputazione per colpa propria non rappresentava solo un istituto di carattere eccezionale, riservato a specialissime ipotesi ... ma costituiva un *canone generale* immanente al sistema e connotato da un'intrinseca *vis expansiva*, tanto da essere codificato dai giuristi giustinianeî all'interno delle 'regole di diritto antico' (in D. 50.17.203)». Riconfermando la dottrina tradizionale, per l'a. della monografia i Romani avrebbero concepito la colpa del danneggiato come un elemento ostativo alla concessione dell'azione per la riparazione del danno, in considerazione della responsabilità del danneggiato nella stessa produzione dell'evento lesivo. Una simile prospettiva pone sullo stesso piano la colpa del danneggiante e quella del danneggiato, tentandone un bilanciamento che per i Romani avrebbe pesato sempre a favore del danneggiante.

Una lettura meno tradizionale e maggiormente autonoma nell'uso delle categorie giuridiche romane emerge dall'ampio stu-

mischem Rechte, Weimar 1867, 58 ss. Più di recente CHR. WOLLSCHLÄGER, *Eigenes Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, in ZRG RA 93 (1976), 117 e R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 1010. Quest'ultimo, spec. 1012 s., lascia però emergere il dubbio su possibili alternative chiavi di lettura per spiegare l'esclusione del risarcimento, come l'assunzione del rischio o l'interruzione del nesso causale.

⁸ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., 3 ss.

dio storico-comparatistico sul concorso di colpa del danneggiato: la condotta negligente della vittima non viene configurata dalla giurisprudenza romana quale concorso di colpa idoneo a frazionare la responsabilità per l'evento, perché ciò non si accorderebbe con il carattere penale dell'*actio legis Aquiliae*, che avrebbe tenuto in considerazione la sola *iniuria* del danneggiante⁹. Questa prospettiva, più attenta alla peculiarità dell'impostazione romana della questione, sembrerebbe guardare il fenomeno soltanto dal punto di vista del danneggiante. Ciò nonostante, l'a. scrive che «the Roman jurists did not question negligence on both sides, but merely enquired whether the injury, considering the circumstances, was due to the negligence of either the wrongdoer or the victim»¹⁰. Quest'ultima affermazione, nel richiamare la verifica della colpa della vittima di per sé, allude a una valutazione autonoma della condotta del danneggiato che non si accorda con la considerazione riservata all'*iniuria* del danneggiante nelle fonti romane¹¹.

Appare decisamente più critica rispetto all'interpretazione tradizionale, l'analisi sulla colpa della vittima nel risarcimento del danno ingiusto svolta nel contributo romanistico. L'a., partendo dal testo della *lex Aquilia*, riconduce all'*iniuria*, che qualifica la condotta del danneggiante nel primo e nel terzo capitolo della legge, l'accertamento della responsabilità del danneggiante nell'ambito del processo formulare. La colpa della vittima pertanto non verrebbe in considerazione di per sé, ma soltanto qualora interrompa il nesso causale tra la condotta del danneggiante e l'evento lesivo, oppure quando giustifichi il comportamento *iniuriosus* di quest'ultimo, esonerandolo dal rispondere per il danno¹² in sede processuale. È sul processo, infatti – ribadisce la studiosa – che i giuristi costruiscono la loro dogmatica¹³.

⁹ Cfr. E. G. D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 102.

¹⁰ Cfr. E. G. D. VAN DONGEN, *Contributory Negligence*, cit., 103.

¹¹ Cfr. M. F. CURSI, *Recensione a E. G. D. VAN DONGEN, Contributory Negligence*, cit., in *ZRG RA* 135 (2018), 818 ss.

¹² Cfr. S. GALEOTTI, *Colpa della vittima*, cit., 396.

¹³ Cfr. S. GALEOTTI, *Colpa della vittima*, cit., 422.

3. *L'utilità del dialogo* – Che cosa si può ricavare dal confronto dei tre diversi approcci? Il primo interpreta le fonti romane seguendo logiche moderne: il comportamento colpevole del danneggiato ha una sua autonomia nella valutazione della responsabilità per l'evento dannoso e bilancia la condotta del danneggiante, con l'effetto di escludere il risarcimento del danno. La seconda lettura, con una maggiore sensibilità storica e una dichiarata attenzione al pericolo dell'anacronismo, tenta di spostare la prospettiva dal danneggiato al danneggiante, portando l'attenzione sull'iniuria che qualifica la condotta del danneggiante. Ciò nonostante, la possibilità che la condotta del danneggiato possa essere valutata autonomamente indebolisce la ricostruzione proposta, lasciando trasparire il condizionamento di categorie moderne. L'ultimo lavoro, centrato esclusivamente sul diritto romano, lascia emergere la peculiarità della concezione dei giuristi romani, distinguendola dalle logiche del diritto positivo.

Il comun denominatore delle testimonianze romane non è la presenza di un concorso di colpa del danneggiato, ma il ricorrere o meno di una colpa del danneggiante, unico presupposto della sua responsabilità *ex lege Aquilia*. Questa colpa a volte è esclusa per una legittima difesa; altre volte, per un comportamento legittimo; altre volte ancora per una colpa del danneggiato. La condotta del danneggiato è funzionale unicamente alla verifica della responsabilità aquiliana del danneggiante che in sede processuale potrà essere eventualmente esonerato dal rispondere per il danno.

La riflessione dei giuristi romani ha risolto dunque il problema della compartecipazione del danneggiato alla causazione del danno attraverso strumenti dogmatici differenti dalla nozione di 'concorso di colpa'. La regola è che ciascuno risponde *ex lege Aquilia* solo nei limiti dei danni causati *iniuria*, ovvero sia con la propria *culpa*.

Il dialogo tra i tre studiosi avrebbe potuto essere proficuo? Lo studioso di diritto positivo avrebbe potuto distinguere la concezione romana da quella moderna, scoprendo che i Romani non conoscevano il 'concorso di colpa del danneggiato', lo storico-

comparatista, già approdato alla consapevolezza della distanza tra le due esperienze, avrebbe potuto, approfondendo l'esperienza romana, far emergere meglio tale differente impostazione. Analogamente, la studiosa di diritto romano si sarebbe giovata della lettura delle fonti intermedie che confermano l'intuizione della distanza della logica romana da quella moderna, il cui condizionamento rischia di deformare i dati dell'analisi.

Viene a questo punto da chiedersi a chi effettivamente interessa questa maggiore consapevolezza del percorso storico a partire dal diritto romano. In altri termini, la domanda che ci si pone è se valga la pena per il positivista uscire dallo stereotipo della tradizionale premessa di diritto romano o per lo storico che si occupi di istituti giuridici rileggere dall'interno del sistema romano le testimonianze dei giuristi per fondare il proprio lavoro successivo o ancora per lo studioso di diritto romano proseguire il cammino della vicenda dogmatica dell'istituto.

4. *Un'occasione per chi studia il diritto antico* – Da romanista ho avuto occasione di tracciare la storia di alcuni istituti giuridici e posso dire che la chiave interpretativa storica talvolta può aiutare a capire meglio il diritto positivo, talaltra a far emergere la peculiarità della configurazione romana dell'istituto, attraverso il confronto con la concezione moderna, evitando il rischio di autoproiezioni. Rischio piuttosto elevato soprattutto nei casi nei quali – come avvertiva Riccardo Orestano – «non siamo in presenza di un 'istituto' che abbia già ricevuto nell'esperienza romana una configurazione, la quale – per così dire – si offra, in se stessa, come 'oggetto' pre-determinato rispetto allo studio che se ne voglia fare»¹⁴.

Tenendo in considerazione questo monito, non c'è dubbio che rispetto allo studio del diritto positivo, l'indagine di temi appartenenti all'esperienza romana sia sicuramente più esposta al pericolo di involontarie autoproiezioni e conseguentemente essa tragga

¹⁴ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968, 5.

maggior utilità da un'impostazione che tracci i profili di continuità e/o di differenza con l'esperienza successiva.

Per questo credo che gli studiosi di diritto romano, quantomeno per evitare di sovrapporre o contaminare il proprio oggetto di indagine, debbano acquisire la necessaria distanza dall'esperienza moderna, esaminando gli istituti in prospettiva storica. Per gli studiosi di altre discipline, il rischio esiste quanto più ci si allontana dall'esperienza giuridica attuale, nell'uso di categorie da ricostruire secondo le logiche del contesto storico di riferimento. In questa prospettiva a risentirne meno è il positivista, di più lo storico del diritto.

Per il romanista lo studio storico del diritto dovrebbe costituire un metodo di analisi dei problemi giuridici più utile a comprendere la specificità del diritto antico che non a creare un ponte con il diritto moderno. Lo studioso del diritto positivo, dal canto suo, potrebbe giovare della storia degli istituti per ricostruire le scelte del legislatore e verificarne la coerenza con il sistema, usando una chiave di lettura da affiancare agli altri criteri di interpretazione.

Qualsiasi altro uso delle esperienze giuridiche antiche, nei termini ad esempio di modello da confrontare con i meccanismi giuridici del presente, rischia di offrire un dato parziale, che non consente di ritenere pienamente verificati i risultati della comparazione, oltre a instaurare un rapporto ancillare tra storia del diritto e diritto positivo che snatura la funzione dell'analisi storica del diritto.

Per concludere, credo che l'insegnamento di 'Fondamenti del diritto europeo' possa rappresentare un'occasione per seguire la lezione di metodo che Orestano ci ha lasciato e che ha mirabilmente realizzato nello studio sul «problema delle persone giuridiche» in diritto romano.

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO E COMPARAZIONE DIACRONICA

1. Credo che il modo migliore per esprimere la mia sincera gratitudine per il coraggio intellettuale dimostrato dagli organizzatori di questo Convegno sia quello di affrontare di petto le questioni centrali che pone, oggi, un dibattito sui Fondamenti del diritto europeo. Si tratta di questioni che appaiono ormai ineludibili: sì, perché – come sappiamo – sono trascorsi ben vent’anni dall’introduzione dei Fondamenti nelle Scuole per le Professioni Legali, oltre che nei corsi di studio di giurisprudenza (quantomeno nella più parte delle nostre sedi); e sono vent’anni di vita piuttosto travagliata¹.

¹ Vengono a rappresentare il naturale confronto, rispetto all’odierno Convegno, i contributi raccolti in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005. In mezzo, tra il convegno di allora e quello di oggi, si colloca un dibattito intensissimo (forse addirittura ridondante), che ha coinvolto nel profondo il senso di appartenenza a una comunità scientifica: suggerirei di muovere da *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC. Roma 10-11 ottobre 2014*, a cura di L. Vacca, Napoli 2017, raccolta che a me pare rappresenti oggi in modo assai chiaro la discussione sulle linee della ricerca *lato sensu* romanistica, con una particolare attenzione per quelle che riconducono a un dialogo con il presente giuridico; entro quella raccolta, segnalo in specie l’ampia ricostruzione del dibattito che si ricava da L. GAROFALO, *Itinerari della ricerca romanistica*, 1 ss. Di poco successiva all’introduzione dei Fondamenti è

Si rivelerebbe quindi del tutto inadeguata, rispetto agli obiettivi del Convegno, una discussione che si limitasse, per esempio, ai *contenuti didattici* dell'insegnamento di Fondamenti nelle nostre sedi.

La didattica è sempre e immancabilmente il frutto di opzioni che si collocano, un passo a monte, sul piano della *ricerca scientifica*.

Beninteso, non nego certo che una ricognizione sulla didattica risulti assai utile per avere un esatto 'stato dell'arte', ma certamente non è questo il vero punto su cui incentrare i nostri sforzi, che oggi devono essere di riflessione non meno che di proposta.

2. Comincio dunque con il chiedermi: si rinvergono taluni tratti peculiari, e pertanto in grado di caratterizzare una modalità di condurre la ricerca, i quali possano porsi in linea di generale coerenza con la materia dei Fondamenti?

Come dicevo, prima viene la ricerca, poi – in quanto derivazione di questa – la didattica; se taluni profili di specificità in relazione alla ricerca vi sono, è proprio su questi che intendo sviluppare qui di seguito qualche considerazione.

Confido che, fin già da queste prime notazioni, appaia tuttavia chiaro che non è mia intenzione mettere in cantiere una discussione sullo 'statuto epistemologico' – unico e posto a priori – dei Fondamenti, come se potesse esso dedursi dal decreto istitutivo di vent'anni fa o se lo si potesse semmai ricavare in forza di un'operazione di astratta concettualizzazione. Non si tratta di creare

la riflessione – critica su talune forme di attualizzazione, quanto irrinunciabile per una visione generale dei problemi – sviluppata intorno all'identità disciplinare da A. SCHIAVONE, voce *Diritto romano*, in *ED, Aggiornamento VI* (2002), 1160 ss. Si veda inoltre, per un quadro delle linee di tendenza della romanistica, incluse le proiezioni verso il diritto del presente, C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il Terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino 2016, 179 ss.: anche in questo caso si tratta di una raccolta che fornisce nell'insieme un contributo assai proficuo in relazione alle tendenze della ricerca storico-giuridica.

in via – per così dire – ingegneristica una nuova materia di studio e un nuovo metodo di ricerca.

Più radicalmente, penso che la materia dei Fondamenti non postuli di per sé uno ‘statuto epistemologico’: e, in ogni caso, non v’è mai una sola via metodologica per condurre una ricerca (come non lo si potrebbe immaginare per il diritto privato, per il diritto pubblico, non meno che per il diritto romano, e via elencando); banale viceversa ricordare che vi sono infinite vie metodologiche, tutte da vagliare in concreto e da saggiare avendo riguardo alle specificità dell’ipotesi di lavoro.

Tuttavia non essendo mia intenzione – come ho detto poc’anzi – eludere le domande sostanziali sottese a questo Convegno, provo a chiarire meglio i miei obiettivi: vorrei proporre poche e schematiche considerazioni che scaturiscono dalla semplice domanda *se* mostri plausibilità scientifica un metodo di lavoro che, d’ora in avanti, proporrò nei termini di una *comparazione diacronica*².

Lo ribadisco: si tratta di riflettere sulla plausibilità di un metodo, fermo restando che nessuna pretesa potrebbe essere più ingenua di quella di chi pretendesse di affermare l’esistenza di un solo metodo (*ça va sans dire*, quello corretto!) in forza del quale *debba* condursi una ricerca scientifica; in questo caso, per l’appunto, quello proprio dei Fondamenti.

Se parliamo di Fondamenti, l’unico profilo – sul quale saremo tutti d’accordo, ma è in sé un profilo assai labile – di specificità

² *Comparazione diacronica* è espressione senza dubbio nota al dibattito – segnatamente, anche a quello romanistico – e tuttavia, inevitabilmente, politemica: tra i suoi impieghi più risalenti vi è quello di F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della ‘continuità’)*, in *Riv. dir. civ.* (1982), I, 170 s., il quale però intende tale comparazione anzitutto in termini di continuità storica di «concetti, schemi, termini, forme logiche create da una determinata giurisprudenza o da determinati giuristi (nel caso: da quelli romani)», al contempo sottolineando come «il pensiero giuridico non può essere isolato dal quadro storico-culturale generale e dalle strutture economiche e sociali in cui opera»; direi dunque che nella riflessione di Feliciano Serrao la continuità non sfocia mai nella banalizzazione del continuismo, soprattutto in forza di un’impostazione che appare robustamente materialistica e storicistica.

della ricerca di cui stiamo discutendo è certamente da rinvenirsi nel fatto che il percorso vada a snodarsi all'interno di una *dialettica tra passato e presente*. In un modo o nell'altro, con i Fondamenti siamo chiamati ad aprire un canale di dialogo (più o meno esplicito) con il diritto del nostro tempo; un po' provocatoriamente si potrebbe dire che, tolto questo, quasi tutto il resto sia controvertibile.

La domanda che mi pongo è quindi meglio formulabile in questi termini: come *può* costruirsi una ricerca che, nella prospettiva dialettica passato/presente, precisamente si sviluppi in chiave di comparazione diacronica?

Per sintetizzare, quindi: *i*) non sostengo che quello della comparazione diacronica rappresenti *il* metodo corretto per interpretare una ricerca in chiave di Fondamenti; *ii*) ritengo che la comparazione diacronica offra *un* possibile modo per interpretare i problemi che, sul piano della ricerca scientifica, sono posti dai Fondamenti; *iii*) la comparazione diacronica intende essere una proposta che si colloca dentro il campo dei Fondamenti, ma certamente non ambisce a esaurirne l'estensione.

3. Prima di tentare qualche risposta alla domanda poc'anzi formulata, è utile precisare che, così posta la questione, si è di fronte a un problema che attiene alla conoscenza e quindi – ora sì è corretto dirlo – senza dubbio viene ad aprirsi un problema di natura epistemica: ciò va inteso nel senso che il punto è proprio quello di scrutinare se una comparazione diacronica possa o meno condurre ad apprezzabili esiti di conoscenza.

Ecco allora che il problema giunge ad apparire nella sua vera sostanza: ed esso si traduce in quello dell'identificazione e della perimetrazione di un possibile percorso che, seriamente orientato nel senso della comparazione, produca apprezzabili esiti di conoscenza.

Premesso che la mia risposta è – lo si potrà immaginare – di segno positivo, occorre prendere le mosse da una constatazione piuttosto banale.

Come già in altra occasione ho rilevato³, l'idea stessa della comparazione come *modalità della conoscenza* non è affatto esclusiva dei giuristi, ma costituisce patrimonio più che consolidato delle scienze sociali.

Tra i più significativi percorsi culturali sulla *comparazione* intesa esattamente in termini di *modalità della conoscenza* ritengo che meriti un cenno quello compiuto da Marc Bloch, in specie a margine di un *projet d'enseignement* destinato ai corsi del Collège de France; si tratta di un percorso che, tra gli anni Dieci e i Venti del Novecento, trovò punti di preziosa condensazione, rispetto ai quali oggi è difficile prescindere.

La parola, dunque, a Bloch: «selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti»⁴.

È opportuno ricordare che, nell'agosto del 1928, Bloch partecipò al VI Congresso internazionale di scienze storiche a Oslo, proprio lì presentando una relazione dal titolo «Per la storia comparata delle società europee»⁵, in esito alla quale perveniva a

³ Mi permetto di rinviare alle riflessioni che, sul punto, avevo sviluppato in *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti, A. Somma, Frankfurt am Main 2018, 111 ss., in specie 114 ss.: quel mio contributo, di cui la porzione riservata all'esemplificazione consideravo imprescindibile e qui invece ometto, rappresenta in effetti il 'basso continuo' rispetto a quanto in questa sede andrò a dire.

⁴ Così M. BLOCH, *Storici e storia*, Torino 1997, 109 s. (in origine, *Critique historique et critique du témoignage. Discours prononcé à la distribution des Prix, année scolaire 1913-1914*, Amiens 1914).

⁵ Cfr. K.D. ERDMANN, *Die Ökumene der Historiker. Geschichte der internationalen Historiker-Kongresse und des Comité International des Sciences Historiques*, Göttingen 1987, 163 ss. Su queste vicende si è soffermato F. MORES, *Marc Bloch, il*

conclusioni in cui, per un verso, si esprimeva in senso nient'affatto ostile a un'assai legittima specializzazione della conoscenza e, per altro verso, stigmatizzava però tutte le «chiusure arbitrarie».

Si trattava dunque di intraprendere uno sforzo di innovazione metodologica la quale spalancava le porte a una comparazione a tutto tondo, da intendersi tanto a maglie larghe quanto a maglie strette; e quello sforzo era sostenuto dalla tenace volontà di passare finalmente dall'enunciazione di merito, in sé non nuova, dell'importanza del comparatismo a un'autentica pratica della comparazione.

Alle spalle di Bloch, in effetti, si collocavano altre esperienze significative, come per esempio quella di Henry Pirenne, ma anche – più vicina a Bloch – quella di Charles-Victor Langlois: in particolare, per Langlois l'intendimento di dar corpo a una comparazione quantomai ampia era già assai robusto, se «the comparative method, which has done so much service in the natural sciences, finds its applications also in philology, which is the natural history of language, and in political history, which is the natural history of society. If historical science does not consist solely in the critical enumeration of the past phenomena, but rather in the examination of the laws which regulate the succession of such phenomena, clearly its chief agent must be comparison of phenomena and run parallel in the different nations»⁶.

Di seguito, il lavoro di Bloch si sarebbe dimostrato fondamentale per sviluppare, dentro il metodo della comparazione, un'attenzione speciale per i bisogni e i sentimenti che si agitavano dentro il tessuto storico, fin quasi a scandagliare le «realità organiche sottostanti»⁷. Solo così si sarebbe riusciti a concepire una *histoire comparée des sociétés européennes* – giacché è nella dimensione dell'Europa, e in special modo dell'Europa medievale, che quella sperimentazione avrebbe trovato il proprio terreno d'elezione –

Collège de France e le forme della comparazione storica, in *Quaderni storici* (2005), 555 ss.

⁶ Cfr. CH.-V. LANGLOIS, *The Comparative History of England and France during the Middle Ages*, in *The English Historical Review* 5 (1890), 259.

⁷ Cfr. M. BLOCH, *Storici e storia*, cit., 74.

che mettesse in relazione le curve evolutive di fenomeni paralleli, lontani nello spazio e nel tempo oppure vicini e contemporanei.

La comparazione veniva ad apparire quasi come un esercizio plasticamente rappresentabile, «essenzialmente un procedimento di interpolazione delle curve» (si noti l'insistenza sulla parola 'curva'), in forza del quale sarebbe stato consentito gettare una luce sugli accadimenti, tentativo di nuovo lumeggiamento *heuristicque*⁸, secondo un linguaggio sul quale avrò occasione di tornare in prosieguo: e così sarebbe stato possibile acquisire una conoscenza comparata attingendo dai più diversi comparti del sapere.

Nulla di strano dunque se si fossero sottoposte a comparazione le porte bronzee di Trani, Ravello e Monreale, le quali avrebbero a loro volta esibito elementi comuni e differenti rispetto a quelle di Benevento e di Santa Maria Novella⁹: si sarebbe trattato, appunto, di una comparazione a maglie strette frutto dell'interpolazione di curve storiche differenti.

Tutto contribuisce a una comprensione ampia e rotonda, senza le chiusure arbitrarie stigmatizzate da Bloch.

4. Mi sono brevemente soffermato sul binomio conoscenza e comparazione. Conviene però ora tornare sulla comparazione diacronica in senso giuridico: il lavoro che si prefigura, in relazione al discorso che qui sono chiamato a svolgere con riguardo ai Fondamenti, appare dunque – e questo mi pare già una prima significativa acquisizione – da svolgersi secondo parametri comparatistici; e tali parametri attengono alla modalità della conoscenza, prima che al suo oggetto¹⁰.

⁸ L'espressione è ripresa da O. DUMOULIN, *Marc Bloch*, Paris 2000, 87: «da nouveauté absolue [...] suppose la création d'un enseignement sur la base d'une démarche heuristique». Tornerò nel seguito proprio sulla funzione euristica della comparazione diacronica.

⁹ Per maggiori dettagli, v. M. BLOCH, *Storici e storia*, cit., 201 s.

¹⁰ Il tema – comparazione come oggetto ovvero come modalità della conoscenza – è assai complesso: in termini molto chiari, da ultimo, G. PASCUZZI, *La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, in *Diritto: storia e*

Per essere più espliciti, si potrebbe dire con una battuta che, se da storici del diritto si sceglie di fare comparazione, occorre farla correttamente.

La comparazione di cui stiamo parlando presenta la peculiarità di assumere quali elementi del raffronto figure o modelli giuridici che si collocano non nella sincronia, bensì nella distensione cronologica. L'idea di fondo è – come già accennato – nel senso che possa proficuamente condursi una ricerca comparatistica declinata nella dimensione diacronica in quanto uno degli elementi della comparazione ci riconduce al presente.

Occorre allora pensare che il *comparatista-storico* (lo chiamerò così), come ogni comparatista, muova all'individuazione di almeno due figure o modelli giuridici – per un verso, una figura o un modello del passato e, per altro verso, una figura o un modello del presente, salvo tutte le possibili varianti offerte da una comparazione triangolare o comunque pluriangolare¹¹ – di cui intenda

comparazione, cit., 379 ss.; in precedenza, basti qui richiamare R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano 1992, nonché A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino 1988, 48 ss.

¹¹ Il profilo problematico posto da una comparazione triangolare o pluriangolare – in quanto implicata nel metodo c.d. storico-comparatistico – è peculiare dell'impostazione di R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, hrsg. R. Schulze, Berlin 1991, 61 ss. Imposta il suo discorso in chiari termini di comparazione P. GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami, M. Serio, Torino 2013, 63 ss., in specie 66: «nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché di questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba costruire la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e debba avere la stessa legitti-

mettere a paragone i profili strutturali e funzionali. Naturalmente, nessuna necessità vi è che il raffronto risponda a simmetria tra le parti messe in relazione, né che il confronto sia strutturato secondo paradigmi prefissati, né decisivo risulta che la comparazione sia condotta su scala micro oppure macro. A margine, si noti peraltro che la varianza della scala di rappresentazione della ricerca si pone in dipendenza di un'enormità di fattori da tenere in considerazione (quanto alla storiografia, poi, non poco hanno pesato corsi e ricorsi nelle tendenze metodologiche¹²).

Certo è, però, che il *quid proprium* del comparatista-storico è di attingere dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che nel raffronto tra figure e modelli del presente si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavorare del *comparatista* puro; ma, soprattutto, ammesso che il *comparatista puro* oggi esista ancora¹³.

mità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei».

¹² Alludo, per esempio, al peso che assunse, in una certa stagione (anche ideologica) della storiografia, il lavoro di C. GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino 1976, paradigmaticamente micro-orientato fin già nel suo titolo. Su analisi micro e macro, cfr. S. CASABONA, *Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 95 ss.

¹³ Naturalmente, il discorso – che propongo in termini così marcatamente semplificati – rimane un passo a monte rispetto al tema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che per esempio, nel solco tracciato da Gorla, è essa stessa, per lo meno in esito a un peculiare percorso culturale, immersa nella storia: cfr. M. LUPOI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Foro it.* (1994) V, 448 ss.; M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., in specie 69 ss.). Quel che vale sottolineare è che oggi il discorso comparatistico è radicalmente mutato fin dai suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recentemente poste da una comparazione *sconfinata*, disorientata di fronte alle *porosità* del mondo contemporaneo, cfr. F. VIGLIONE, *I 'confini' del diritto privato comparato*, in *Nuova giur. cin. comm.* (2012) II, 162 ss.; ID., *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in www.comparazione-dirittocivile.it (2012), 1 ss. La prospettiva era stata ben indicata da J. HUSA, *About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht 2007; per un bilancio generale sulla comparazione, a cento anni

Un'osservazione merita di essere evidenziata sulla base di quanto detto: che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta che, in quanto legata a presupposti e obiettivi della ricerca, non muove da alcun elemento determinabile a priori.

Con particolare riguardo alla comparazione, bene emerge dalle parole sopra riportate di Marc Bloch che chi intraprende la strada della comparazione costruisce un'ipotesi di lavoro e di quel lavoro, alla fine del percorso, è chiamato a offrire i risultati; ciò fermo restando che premesse, svolgimento e conclusioni rientrano pienamente nel margine di rischio della ricerca.

Proprio di quella ricerca occorre ora meglio vagliare gli esiti in termini di conoscenza.

5. Sia consentita una breve precisazione a margine, a chiarimento dei passaggi finora compiuti.

Se il *quid proprium* di una ricerca comparatistica – in questo caso, declinata nella prospettiva diacronica – si rinviene nell'identificazione di figure o modelli che vengono posti a raffronto, chiaro è che di per sé resta escluso che possa assumere un significato, in termini di comparazione, un lavoro il quale viceversa si focalizzi sulla ricostruzione di uno sviluppo continuo, a mo' di *excursus* lungo l'asse del tempo, delle vicende di una certa figura o di un certo modello; in altri termini, se il tema è affrontato lungo la linea di un *continuum* storico, si tratterebbe allora di una ricerca che comunque in via di prima approssimazione dovrebbe ritenersi *tout court* storica, rispetto alla quale metodologicamente poco muterebbe per il fatto che l'arco cronologico preso a riferimento fosse più o meno esteso, se del caso giungente addirittura fino all'oggi¹⁴.

dalla sua 'invenzione', J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, in *JZ* (2016), 269 ss.; nonché, sui profondi mutamenti cui la comparazione è chiamata a far fronte, L. LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 245 ss.

¹⁴ Quanto affermo presenta assai ampi margini di approssimazione, nu-

Per esemplificare, una storia del diritto privato in Europa da Roma ai nostri giorni non rappresenterebbe propriamente un lavoro di comparazione diacronica; beninteso, non nego affatto che possa intendersi come una ricerca coerente con la materia dei Fondamenti, ma il punto focale del mio discorso è un altro, dacché ho deciso di concentrarmi sui meccanismi propri della comparazione diacronica. In una storia del diritto privato in Europa da Roma a oggi si dovrebbe ravvisare, a ben vedere, un contributo che rimane pur sempre storico; certo, altro discorso è se, per una serie molto ampia di considerazioni, un lavoro così concepito assuma un reale pregio scientifico: ci si potrebbe chiedere se l'arco cronologico sia troppo ampio, se le fonti siano state approfondite, etc. (questa però è un'altra faccenda); inoltre, quel medesimo lavoro potrebbe al suo interno contenere elementi di comparazione (e questa è ancora un'altra questione).

Viceversa, quale ricerca di comparazione diacronica sarebbe da intendersi quella che, per ipotesi, si focalizzasse sulle *actiones aediliciae* nel processo formulare classico, per un verso, e sui rimedi consegnati al compratore dalle norme di cui agli artt. 1490, 1492 e 1497 c.c., per altro verso. In tal caso, due modelli rimediali distanti nel tempo verrebbero messi a raffronto per indagarne le continuità e le discontinuità, le une lumeggiate dalle altre.

6. Come già accennato, ogni ricerca comparatistica identifica in concreto le proprie tappe in relazione al percorso che il suo autore sappia tracciare, nonché in relazione alla coerenza che quel percorso sia in grado di evidenziare.

merosi – e tutti fondati – essendo gli elementi che possono intervenire a rendere più preciso il quadro: per esempio, interviene a distinguere la «diacronia» dalla «storia», in ragione della maggiore o minore distanza dalle «fonti originali, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse», P.G. MONATERI, *Morfologia, Storia e Comparazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 268. E non si può certo dubitare del fatto che, se s'intende fare storia, occorre farla con le fonti: per tutti, L. FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino 1992, 70.

Esemplifico, anche in questo caso: se s'intende proporre un lavoro di comparazione diacronica sul dolo incidente, a mio giudizio non ci si potrebbe limitare a un confronto tra le fonti riferibili alla Roma classica e un'analisi della figura definita all'art. 1440 c.c. (per rimanere con lo sguardo sull'ordinamento italiano), perché non si può trascurare che la specifica vicenda di quella figura mostra dei punti di snodo, imprescindibili nell'economia intrinseca del discorso, che suggeriscono di meglio scandire l'arco di tempo intermedio tra talune fonti relative all'elaborazione del dolo in seno alla giurisprudenza romana e il sistema vigente¹⁵.

Dunque gli elementi della comparazione sono identificati ed evidenziati in relazione alla logica della specifica indagine, nonché sempre e unicamente per scelta e responsabilità di chi porta avanti la ricerca.

Si è giunti qui a un punto – cui per vero ho già fatto cenno – che a me pare davvero essenziale.

Quando si percorre la via della comparazione, sempre è necessario accettare il rischio implicito in ordine all'assunzione degli elementi della comparazione: va ribadito, sotto questo primo profilo, che non v'è un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

Per meglio esprimere quel che esattamente intendo, è opportuno ritornare, almeno per un momento, sul profilo degli esiti di conoscenza cui la ricerca intenda orientarsi.

Pare a me che debba ritenersi del tutto acquisito alla consapevolezza di chi voglia sviluppare una conoscenza giuridica (in qualunque direzione orientata) il tema della gestione di quell'insopprimibile componente di arbitrarietà – e intendo il termine in senso nient'affatto provocatorio – che vi è nella scelta dei punti di partenza dell'indagine, per un verso, nonché, per altro verso, della più piena e trasparente verificabilità/falsificabilità di tutto il lavoro che conduce agli esiti della medesima indagine.

¹⁵ Come spero possa emergere da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2011, 609 ss.

Basterebbe allora il richiamo alla lezione proveniente dall'epistemologia della seconda metà del Novecento per smentire qualsivoglia *pretesa di obiettività* che si pensasse di riferire all'assunzione delle premesse della ricerca: e ciò appare non meno evidente nella ricerca giuridica, rispetto a ogni altra, almeno dopo la lezione gadameriana¹⁶.

Senza voler su ciò aprire qui un cono di luce troppo ampio, credo possa essere utile un cursorio richiamo alle pagine di *Wahrheit und Methode*, dalle quali ben si trae la più nitida – e definitiva, a mio giudizio – lezione di demitizzazione di ogni residua velleità obiettivante rispetto alla 'posizione' dell'oggetto dell'indagine: *Wahrheit* non è (neppure) nella 'posizione' dell'oggetto, mai e in nessun caso, bensì (semmai) nella messa a nudo dei punti di partenza dell'analisi nella loro soggettività. E, da questo punto di vista, non v'è differenza tra la situazione dello storico e quella del giurista: «un accesso immediato all'oggetto storico, che ci metta in condizione di conoscere la sua posizione 'obiettiva' non vi può essere. Lo storico deve fare lo stesso tipo di riflessione che guida il giurista»¹⁷.

La riflessione su *Wahrheit und Methode* ci indurrebbe poi, ancora in un'ottica di piena acquisizione di consapevolezza in ordine a scopi e metodi della ricerca, a qualche ulteriore ragionamento sul tema gadameriano della 'precomprensione', la quale – com'è noto – almeno dopo Gadamer non si reputa più riducibile a oggetto di rimozione, quasi fosse il *refoulé* ben noto agli psicanalisti;

¹⁶ Cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, di cui utilizzo qui, *Verità e metodo*, trad. it., Milano 1987, in specie 376 ss. Declinato sul piano della ricerca giuridica comparata, il tema è ben chiarito da K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. di Majo, A. Gambaro, Milano 1998, 34 ss.; sulle analogie metodologiche tra storia del diritto e comparazione giuridica, in prospettiva non dissimile, v. anche H. KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *JZ* (1992), 20 ss.

¹⁷ Così H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 379 s.; il tema dell'identità dei criteri di validazione della ricerca comparatistica e di quella storica è peraltro sviluppato da G. GORLA nella voce *Diritto comparato*, in *ED XII* (1963), 928 ss.

bensi coerentemente quella precomprensione va esplicitata e posta in premessa di un discorso intellettualmente onesto, che ambisca, attraverso continui processi di verifica, a recare un contributo di conoscenza¹⁸.

Mi fermo però su questi aspetti, aggiungendo soltanto che, in ogni caso e comunque, anche quando si intendesse condurre uno studio non orientato in prospettiva di comparazione diacronica, non diversi sarebbero i problemi e le difficoltà rispetto al tema della ‘posizione’ dell’oggetto della ricerca.

Anche qui esemplificando, qualora s’intenda impostare un’indagine tradizionalmente esegetica su un certo aspetto della responsabilità per evizione nel contratto di *emptio venditio* in epoca classica, cosa suggerisce allo studioso di prendere in esame o comunque di valorizzare una certa fonte e non un’altra, di tracciare un determinato percorso tra quelle fonti e di stabilire connessioni, nessi e infine di giungere a talune conclusioni?

Chi svolge la ricerca compie non evitabili atti d’arbitrio che una corretta metodologia impone di evidenziare con chiarezza, perché li si possa semmai sottoporre a critica: il rischio della ricerca grava sempre su chi la conduce, e si tratta di un rischio che – come detto – non è dissimile in ragione dell’oggetto. Sempre la medesima, quindi, è la necessità di mettere a nudo i punti di partenza e gli sviluppi di un certo itinerario.

Qui mi fermo su questi aspetti metodologici, giacché il rischio è quello di allontanare lo sguardo dal fuoco delle riflessioni richieste dal Convegno: e vorrei invece tornare a concentrare specificamente l’attenzione sulla comparazione diacronica.

¹⁸ Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., in specie 384. Certo, non ho alcuna pretesa di sottrarre a possibilità di critica il pensiero gadameriano: resta però fermo che da quel pensiero, almeno per i profili evidenziati, appare piuttosto difficile prescindere; torna di recente sulla celebre disputa tra Gadamer e Betti, per estrarne alcune considerazioni di sicuro interesse per chi pratica la comparazione e al contempo la storia, N. IRTI, *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.* (2018), 1038 ss.

7. Restano da soggiungere talune notazioni su aspetti diversi; aspetti che confido possano meglio chiarire come si possa intendere la comparazione diacronica.

a) Anzitutto, nel praticare la comparazione diacronica, si pone il problema della *direzionalità* da imprimere alla ricerca. Per essere più chiaro, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo *à rebours* lungo il corso della storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, così mettendo in opera un lavoro di scavo che consenta di tratteggiare la genealogia di un'idea.

I principali rischi insiti in un'operazione di tal genere sono risaputi: occorre tenersi ben discosti dal pericolo di cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti (il presente e il passato vanno mantenuti nella giusta distanza); bisogna poi non adagiarsi nella facile mitologia dell'*Ursprung* che tutto spiega. Insomma, la banalizzazione è sempre in agguato.

Ho parlato di genealogia di idee, utilizzando quindi un lessico che certo non è certo senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento contributi che, pur elaborati non affrontando in via diretta – ma semmai lambendo – i temi del diritto, hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica orientata a costruire conoscenza sulla base del confronto diacronico; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce un bagaglio imprescindibile per chi oggi si prefigga di fare storia delle idee¹⁹.

¹⁹ Cfr. M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it., Torino 2004; ID., *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano 2009: il riferimento foucaultiano vale però qui a indicare, più ampiamente, che da più parti sembra essersi attivata un'attenzione forte e nuova verso metodiche che traspongano nell'ambito della storiografia giuridica il procedere 'genealogico' (senza qui soffermarci sulla distinzione che lo stesso Foucault dopo un certo momento delineò rispetto a quello 'archeologico', almeno da quando ebbe a maturare una sorta di rinuncia alla ricerca stessa di un *arché*, come ben evidenzia E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra*

Anche in questo caso, la propensione per un procedere *à rebours* ha un valore soltanto orientativo: la comparazione diacronica a ritroso rappresenta la modalità di impostazione della ricerca che a me pare in linea generale convincente per un più esatto allineamento dei problemi, che proceda nel senso di una decostruzione critica piuttosto che nel senso di una retoricizzazione dell'origine. Ma, ancora una volta, solo una progettazione del piano di lavoro caso per caso potrà comprovare la bontà di quest'orientamento di massima.

b) Al di là della direzionalità della ricerca, ben si comprende che a esiti di improbabile plausibilità giungerebbe chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche che definirei evolucionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare facili traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa²⁰.

pensiero romano ed elaborazioni moderne, Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino 2019, 59 ss.; in argomento, si veda anche ID., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010). Con preferenza per un impiego al plurale, 'genealogie', si veda inoltre quanto osserva M. BRUTTI, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 295 ss., ove, in particolare, 299, nt. 6: ivi è ricostruito l'itinerario intellettuale sviluppato da Michel Foucault, a partire da una suggestione proveniente dal Nietzsche della *Genealogia della morale*; e in effetti, proprio nel lavoro del 1971 intitolato *Nietzsche. La généalogie, l'histoire* – poi raccolto in trad. it. all'interno di *Microfisica del potere*, Torino 1977 – Foucault aveva avviato una riflessione che a lungo avrebbe accompagnato le sue indagini. A conferma del progressivo assorbimento di meccanismi e metodi tipici dell'elaborazione foucaultiana nel contesto del più recente e consapevole discorso giuridico – e segnatamente entro il perimetro di un discorso sul metodo – si noti la pubblicazione di *Wahrheit und Macht. Interview mit Michel Foucault von Alessandro Fontana e Pasquale Pasquino* in *Privatrechtstheorie*, I, hrsg. S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, Tübingen 2015, 1064 ss. (si tratta della traduzione in tedesco di un'intervista resa originariamente in italiano); più ampiamente, i due volumi dell'ambiziosa raccolta rappresentano lo sfondo ideale del dibattito europeo, in lingua tedesca, entro il quale possono essere collocate molte delle riflessioni che in queste pagine ho cercato di sviluppare.

²⁰ Già F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 184, ammoniva: «si

Senza dubbio, non è quest'ultima la comparazione diacronica alla quale sto pensando come modello di autentica conoscenza.

Nel raffronto, il comparatista-storico sarà invece chiamato a lavorare per sovrapposizione, quasi come un geografo che mette in stratigrafia la figura o il modello giuridico del presente rispetto a una figura o a un modello del passato.

L'operazione conoscitiva – come in altra occasione ho avuto modo di osservare²¹ – presenta alcune assonanze con quella che conduce, nel linguaggio dei fisici, alla *conoscenza retrodittiva*: ci si prefigge di determinare la posizione e la quantità di moto di una particella in via retrospettiva, da un momento x a un momento $x-1$, sulla base di un certo numero di elementi noti (e, più di un certo numero, non lo potranno essere, esattamente come nell'analisi storico-giuridica).

rischia di concepire il processo storico giuridico come uno sviluppo lineare dalle origini di Roma al mondo attuale. E una tale concezione nettamente è smentita dalla realtà». In effetti, il rischio di una ricostruzione assai ingenua – in definitiva depauperante rispetto alla ricchezza che sempre risiede nella contraddizione, nella spezzatura, nell'irregolarità della storia – ha percorso l'assai vasta letteratura che negli ultimi anni ha collegato lo studio del diritto romano al presente; per avere un quadro della letteratura – italiana e straniera – riconducibile alla prospettiva metodologica dei fondamenti, v. I. FARGNOLI, *Diritto romano e armonizzazione del diritto europeo*, in *Nel mondo del diritto romano*, cit., 147, nt. 9: già da una prima visione di quell'ampia produzione può ricavarsi un'idea della varietà degli approcci sottesi. Mi sembra ben cogliere il rischio insito nell'impostazione che – per semplicità – ho denominato evolucionistico-darwiniana A. FUSARO, *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Contr. e impr.* (2016), 333, il quale suggerisce di «considerare le esperienze storiche non quali antecedenti, ma come modelli concorrenti con quelli contemporanei».

²¹ In T. DALLA MASSARA, *Lo storico*, in *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, a cura di G. Visintini, Napoli 2013, in specie 186 ss., sviluppavo alcune considerazioni partendo da W.K. HEISENBERG, *Indeterminazione e realtà*, Napoli 1991, 128, il quale precisava che «nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso».

Il riferimento a un processo conoscitivo praticato nella fisica è utile anche perché suggerisce di accettare un modello di ricerca scientifica del tutto consapevole dell'*instabilità* dei presupposti di partenza: ma qui, di nuovo, è sufficiente far richiamo *en bloc* all'ampio contributo offerto dall'epistemologia contemporanea²².

c) Sono persuaso che il lavoro del comparatista-storico meriti di essere orientato a indagare tutti gli aspetti – anche quelli antropologici, religiosi, culturali nel senso più lato²³ – delle figure e

²² Per tutti, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 376 ss. Proprio una siffatta instabilità induce ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per *aree circoscritte*, come suggerito da J. HINTIKKA, *Self-profile*, in R. BOGDAN, *Jaakko Hintikka. A profile*, Dordrecht 1987, 9.

²³ Già F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 172: «pertanto l'identità, la somiglianza o, comunque, la derivazione di forme o concezioni giuridiche è direttamente proporzionale all'identità, somiglianza o derivazione di rapporti ed esigenze economiche di due determinate formazioni sociali. La comparazione, e la comparazione diacronica in particolare, è sempre possibile, ma i risultati in ordine a comunanza, somiglianza, rapporto di derivazione di istituti sono naturalmente diversi a seconda della maggiore o minore diversità fra le due formazioni». Nella prospettiva di Serrao decisiva appare la correlazione tra le forme giuridiche, da un lato, e i «rapporti di produzione» e le «esigenze economiche», dall'altro lato; ciò deriva da un'impostazione fondamentalmente riconducibile a Marx, peraltro citato nel saggio, in base alla quale si delinea una precisa concatenazione tra struttura economica e sovrastruttura giuridica: «uso il termine *concezione* (anche se avrei preferito quello di *forma* o, meglio, *mediazione*) per indicare, senza possibilità di equivoci, una creazione giuridica che sta a monte della forma giuridica in cui l'esigenza si realizza e di essa costituisce il presupposto. Potremmo pertanto dire che dall'esigenza economica nasce una certa concezione (o mediazione) giuridica di fondo (primaria) e questa viene realizzata in una o più particolari e precise forme giuridiche (secondarie)» (177, nt. 8, corsivi dell'Autore). Sulla necessità di un'estensione del cono d'attenzione alla «storia dei contesti», dunque contro ogni rischio di de-storicizzazione dell'oggetto di studio, si veda M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, cit., in particolare 73 ss., ove sono riferimenti più precisi al rilievo che proprio nella direzione di una storia dei contesti assunsero in special modo i contributi di Riccardo Orestano e di Gino Gorla. D'altra parte, per una lettura in chiave anticoncettualistica del pensiero di Gorla, si veda già R. SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Milano 1980, 244 s.: «denudato il diritto dal

dei modelli che sono messi in gioco nel raffronto, però senza mai perdere una precipua attenzione per i meccanismi tecnico-giuridici; in effetti quei meccanismi, pur dentro una tessitura più complessa, devono potersi leggere. La filigrana del diritto si lascia individuare anche dentro l'intreccio più fitto ed eterogeneo: e non fa differenza tra diritto e diritto, fecondo essendo lo studio delle strutture del diritto privato così come delle organizzazioni sociali, del diritto sostanziale come di quello processuale (per vero, soggiungerei che la ricchezza di profili di dialogo nell'ambito del processo mi pare inesauribile e per molti aspetti ancora poco esplorata).

In ogni caso, credo che una proposta in direzione della comparazione diacronica debba sforzarsi di parlare – bettianamente, almeno in questo senso²⁴ – *da giuristi a giuristi*: e dunque, in relazione agli oggetti di indagine, sempre vada individuato volta per volta – altrettanto bettianamente – il *problema giuridico*, cosicché ciascuna delle singole componenti di quel problema possa essere indagata in chiave di decostruzione critica (*à la* Derrida, se si vuole) e, possibilmente, di proposta ricostruttiva.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare, dopo tanti anni, su antiche discussioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della

dogma, la costante giuridica dev'essere ricercata altrove: Gorla conduce la ricerca in modo induttivo, prende a disconoscere le stesse massime giurisprudenziali e mette al centro la ragione del decidere». Nel senso di una netta estroffessione della ricerca comparatistica, v. già A. HELDRICH, *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift* (1970), 427 ss.; nonché, assai più recentemente, per una ricerca storico-giuridica che sia improntata alla massima apertura, precisamente all'insegna di un «*pluralistic legal minds*», E. AUGUSTI, *Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 31 ss., in specie 40 ss.

²⁴ Mi riferisco a E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, non meno che a *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, *ibidem*, 393 ss., nonché a *Storia e dogmatica del diritto*, *ibidem*, 573 ss. Per un'efficace visione di sintesi del pensiero bettiano, in specie proprio sulla necessità che «il romanista de[bba] essere prima di tutto e sopra tutto giurista», cfr. di recente G. SANTUCCI *Decifrando scritti che non hanno nessun potere. La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 63 ss., in specie 92 ss.

contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla²⁵.

Però sulla capacità di comunicare all'interno della comunità dei giuristi credo sia necessario insistere: ho avuto occasione di sviluppare altrove qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storico-giuridica che sovente in questi ultimi anni si è espressa nei termini di un linguaggio *endoparadigmatico*, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non hanno contribuito a realizzare ciò che i filosofi chiamano una *conoscenza cumulativa*, per lo meno in relazione al sapere giuridico nel suo complesso²⁶.

La sfida dei Fondamenti impone, proprio in quanto territorio di confine, la capacità di comunicare con gli altri giuristi: altrimenti si tratta di una sfida cui è preferibile rinunciare in partenza.

²⁵ Sia consentito rimandare a T. DALLA MASSARA, *Lo storico*, cit., 186 ss. Anche soltanto a sfiorare il campo di cosa s'intenda per dogmi e per dogmatica, il discorso si fa irto di insidie, nominalismi e pregiudizi: per vero, non ritengo che si possa applicare al linguaggio giuridico il significato di 'dogma'/'dogmatica' che deriva dalla teologia. Su questi temi, valga almeno richiamare le riflessioni di P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, 61 ss., e di E. STOLFI, *I casi e la 'regula': una dialettica incessante*, in *Cassistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, a cura di L. Vacca, Napoli 2014, 40 s.; una lettura assai più dinamica dell'idea di dogmatica è in L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus* (1985), in specie 479; si contrappone agli eccessi dell'anti-dogmatismo (per lo meno nella misura in cui per dogmatica si intenda uno strumento di lettura della realtà), proprio muovendo da una riflessione su dogmatica e comparazione, H. DÖLLE, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift*, cit., 403 ss.

²⁶ Su questi profili, muovendo dalla lettura di D. MARCONI, *Il mestiere di pensare*, Torino 2014, 112 ss., mi ero soffermato in T. DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in *Sem. Compl.* (2015), 657 ss., ma in specie 668; in precedenza, qualche considerazione nella medesima prospettiva avevo espresso in ID., *Lo storico*, cit., 173 ss., frutto di una riflessione convegnistica nella quale avevo avuto l'onore e il piacere di condividere il tema con Paolo Grossi, il quale condensò poi il suo pensiero in P. GROSSI, *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline*, in *Contr. e impr.* (2012), 321 ss. I contenuti del mio intervento riconfluirono invece in T. DALLA MASSARA, *Brevi considerazioni intorno al ruolo del romanista nella formazione universitaria*, in *Europa e dir. priv.* (2013), 927 ss.

8. Ancora un punto, conclusivamente, rimane da sottolineare; e si tratta però di un aspetto che assorbe e sintetizza larga parte dei precedenti rilievi.

Mi sembra non mai ribadito a sufficienza che quella perseguita dalla comparazione diacronica debba essere una funzione puramente *epistemica*, ossia – come accennato in apertura – di contributo alla conoscenza dei problemi attraverso il raffronto tra figure e modelli, inclusa l'analisi dei modelli impliciti (o, se si preferisce, dei crittotipi). Sarebbe del tutto incongruo, viceversa, attendersi che il confronto tra passato e presente risponda a una funzione che – per contrapposizione – potremmo definire *euristica*, nel senso che la storia giuridica conduca a *trovare la soluzione* rispetto ai problemi del presente²⁷. Velleitaria – ma, al fondo, errata – sarebbe insomma l'idea di leggere nell'*historia*, secondo una banalizzazione dell'antica retorica didascalico-ciceroniana, la *magistra vitae*.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto romano che fosse orientato in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante retorica in base alla quale nel diritto romano si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la *giusta* regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire in un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi; sforzo che fosse condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico ovvero dei diritti universali²⁸.

²⁷ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 118 s. Mi fa particolarmente piacere che proprio la qualificazione «*epistemisch nicht heuristisch*», ripresa da quest'ultimo mio scritto, sia stata riferita a una «*diachrone Rechtsvergleichung*», posta a confronto con la tradizionale «*Rechtsgeschichte*», all'interno della relazione dal titolo “*Das Leben der anderen? Funktionen und Methodiken beim Blick über die Grenze*”, che fu tenuta a Bayreuth dal Collega e Amico Martin Schmidt-Kessel, Presidente dell'Associazione dei comparatisti tedeschi, nel contesto del Convegno sui metodi della comparazione, il giorno 8 novembre 2018 (cito dal paper in mio possesso, in specie 12).

²⁸ T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 119. In chiave critica sui differenti impieghi – tutti retoricizzanti – del diritto romano, A. SOMMA, *Fare cose con il diritto romano*, in *Ostraka* (2008), 225 ss., nonché in specie sulla

Anche su ciò mi pare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Mi sono soffermato dianzi sulla comparazione come modalità della conoscenza; ho evidenziato la necessità che le premesse siano messe a nudo con trasparenza, affinché una ricerca sia condotta secondo corretti parametri di verificabilità/falsificabilità; in seguito, ho cercato di sottolineare l'importanza che sia posto sul tappeto un problema, e sia un problema giuridico da risolvere, affinché quella ricerca risulti comunicante, ossia si riveli in grado di entrare in una relazione di conoscenza cumulativa in primo luogo con la comunità dei giuristi.

Alcuni segmenti essenziali di questo ragionamento mi pare si trovino ben sintetizzati in un passaggio di Lucien Febvre, colui che con Marc Bloch – dal quale avevo preso le mosse proprio per mettere a fuoco cosa s'intenda per comparazione – aveva condiviso una relazione intellettuale profonda, snodatasi tutta attorno al Collège de France: «lo storico crea i suoi materiali, o, se vuole li ricrea: lo storico non si muove vagando a caso attraverso il passato, come uno straccivendolo a caccia di vecchiumi, ma parte con un disegno preciso in testa, con un problema da risolvere, un'ipotesi di lavoro da verificare. Dire: “questo non è un atteggiamento scientifico”, non è forse mostrare semplicemente che della scienza, delle sue condizioni e dei suoi metodi non si conosce molto? L'istologo, ponendo l'occhio alla lente del suo microscopio, afferra forse immediatamente i fatti bruti? L'essenziale del suo lavoro consiste nel creare, per così dire i soggetti della sua osservazione, con l'aiuto di tecniche spesso assai complicate; e poi, presi questi soggetti, nel “leggere” i suoi prospetti e i suoi preparati. Compito arduo, in verità. Perché descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile»²⁹.

«naturalizzazione del diritto romano», 227 ss.

²⁹ Cito da L. FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino 1992, 72 s.

Ecco, qui mi fermo, giacché ritengo di aver dedicato perfino troppe pagine a queste riflessioni *in astratto* sulla comparazione diacronica. Non v'è dubbio, in effetti, che la miglior pagina di metodo mai scritta sia quella in cui quel metodo si mostri non già teorizzato, bensì ben applicato, con naturalezza e senza troppi giri di parole.

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO:
PROBLEMI SCIENTIFICI, DIDATTICI
E ACCADEMICI

1. L'inserimento della materia Fondamenti del diritto europeo nell'ordinamento della Scuola di specializzazione per le professioni legali, con il DM 537 del 21 dicembre 1999, e nella declaratoria del SSD IUS/18 Diritto romano e diritti dell'antichità («il settore comprende gli studi relativi ai diritti dell'antichità... e dei fondamenti del diritto europeo che discendono dall'esperienza romanistica e dalla sua tradizione culturale e pratica») ha determinato un certo terremoto nel settore.

Non è usuale che una materia di insegnamento sia creata da un provvedimento normativo anziché da una tradizione scientifica. Naturalmente non si è trattato di un'assoluta invenzione: lo studio del diritto romano come 'fondamenti romani della tradizione civilistica' era già diffuso, soprattutto in altri paesi, e potrebbe darsi che il sottotitolo della nota opera di Reinhard Zimmermann (*The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*) sia stato alla base della denominazione della materia. In Italia vi sono state però delle difficoltà a comprenderne il senso, perché nel Novecento la scienza romanistica italiana si è progressivamente dedicata a una ricostruzione del diritto romano orientata in senso fortemente storicistico.

Pertanto quando è stato creato l'insegnamento della Scuola di specializzazione per le professioni legali non vi era, nella comunità

scientifica italiana, una chiara percezione delle finalità della materia, e le reazioni sono state – e continuano a essere – diverse.

Vi è innanzi tutto (a) un atteggiamento scettico, se non senz'altro ostile, in coloro che non si sono mai posti il problema di un confronto tra il diritto romano, la sua tradizione posteriore e gli ordinamenti moderni di *civil law*, e che dunque hanno difficoltà sia a comprendere l'utilità della materia, sia a studiarla scientificamente, sia a insegnarla.

Vi è poi un atteggiamento favorevole, motivato però da cause alquanto eterogenee. (b) Alcuni vedono nel nuovo insegnamento la possibilità di portare nella didattica un approccio al diritto romano sinora limitato all'ambito della ricerca – atteggiamento che però, come vedremo tra breve (§ 2), ha al suo interno scopi e presupposti a loro volta diversificati. (c) Altri hanno inteso la materia come un'occasione di riscatto agli occhi dei colleghi di altre discipline giuridiche, attraverso un ritorno a una rappresentazione di stampo pandettistico del diritto romano che esca dai penetrali della storia del diritto e favorisca il dialogo con gli altri giuristi.

Come si vede, questi atteggiamenti pongono tre distinti problemi, che a mio avviso vanno affrontati separatamente e che invece spesso vengono sovrapposti: un problema scientifico, un problema didattico e un problema accademico.

2. Il problema scientifico è certamente il più complesso, e preliminare a ogni altra valutazione.

L'atteggiamento scettico cui alludevo, ossia la critica della materia in sé (§ 1, a), si basa sulla convinzione che lo studio dei diritti del passato dovrebbe consistere nella sola analisi delle fonti antiche. È una convinzione alimentata da un'ermeneutica ingenua, che scambia l'antichità dei testi con la storicità del metodo e che, in modo in realtà astorico, confida nella possibilità di comprendere le fonti antiche senza mediazioni, come se fossero a noi contemporanee e condividessero le nostre dimensioni del giuridico, dell'etico, del sociale. L'ingenuità era stata già denunciata ai primi del Novecento – quando certo non si pensava ai *Fondamenti del diritto europeo* – nella

famosa discussione tra Emilio Betti e Pietro de Francisci. Betti rilevava che è impossibile per l'interprete liberarsi della propria mentalità e porsi direttamente dinanzi all'oggetto studiato, come una *tabula rasa*, e ne desumeva che non si potesse rinunciare all'impiego delle categorie dogmatiche odierne, ma al più si dovesse distinguere tra le nozioni estranee all'oggetto studiato in quanto specifiche ed esclusive dell'esperienza moderna, e le nozioni che, per quanto nate in un'epoca vicina all'interprete, possono essere utilizzate per studiare il passato¹. De Francisci riconosceva il problema ermeneutico, ma riteneva che ciò non legittimi l'impiego delle categorie dogmatiche moderne, che non sono una sorta di 'grammatica universale' utile a chiarire ogni esperienza giuridica, bensì nozioni nate nella storia, delle quali si deve individuare il «punto di emersione» per evitare di impiegare nello studio del passato concetti ad esso del tutto estranei². Un'impostazione, quest'ultima, ulteriormente approfondita e chiarita dagli studi di Riccardo Orestano, il quale ha posto in modo netto l'accento sul rischio delle 'autoproiezioni' dell'interprete sull'oggetto del proprio studio e ha dimostrato in diversi contributi che a volte la peculiarità delle concezioni romane può emergere solo *per differentiam* attraverso un confronto con la tradizione romanistica³. Nella diversità delle soluzioni, come si vede, tutti questi studiosi si pongono il problema del confronto con il diritto attuale, e lo giudicano ineludibile anche quando si studia il diritto antico.

Ora, a me pare che se vi è una peculiarità nei *Fondamenti del diritto europeo*, questa non è tanto nel metodo, quanto nello scopo: la materia rientra nella declaratoria del settore *Diritto romano e diritti dell'antichità* (IUS/18), ma non ha come obiettivo la ricostruzione del diritto antico, bensì lo studio del diritto europeo su base roma-

¹ Cfr. soprattutto E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG* 99 (1928), 129-150 e in *AG* 100 (1928), 26-66.

² Cfr. soprattutto P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo 1931, 1-19.

³ Cfr. soprattutto R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Milano 1987.

nistica. Al contrario, dal punto di vista del metodo non vi è alcuna differenza con lo studio del diritto romano antico, perché anche questo – lo abbiamo visto – deve porsi il problema del rapporto con l'attualità.

Passiamo dunque a discutere brevemente di quegli orientamenti che guardano con favore alla materia dei *Fondamenti* (§ 1, *b*). Mi sembra che al riguardo le posizioni assunte dagli studiosi siano due.

(*b*₁) Un primo gruppo intende mostrare come lo studio del diritto romano possa consentire la riscoperta di soluzioni giuridiche utilizzabili negli ordinamenti di *civil law*. Sul piano scientifico, questa impostazione determina il confronto tra il diritto privato romano – ricostruito come diritto dei Romani, e non come *Pandektenrecht* – e gli ordinamenti attuali, e non richiede necessariamente la ricostruzione storica dei percorsi che congiungono l'uno agli altri. È un tipo di confronto che si giustifica in considerazione della genesi comune del *civil law* ma che, omettendo o ponendo in secondo piano i processi storici di derivazione degli ordinamenti attuali dal diritto antico, e in particolare il diritto medievale e moderno, tende a realizzare una comparazione che, mutuando una formulazione dalla linguistica, potremmo definire 'tipologica', perché di questa impostazione non solo il metodo ma neanche lo scopo sono storici.

Questa impostazione è a mio avviso criticabile per le medesime ragioni evidenziate rispetto all'approccio *sub a*), e per ulteriori ragioni. Per le medesime ragioni, perché prima di effettuare il confronto bisognerebbe ricostruire il diritto romano in modo affidabile; e una ricostruzione affidabile, ossia non ingenua, del diritto romano non può essere basata – almeno per i temi del diritto privato, ma spesso anche per quelli di diritto pubblico – sul solo esame delle fonti antiche. Per ulteriori ragioni, perché anche il diritto attuale è un prodotto storico, cosicché un suo confronto con il passato che non prenda in considerazione il diritto intermedio – che non è, peraltro, solo uno sviluppo del diritto romano – rischia di basarsi su una ricostruzione incompleta e fuorviante.

(*b*₂) Un secondo approccio è di quegli studiosi che ritengono che uno studio storico del diritto romano non possa prescindere da una chiarificazione delle categorie dell'interprete, al fine di evitare la proiezione di nozioni moderne sull'interpretazione delle fonti. È la prospettiva evidenziata dalla discussione tra Betti e de Francisci, che potremmo chiamare – mutuando ancora le categorie della linguistica – comparazione 'storica'.

Io credo che questo sia l'unico metodo scientificamente maturo di studiare sia il diritto romano sia i fondamenti del diritto europeo. Le categorie dogmatiche devono essere ricostruite – per ciascuna epoca storica, compresa quella presente – nel loro contesto. È errato pensare che, così facendo, si realizzi un'operazione analoga a quella dei pandettisti, o che ciò comporti l'adozione di modelli astratti, fuori dalla storia, da trapiantare nel presente. Al contrario il problema è interamente storico, e implica il confrontarsi non solo con l'analisi dell'*événementiel* o di fasi congiunturali, ma anche e soprattutto con la *longue durée*: quando si parla di 'continuità' non si fa riferimento a una dimensione storica, ma alla peculiarità della scienza giuridica di essere tendenzialmente conservativa, creando assai di rado nuove regole *ex nihilo*, ma piuttosto adattando al mutare dell'economia, della società e della cultura regole preesistenti. Il che implica, da un lato, che per una piena comprensione di un problema se ne debba studiare anche lo sviluppo storico; dall'altro, che poiché la 'continuità' non è identità, per la comprensione di un problema del passato si debba conoscere l'attualità (e la sua formazione) per evitare di proiettare all'indietro categorie recenti⁴.

⁴ Mi sia permesso di rinviare, per una discussione un po' più ampia, a R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato II*, Napoli 2006, 127 ss. Credo che il tempo abbia mostrato come fosse infondata la preoccupazione espressa da A. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, in *Labeo* 48 (2002), 7-36; ID., *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005, 93-114, entrambi ora in A. MANTELLO, *Variae*, I, Lecce 2014, 35-60 e 61-82; G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e*

È chiaro che, se si accettano simili premesse, lo studio dei fondamenti del diritto europeo si differenzia dallo studio tradizionale del diritto romano solo per una inversione di percorso: non più per evitare autoproiezioni nello studio del diritto romano, ma per comprendere meglio i problemi e le categorie del diritto attuale in una prospettiva europea.

3. La novità della materia ha avuto i suoi effetti anche sulla didattica. In assenza di una produzione scientifica adeguata, è accaduto che siano comparse opere manualistiche concentrate sulla cd. 'storia esterna', oppure limitate a una mera comparazione tra il dato romano e quello attuale con qualche riferimento all'età intermedia, o ancora consistenti in pure discussioni di metodo.

A mio avviso è ancora presto per sintesi di ampio respiro: come è stato già rilevato⁵, sarebbe opportuno limitare l'insegnamento a temi specifici, e sarebbe necessario che la materia fosse insegnata solo dagli studiosi concretamente impegnati in ricerche di questo tipo.

4. L'ultimo problema è accademico. Come dicevo all'inizio, alcuni colleghi hanno visto in questa materia la possibilità di recuperare al diritto romano il ruolo che aveva alla fine dell'Ottocento grazie all'adozione di un linguaggio comprensibile agli studiosi di diritto attuale e all'abbandono delle *technicalities* dello studio del diritto antico (cfr. § 1, c).

Io credo che su questo punto si debba essere molto chiari. La ragione per cui il diritto romano è percepito dai colleghi di altre discipline come meno centrale non è da ricercare solo nel mutamen-

formazione del giurista europeo (Atti Padova 2005), a cura di L. Garofalo, Napoli 2007, 3-24, che la materia dei *Fondamenti del diritto europeo* potesse indurre a privilegiare, negli studi romanistici, determinati temi d'indagine – quelli che possono essere 'utili' alla formazione del 'giurista europeo' – a scapito di altri.

⁵ Cfr. gli interventi di M. TALAMANCA e C. A. CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, cit., 35 ss. (e spec. 45) e 52 ss.

to dell'importanza delle materie storiche nella cultura e nella società moderna, ma soprattutto nella nostra incapacità di studiarlo e insegnarlo. I richiami retorici alla grande tradizione dei nostri studi lasciano il tempo che trovano sinché si continuerà con una politica di reclutamento ridicola, che non ha pudore nel mettere persone inadeguate in posizioni di responsabilità. Il primo contatto dei colleghi con i nostri studi passa per il rapporto con le persone: un romanista impreparato e incapace di dialogare su problemi giuridici fa apparire l'intera materia come un mero esercizio di erudizione, inutile per la formazione del giurista. La 'crisi del diritto romano' è, in larga misura, una crisi dei romanisti: l'*escamotage* di rendere più appetibile la nostra scienza mettendone da parte le acquisizioni più recenti perché troppo sofisticate, e di ritornare alla veste che essa aveva agli inizi del Novecento è, oltre che scientificamente sbagliato e in fondo patetico, anche inutile.

La maggiore complessità del metodo, acquisito generazione dopo generazione in una materia che, dobbiamo ricordarlo, come scienza storica del diritto è molto giovane⁶, è un valore, non un ostacolo da eliminare per rendersi più comprensibili. Il dialogo con le altre scienze è essenziale – come ho detto, innanzi tutto per studiare il diritto romano (§ 1) – ma deve essere perseguito senza sconti: lo stesso studio dei *Fondamenti del diritto europeo*, se compiuto seriamente, rappresenta un'ulteriore soglia di complessità e di storicizzazione, perché impone di ricercare le peculiarità della cultura giuridica romana nel confronto con la tradizione successiva. È certamente possibile che uno studio che giunga sino al presente, riportando alla luce le vicende che hanno segnato la vita degli istituti a partire dal diritto romano, possa indurre gli studiosi del diritto attuale ad apprezzare maggiormente lo studio storico del diritto – non necessariamente solo del diritto romano. Ma se si condiziona il proprio lavoro di studiosi a questo obiettivo servile si tradisce la propria vocazione.

⁶ Lo notava settant'anni fa V. ARANGIO-RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana 1896-1946. Scritti in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario*, II, Napoli 1950, 333-347, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 141-155, ma è una considerazione valida ancora oggi.

5. Certo, in questo momento sembrerebbe difficile anche individuare la propria vocazione. Credo che negli ultimi decenni non vi sia stata materia giuridica che più della nostra si sia interrogata sul proprio statuto epistemologico e abbia chiesto lumi a studiosi di altre materie per essere aiutata a individuare la propria collocazione e utilità. Ora, discutere è utilissimo, ma non dobbiamo illuderci che altri possano trovare per noi una soluzione. L'indicazione più utile che abbiamo ricevuto credo provenga da uno storico del diritto medievale e moderno che ci ha suggerito di seguire il consiglio che a sua volta aveva ricevuto da Jacques Le Goff: «surtout soyez vous mêmes»⁷. È vero, dobbiamo essere noi stessi: ma dobbiamo prendere consapevolezza del fatto che solo noi possiamo sapere cosa voglia dire essere noi stessi. Per comprendere cosa significhi studiare il diritto romano bisogna conoscere nel profondo il diritto romano, e per conoscere nel profondo il diritto romano bisogna essere romanisti⁸.

Se dunque per essere noi stessi, ossia per studiare il diritto romano, riteniamo necessario studiare anche archeologia, linguistica, filologia classica, storia delle religioni, storia della filosofia, o ancora diritto medievale e moderno, diritto civile, penale, amministrativo ecc., allora dobbiamo essere liberi di farlo – possibilmente con la guida degli specialisti, e naturalmente accettando le critiche della discussione scientifica. E se nell'essere noi stessi riteniamo che sia utile preoccuparci di comprendere cosa resti del diritto romano oggi, e come lo studio storico possa aiutare a

⁷ P. GROSSI, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti*, in *Index* 39 (2011), 38.

⁸ Personalmente ritengo che la 'comparazione storica' costituisca un metodo utile anche per lo studio del diritto intermedio e del diritto civile contemporaneo. Per il primo, perché un confronto con il diritto romano aiuterebbe a comprendere meglio il punto di partenza della materia (almeno quando questo è costituito dal diritto romano), e un confronto con il diritto attuale eviterebbe le autoproiezioni. Per il secondo, perché lo studio storico permetterebbe di capire meglio la logica formativa degli istituti, almeno di quelli con una più antica tradizione. Ma, come sostengo in testo, penso anche che ciascun specialista debba restare libero di seguire le metodologie che ritenga più adeguate.

comprendere il *civil law*, credo che dobbiamo essere liberi di fare anche questo.

Più in generale, penso debba riconoscersi che negli studi giuridici la distinzione tra materie non è un valore, bensì un ostacolo che coincide con la naturale difficoltà di ampliare i propri orizzonti scientifici. In molti casi, la distinzione tra materie è una scusa per non affrontare i problemi nella loro complessità, rifugiandosi nel comodo perimetro delle metodologie e dei temi consueti. E tuttavia l'innovazione e il progresso derivano spesso dalla contaminazione: da questo punto di vista, lo studio dei *Fondamenti del diritto europeo* è un'opportunità per ripensare lo studio del diritto romano e per ricercare nuove strade.

L'ESPERIENZA BOLOGNESE

Anzitutto voglio esprimere anch'io i miei più calorosi ringraziamenti ai colleghi e amici Gianni Santucci e Paolo Ferretti per aver organizzato questo seminario. L'iniziativa merita davvero un plauso particolare perché, a distanza ormai di un ventennio dal primo inserimento dei Fondamenti del diritto europeo nel percorso formativo delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, è oggi davvero necessario fare il punto della situazione per verificare il livello di diffusione e le modalità di insegnamento (e ancor prima dell'indagine scientifica) di questa giovane disciplina. Spero anzi che da questo nostro seminario possa venire una più generale riflessione su temi e saperi oggetto del nostro settore disciplinare, in una logica che deve certamente condurre al riconoscimento di una pari dignità dei temi di ricerca, ma che non può prescindere, in un quadro di "modernizzazione" dell'offerta didattica, dalla valorizzazione dei Fondamenti, la cui collocazione come momento di confine del settore, sia sul piano della ricerca che su quello della didattica, assume il compito centrale di rendere più solido e diffuso il dialogo della romanistica di oggi con materie e colleghi non immediatamente contigui, ma potenzialmente vicini, quali anzitutto quelli che insegnano il Diritto privato e, guardando alla costituzione romana, il Diritto pubblico.

In questa logica due mi sembrano i principali obiettivi da perseguire. Il primo è quello di inserire stabilmente l'insegnamento di Fondamenti nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza e ciò senza rinunciare agli spazi che soprattutto ora si aprono, proprio per i Fondamenti, nella nuova laurea magistrale in Scienze giuridiche. Il secondo è quello di rivendicare al nostro settore disciplinare l'insegnamento dei Fondamenti e ciò non solo in osservanza della declaratoria, ma anche perché la dimensione diacronica dello studio e dell'insegnamento dei Fondamenti, pur richiedendo diverse competenze, presuppone una ineludibile conoscenza del diritto antico che solo il romanista può avere.

Siamo però qui per discutere insieme sulle nostre esperienze di ricerca e di didattica e a me tocca ovviamente esporre quella bolognese, che, lo dico già iniziando la mia riflessione, è una storia atipica rispetto a quelle di altre realtà in Italia. È atipica perché a Bologna i Fondamenti entrano simultaneamente e molto presto sia nel percorso formativo della Scuola di specializzazione, sia nel percorso dell'allora tre+due nell'ambito della laurea specialistica. Questo avviene perché fin dall'inizio si fece la scelta (poi rivelatasi azzeccata) di suddividere il vecchio corso biennale di Diritto romano in due parti, ciascuna con sette crediti, una più tradizionale, cui venne conservata l'intitolazione di Diritto romano, con la titolarità di Danilo Dalla e una appunto, allora sperimentale, di Fondamenti del diritto europeo con la mia titolarità.

La scelta, allora particolarmente innovativa rispetto al panorama nazionale, si consolidò nel momento di passaggio alla laurea magistrale a ciclo unico, laddove fu fatta la scelta condivisa di concentrare tutti e quattordici i crediti sul corso di Fondamenti del diritto europeo (successivamente ridenominato, per caratterizzarlo maggiormente, come Fondamenti romanistici del diritto europeo). Questo ha portato nella realtà bolognese ad avere un corso semi-obbligatorio di quattordici crediti (alternativo a un corso di crediti equivalenti di *Ius* 19), con la possibilità fra l'altro per gli studenti di "recuperare" fra gli opzionali quello dei due corsi che non fosse stato scelto in prima battuta.

Il risultato è stato che a Bologna da oltre dieci anni abbiamo un corso di Fondamenti romanistici del diritto europeo di quattordici crediti (novantasei ore di didattica frontale) con circa ottocento esami all'anno e con un problema di crescita che sta creando notevoli difficoltà in termini di spazi della didattica, a tal punto da richiedere al più presto (e appena saranno disponibili le necessarie risorse) uno sdoppiamento che permetta di gestire quello che è diventato il corso con il maggior numero di studenti di tutta la laurea magistrale a ciclo unico. Peraltro il successo nella didattica dei Fondamenti non si arresta qui. È stato infatti creato da qualche anno un corso in lingua inglese (di quaranta ore) nell'ambito dell'offerta didattica del Dipartimento di Scienze politiche e sociali e, proprio quest'anno, un altro, sempre in inglese, nel secondo anno della neonata laurea magistrale in Scienze giuridiche (di sessanta ore). A questo si aggiunge un corso in italiano da vari anni presente nella sede di Ravenna che costituisce una perfetta replica (quattordici crediti e novantasei ore di didattica frontale) di quello della magistrale bolognese. Un ulteriore corso breve è infine presente anche nell'offerta didattica della Scuola di specializzazione per le professioni legali.

Per riepilogare possiamo dunque concludere col dire che a Bologna i Fondamenti romanistici del diritto europeo hanno in quattro corsi di laurea di primo e di secondo livello circa trecento ore di didattica frontale, con oltre mille esami all'anno e un numero sempre crescente di tesi di laurea che – e il dato va monitorato perché non deve diventare in qualche modo il risultato di una patologia – tendono a sopravanzare il numero complessivo delle tesi assegnate e discusse nell'ambito dei corsi obbligatori di Istituzioni di diritto romano. Quest'ultimo aspetto è comunque da ritenersi complessivamente positivo perché ha permesso di instaurare un rapporto continuativo fra gli studenti e il diritto romano fino al quarto e al quinto anno di corso, circostanza che si è rivelata utile anche ai fini del reclutamento, a livello di dottorato, degli studenti maggiormente motivati.

Il successo dell'esperienza bolognese non si misura però solo su questi numeri. Il corso di Fondamenti ha infatti contribuito a creare un dialogo in ambito didattico e scientifico con i colleghi delle discipline di diritto positivo, *in primis* privatisti e costituzionalisti, dialogo che spesso si risolve anche in cotutele nelle tesi di laurea, nonché un interesse riflesso degli studenti nei confronti del diritto romano perché è nei corsi di Fondamenti che questi ultimi hanno l'occasione di "toccare con mano" l'importanza attuale del diritto romano nella formazione degli ordinamenti giuridici contemporanei, in un quadro in cui la straordinaria esperienza giuridica del passato diventa fattore determinante della conoscenza del presente, in una consapevolezza del ruolo imprescindibile del diritto romano, anche *de iure condendo*, nelle soluzioni adottate e adottande nel diritto contemporaneo.

A questa esperienza didattica si lega come inevitabile presupposto quella scientifica. E qui, sperando di non sottrarre troppi argomenti all'intervento dell'amico Aldo Petrucci, mi corre l'obbligo di tratteggiare gli sviluppi nel tempo di quello che, nell'ultimo quindicennio, è diventato un sodalizio scientifico basato sulla reciproca stima e fiducia.

Quando mi sono trovato a gestire prima come professore associato e poi come giovane professore ordinario il corso di Fondamenti ero certamente impreparato a farlo. La mia formazione essenzialmente storica, che rifuggiva da ogni ipotesi, anche solo sfumata, di attualizzazione, non era forse la più adatta per progettare un corso di Fondamenti. In questo quadro ad Aldo venne l'idea di costruire un corso che si occupasse di singoli temi in una prospettiva di comparazione diacronica, che però non si limitasse al confronto fra presente e passato, ma potesse giovare di una prospettiva *de iure condendo*, legata appunto ai numerosi progetti europei in materia di unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti (per loro evidente natura più adatti a tentativi di armonizzazione). Erano stati da poco pubblicati i *Principles of European contract law* elaborati dalla commissione Lando che ci parvero più adatti di altri per costituire un punto di riferimento al nostro lavoro.

ro, anche perché nel dattagliato commento ai singoli articoli dei *PECL* mancava del tutto una prospettiva storica che era proprio il contributo che noi volevamo (e potevamo) dare¹.

Ci siamo così messi al lavoro, giovandoci dell'apporto determinante dei giovani pisani e soprattutto bolognesi che furono immediatamente coinvolti a pieno titolo nell'impresa. Il risultato dell'indagine così impostata fu la pubblicazione del primo volume del 2006 dedicato appunto ai *PECL*². Le idee guida del progetto furono essenzialmente tre.

La prima: non limitarci a una ricostruzione in chiave storico-comparatistica dei vari istituti, ma rovesciare provocatoriamente la prospettiva partendo non dal presente per arrivare al passato, ma piuttosto dagli stessi progetti di unificazione giuridica, nel nostro caso i *PECL*, per arrivare retrospettivamente al diritto romano. La seconda: sviluppare l'indagine in una logica di comparazione diacronica che coinvolgesse il diritto intermedio nella consapevolezza che non ci si potesse limitare alla comparazione fra "modelli" e contestualmente allargando la comparazione sincronica alle principali codificazioni europee ed extraeuropee. La terza: lavorare sulle fonti, non limitandoci in questo al diritto romano, ma allargando la prospettiva al diritto intermedio e contemporaneo per dare agli studenti nella didattica la piena consapevolezza delle continuità e delle discontinuità e la possibilità di "toccarle con mano".

Nel seguire queste tre idee guida le difficoltà maggiori le abbiamo incontrate nell'attuazione della seconda e della terza. In particolare, ritenuto indispensabile, nella comparazione diacronica, ripercorrere anche gli sviluppi del diritto intermedio, ci siamo

¹ Cfr. O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague-London-Boston, 2000 (= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano 2001); ID., *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague-London-New York 2003 (= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte III*, edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano 2005).

² Cfr. a questo proposito G. LUCHETTI e A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna 2006.

dovuti confrontare con questioni e temi ormai quasi abbandonati nelle indagini degli storici del diritto, andandoci a rileggere di volta in volta, di prima mano, la Glossa accursiana, Bartolo, Baldo, per poi passare, a seconda dei temi, attraverso i culti e il giusnaturalismo, fino ad arrivare a Domat e, come punto finale di approdo, a Pothier. Lo sforzo è stato notevole e forse non esente da errori e lacune, ma comunque è stata, soprattutto per i giovani, un'esperienza straordinariamente formativa e quindi estremamente utile.

Difficoltà minore, ma non irrilevante è stata poi quella di studiare e mettere a confronto i principali Codici contemporanei, non limitandoci al dettato normativo, ma cercando di approfondire, caso per caso, anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Tutto ciò nella convinzione che i Fondamenti non possano essere studiati e insegnati in una dimensione neopandettistica che abbia come raffronto al diritto antico esclusivamente il diritto nazionale (in una diacronia alla Di Marzo per intenderci)³, ma che la comparazione diacronica debba realizzarsi in un confronto serrato fra il diritto del passato e quello del mondo contemporaneo, intendendo come espressione di quest'ultimo i principali codici europei (in particolare Code civil, ABGB, Código civil español, BGB, Codice civile e delle obbligazioni svizzero, Código civil português, Codice civile olandese)⁴, ma senza perdere di vista una dimensione più ampia, estesa anche alle esperienze extraeuropee, fra cui si possono ricordare, fra le altre, quelle dei recenti Codici civili brasiliano e argentino o quella del Codice civile della provincia canadese del Québec⁵.

³ Cfr. S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950.

⁴ Senza comunque escludere altre realtà soprattutto dell'est europeo, come ad esempio, il Codice civile polacco e il recente Codice civile della Repubblica ungherese, nonché il *Tsiviilseadustiku üldosa seadus* estone e l'*Obligacijski zakonik* sloveno, così come, guardando al di fuori dell'Unione Europea, il Codice civile della Repubblica federativa russa.

⁵ Cfr. *Código Civil Brasileiro* (2002-2003); *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* (2014-2015); *Code civil du Québec* (1991-1994). Mi riferisco in particolare a questi tre codici perché non solo espressione di importanti tradizioni giuridiche nazionali, ma anche perché fra i più recenti codici civili nella realtà internazionale.

L'idea del diritto comune europeo (inteso più come fenomeno culturale che come diritto vigente in un preciso contesto geografico e politico) è stata insomma una linea guida nella ricerca e nella didattica, consolidandosi dopo la pubblicazione, nel 2009, del *Draft Common Frame of Reference*, che, pur con tutti i suoi ben noti limiti, si è sostituito ai *PECL* come ideale punto di confronto nella didattica e nella ricerca⁶. In questo contesto si collocano i volumi, pubblicati nel 2009 e nel 2010 e dedicati appunto al *Draft*, che costituiscono un ampliamento di prospettiva e un allargamento dell'indagine rispetto al volume del 2006⁷.

Certo, questa massa di materiali non sempre risulta di facile apprendimento per gli studenti, ma l'analisi diretta delle fonti permette loro di apprezzare il ruolo centrale del diritto romano nella formazione dei moderni sistemi di *civil law* anche quando gli aspetti di discontinuità (che vanno di volta in volta indagati) prevalgono su quelli di continuità, rendendo fra l'altro il compito di ricerca dello studioso certamente assai più accattivante.

Peraltro come dicevo, e per concludere questo mio intervento, credo davvero che i *Fondamenti*, soprattutto nella loro dimensione didattica, possano essere una parte importante della nostra disciplina, nella loro funzionalità a dimostrare come il diritto non possa vivere al di fuori della sua storia e nella consapevolezza che solo il romanista detiene gli strumenti indispensabili per indagarla a fondo.

⁶ Cfr. C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I-VI, Munich 2009.

⁷ Mi riferisco ai tre volumi apparsi appunto fra il 2009 e il 2010: G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2009; *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010; *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010.

I FONDEMENTI DEL DIRITTO EUROPEO
NELLA FACOLTÀ/DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA DI PISA

1. *La vicenda storica nell'Ateneo pisano* – Nella “offerta formativa” relativa alle materie giuridiche presso l'Università di Pisa l'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo è stato inizialmente previsto nella sola Scuola di specializzazione per le professioni legali, avviata nel 2000, con l'istituzione di un corso di 20 ore di lezione. Per decisione dell'ordinario più anziano di allora, il compianto Carlo Venturini, che faceva parte in quel momento del primo Consiglio Direttivo della Scuola, il corso venne suddiviso in due moduli da 10 ore ciascuno, il primo tenuto da lui stesso, il secondo affidato a me.

L'ingresso della materia nella rosa degli insegnamenti dei Corsi di Studio, organizzati e gestiti dalla Facoltà/ Dipartimento di Giurisprudenza, è avvenuto solo un paio di anni dopo, quasi casualmente. Infatti, per i laureati alla triennale in Servizi giuridici (chiamata in quel tempo a Pisa Diritto applicato) si era posto il problema di individuare un esame del SSD IUS/18, da sostenere per colmare i debiti necessari per l'accesso alla Laurea Specialistica biennale in Giurisprudenza (nel quadro del sistema 3 + 2 allora vigente), e la scelta è caduta sulla materia dei Fondamenti, attribuendole un corso da 6 CFU pari a 48 ore di lezione.

Questo secondo insegnamento si aggiungeva al primo esistente presso la Scuola di specializzazione, con un carattere obbligatorio per chi proveniva dalla triennale in Diritto applicato e voleva laurearsi nella Specialistica e con carattere opzionale per chi era iscritto a tale Corso di Studio o all'altra triennale in Scienze giuridiche. L'affidamento didattico di esso era stato attribuito, su sua richiesta, a Venturini, mentre nella Scuola di specializzazione la suddivisione in due moduli e la loro titolarità restavano invariate.

Con l'attivazione della Laurea Magistrale (LMG) in Giurisprudenza a ciclo unico, nella scelta della seconda materia romanistica obbligatoria (la prima è stata unanimemente individuata nelle Istituzioni di diritto romano, collocata al primo anno), tra Fondamenti, da porre al terzo o al quarto anno e sdoppiare in due corsi, e Storia del diritto romano, da situare al primo e ripartire in tre corsi, è alla fine prevalsa la visione tradizionale in favore di quest'ultima. I Fondamenti, dunque, da quel momento sono stati relegati tra gli opzionali del SSD IUS/18 nella LMG, ma con delibera approvata nel corso del 2019, vengono condivisi anche dalla laurea triennale in Diritto applicato (che nel frattempo aveva assunto il nuovo nome di Diritto dell'impresa, del lavoro e delle pubbliche amministrazioni, DILPA) e dalla nuova LM in Diritto dell'innovazione per l'impresa e le istituzioni. Presso la Scuola di Specializzazione, dal 2008, il corso non è più suddiviso in moduli ed è stato portato da 20 a 16 ore, nell'ambito di una riduzione generale del numero di ore di tutti gli insegnamenti del primo anno.

2. *Esperienza personale nella didattica e nei settori di ricerca* – Come dicevo, dal 2000 al 2008 ho insegnato i Fondamenti di diritto europeo in un modulo di 10 ore della Scuola di Specializzazione, dall'anno accademico 2008/2009 ad oggi ho tenuto l'intero corso di 20 ore, diminuite adesso a 16. Cominciando con l'anno accademico 2013/2014, mi viene attribuito come affidamento didattico aggiuntivo anche l'insegnamento opzionale della LMG, che ormai è l'unico offerto all'interno di quelli attivabili nel SSD IUS/18, ma che è oggi condiviso con gli altri CdS attivati dal Dipartimento.

Negli anni della condivisione con Carlo Venturini nella Scuola di Specializzazione, mentre oggetto delle sue lezioni, conformemente ai suoi interessi scientifici, erano le due tematiche penalistiche della corruzione e della concussione trattate in chiave diacronica, da parte mia ho preferito invece concentrarmi fin da subito sulla materia contrattuale, prendendo spunto dal Progetto dei Principi del diritto contrattuale europeo (*Principles of European Contract Law, PECL*), elaborato dalla Commissione presieduta da Ole Lando e pubblicato in via definitiva nel 2001¹, ed ho proceduto lungo questa strada anche quando sono divenuto unico titolare del corso.

Nell'insegnamento presso la Facoltà/ Dipartimento di Giurisprudenza Venturini aveva fatto la scelta di basare il corso sui testi di Peter Stein e di Carlo Augusto Cannata². Quando la docenza è passata a me, ho mantenuto invece l'opzione di seguire il filone del diritto contrattuale, perché in tale settore era maturata la mia precedente esperienza didattica e scientifica, rafforzatasi nel corso degli anni attraverso la collaborazione, iniziata quasi per caso, con l'amico e collega di Bologna, Giovanni Luchetti, ed un suo gruppo di allievi.

Risale, infatti, al 2006 la pubblicazione del primo libro, portato a termine nell'ambito di tale collaborazione, che analizza in una prospettiva storica il Progetto dei Principi del diritto contrattuale europeo (*Principles of European Contract Law, PECL*)³, cui ne sono seguiti altri tre, fra il 2009 ed il 2010, incentrati sul successivo Progetto di un Quadro Comune di Riferimento del diritto privato europeo (*Draft Common Frame of Reference of the European Private Law, DCFR*)⁴.

¹ Ne esiste, come è noto, anche un'edizione italiana curata da C. CASTRONOVO, *I principi di diritto contrattuale europeo*, I e II Parte, Milano 2001 e III Parte, Milano 2005.

² Cfr. P. STEIN, *I fondamenti di diritto europeo*, trad it., Milano 1987; C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti di diritto europeo*, I, Torino 2005 e *Materiali per un corso di Fondamenti di diritto europeo*, II, Torino 2008.

³ G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna 2006.

⁴ G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale*

Sul piano della didattica ho registrato una piena soddisfazione per la rispondenza avuta dagli studenti, nei quali si è sviluppato un forte interesse a scoprire i fondamenti della nostra tradizione giuridica. Pur trattandosi di un insegnamento opzionale presso il nostro Dipartimento, il numero annuale degli esaminati oscilla fra 30 e 50. Ed anche sul piano della ricerca i cultori più avveduti e sensibili delle discipline positive hanno apprezzato lo sforzo verso un dialogo, che faccia comprendere meglio origini e basi di molti fenomeni giuridici attuali. Ne costituiscono una prova i numerosi Convegni nazionali ed internazionali dove si sono discussi i libri ora ricordati, i numerosi inviti, ricevuti da Università italiane e straniere, a tenere brevi corsi o lezioni su argomenti in essi trattati ed alcune traduzioni in lingua straniera di loro parti⁵.

Nel gennaio del 2018, infine, ha visto la luce il volume da me realizzato in via esclusiva, dal titolo *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto I* (Torino, Giappichelli),

europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, I, Bologna 2009; ID., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010; ID., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010.

⁵ Mi sia permesso di ricordare, a titolo esemplificativo, i corsi da me tenuti di Fondamenti del diritto europeo, nel 2009, presso la *Escuela Libre de Derecho* di Città del Messico, e su *The Law of Obligations in Europe in its historical Development*, nel 2016, presso l'Università di Chengdu (Repubblica Popolare Cinese), l'intervento alla 5° Conferenza internazionale di diritto comparato *Law of Obligations surrounded by Other Normative Systems*, svolta a Varsavia il 6 – 7 novembre 2015 (pubblicata in *Law and Forensics Science* n. 10/2015), le lezioni tenute presso le Università di Olsztyn (2008 e 2013), di Jaén, Ceu San Pablo di Madrid (2007 e 2009) e di Berna (2015), e, tra i volumi e gli articoli, A. PETRUCCI, *Breves consideraciones sobre la formación del contrato a la luz del Draft Common Frame of Reference y de la precedente tradición jurídica europea. Un estudio sobre los fundamentos del derecho contractual europeo*, in *Las Obligaciones*, Lima 2011, 243 ss.; *Derecho privado. Estudios sobre la formación de contratos en Europa y la representación aparente*, Santiago de Chile 2016; *Desarrollos del derecho contractual europeo y tradición jurídica* in *Revista de derecho privado* 30 (2016), 85 ss.; *Dois exemplos de migração de conceitos e princípios em matéria contratual: do direito romano ao DCFR (e outros)*, in *Revista da Ajuris* 45 (2018), 293 ss.

il primo della nuova Collana *Radici storiche del diritto europeo*⁶, che amplia l'orizzonte al Progetto di Regolamento su un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law, CESL: COM (2011) 635 final*) del 2011 ed alle successive proposte elaborate in sede comunitaria, nella convinzione che, malgrado gli insuccessi, si stiano nei fatti consolidando alcune tendenze uniformi in seno al diritto contrattuale europeo. Anche tale opera si pone, dunque, in un solco di ricerca ed insegnamento ormai ben tracciato e felicemente sperimentato sul campo da più di dieci anni.

3. *Metodo, contenuti e confini* – La metodologia da me adottata nel corso di questi anni incentra l'intero discorso in una chiave storico – comparatista attraverso un contatto diretto con le fonti ed i testi normativi, che serve a dar conto delle affermazioni che si compiono in una prospettiva diacronica. Se punto di partenza sono sempre i dati tratti dal diritto romano, che rimangono quelli oggetto di maggiore attenzione, lo sguardo si rivolge anche ad alcuni passaggi cruciali presenti nei *doctores* medievali e nelle Scuole giuridiche moderne precedenti alle codificazioni del XIX secolo, per concludersi con rapide panoramiche su certi ordinamenti nazionali europei e sui più recenti Progetti di armonizzazione/unificazione della disciplina contrattuale redatti nel nostro continente.

L'obiettivo è quello di ricostruire il contenuto di principi, regole ed istituti dal diritto romano alle esperienze giuridiche contemporanee, ripercorrendone le principali fasi, non importa se in termini di continuità o discontinuità, senza preclusioni o sbarramenti rigidi legati ai settori scientifico-disciplinari, sempre però nel rispetto delle loro specifiche competenze.

Tale scelta metodologica si è maturata a seguito degli stimoli e delle riflessioni che mi hanno suscitato le numerose esperienze di insegnamento all'estero, cui ho accennato in precedenza, in Europa e soprattutto fuori dall'Europa (Cina e America Latina),

⁶ All'interno della quale è già stato pubblicato anche un secondo volume di M. VINCI, *Ricerche in tema di retentio*, Torino 2018.

dove studenti e specializzandi mi pongono sempre domande puntuali su come il diritto romano abbia affrontato tematiche oggi in voga e sui rapporti ancora esistenti fra diritto romano, ordinamenti moderni e progetti di futura unificazione del diritto contrattuale e, più in generale, di interi settori del diritto privato patrimoniale.

Credo che alla sfida rappresentata da domande di questo genere un romanista contemporaneo non possa e non debba sottrarsi, trincerandosi solo nella storia e ritagliando in essa la propria piccola nicchia, impermeabile ad ogni contatto con la realtà odierna. È purtroppo sotto gli occhi di tutti come la formazione giuridica tradizionale sia attualmente in grave crisi nel nostro Paese e non occorre qui rammentarne i motivi (veri o pretestuosi che siano). Un dato però sembra ormai sicuro: esistono pressioni fortissime e difficilmente contenibili per accentuare il suo carattere professionalizzante, accrescendo il ruolo di alcune materie considerate più utili, se non indispensabili, ed eliminandone altre o riducendole al lumicino, perché meramente “culturali”, e quindi, in ultima analisi, inutili.

Per dimostrare quanto un tale assioma non corrisponda al vero, l'unica strada che resta a noi cultori del diritto romano è, a mio avviso, aprirsi al dialogo con i giuristi di diritto positivo – sempreché ovviamente non vi siano da parte loro i consueti pregiudizi – e mettere in luce l'estrema difficoltà di comprendere il diritto vigente separandolo totalmente dalle sue radici storiche. Questo dialogo non significa certo che io propugni la fine dell'autonomia dei nostri studi ed il loro asservimento alle esigenze del diritto positivo, né che io sia un fautore a tutti i costi della continuità del diritto romano fino ai nostri giorni o – peggio ancora – del “salto” dal diritto romano alle codificazioni moderne. Vuol dire solo che non dobbiamo avere paura né di confrontarci con i giuspositivisti disposti a farlo, né di cercare nelle fonti quelle risposte che ci vengono richieste dalle nuove esigenze. A volte tali risposte non ci sono, a volte ne emergono alcuni germi, a volte si nascondono nelle pieghe e si riescono a recuperare solo rompendo gli schemi tradizionali, con cui il diritto romano viene insegnato quasi immutabilmente da ol-

tre centocinquanta anni, quasi fossimo ancora all'epoca della Pandettistica. L'auspicio è, infatti, di stimolare un continuo scambio di idee fra storici e studiosi del diritto vigente, al fine di mantenere sempre viva e vitale la scienza giuridica.

Ravvisare in ciò un'attualizzazione del diritto romano sarebbe sbagliato. A chi lo affermasse si potrebbe facilmente obiettare che per secoli la scienza giuridica ha usato i suoi testi come punto di partenza per trovare sempre nuove soluzioni e non si capisce perché oggi si gridi allo scandalo, se lo si fa. La completezza degli ordinamenti giuridici nazionali è un mito ormai tramontato e sono gli stessi giuspositivisti che si affannano alla ricerca di soluzioni normative non contenute in essi, ma in grado di completarne le previsioni. Ed in questo il contributo che possiamo dare noi come romanisti è enorme, vista la ricchezza del patrimonio giuridico racchiuso nelle nostre fonti. Naturalmente dobbiamo stare sempre attenti a non confondere il diritto romano dei Romani con la tradizione giuridica che su di esso si è stratificata per secoli fino a tutto il XIX secolo (almeno in certi Paesi, come la Germania).

4. *Qualche esempio concreto* – Se vogliamo tradurre in pratica, con alcuni esempi, quanto affermato a livello teorico nel paragrafo precedente, basterebbe far riferimento a qualcuno degli argomenti trattati nel mio volume di Fondamenti edito nel 2018 (menzionato nel § 2), che costituiscono elementi centrali della disciplina generale del contratto nella nostra tradizione giuridica e nel diritto attuale, che da essa si sviluppa. I principi della buona fede, della ragionevolezza e della libertà contrattuale, la nozione stessa di contratto, il corretto svolgimento delle trattative precontrattuali, i requisiti di validità, la formazione tra assenti attraverso il meccanismo della proposta ed accettazione, la rappresentanza e l'interpretazione, la determinazione del prezzo e l'incidenza di circostanze sopravvenute sull'esecuzione vengono, infatti, a comporre altrettanti tasselli essenziali del suo patrimonio genetico.

Il fatto che per ciascuno di essi il diritto moderno abbia costruito delle categorie specifiche non vuol dire che gli stessi non fossero sta-

ti presi in considerazione nella scienza giuridica anteriore. Nel diritto romano, medievale e moderno anteriore alle codificazioni del XIX secolo, infatti, se ne trovano già alcune radici sulle quali si innestano, con cammini più o meno tortuosi, le architetture giuridiche moderne secondo modalità improntate ad una maggiore razionalità e sistematicità. Risulta, pertanto, di particolare interesse anche per i giuristi contemporanei – almeno a mio giudizio – poter seguire l'andamento di questi cammini, che dimostrano come il diritto non sia qualcosa di statico ed immobile, bensì viva spesso di sussulti, modifiche e rotture, legato com'è al contesto storico dove si forma e si applica.

Prendiamo il fenomeno della rappresentanza apparente.

Un celebre caso, trattato dalla giurisdizione imperiale degli inizi del III secolo d.C. e commentato dal giurista Paolo (1 *decr.* D. 14.5.8), mette già in luce i germi della *ratio* alla base del riconoscimento di questa figura di rappresentanza. Un *negotiator*, Tiziano Primo, aveva preposto uno schiavo come institore con il compito di concedere prestiti garantiti da pegni. Oltre a ciò, tale institore era solito svolgere anche l'attività di fornire credito agli acquirenti dai commercianti di orzo, fungendo da delegato dei primi verso i secondi. Ad un certo momento egli si dà alla fuga ed un commerciante, al quale doveva pagare il prezzo di una partita del cereale, conviene in giudizio il preponente con l'azione institoria. Costui eccepisce la mancanza di legittimazione passiva, allegando che l'attività creditizia svolta dallo schiavo tra acquirenti e commercianti esulava dalla preposizione institoria. Essendo tuttavia stato provato nel procedimento che lo schiavo institore aveva svolto altre attività economiche, aveva preso in locazione magazzini ed agito da delegato di molti acquirenti per i quali aveva pagato il prezzo dell'orzo, il prefetto dell'annona emette una sentenza di condanna contro Tiziano Primo. Osserva a questo punto il giurista che l'intermediazione dell'institore nei pagamenti andava configurata come una fideiussione, in quanto egli non si limitava ad assumere il debito degli acquirenti, ma provvedeva anche ad adempierlo, negando quindi che in tali circostanze si dovesse concedere l'azione contro il preponente, in quanto questi non aveva dato incarico di far ciò. Tuttavia nel giudizio d'appello l'imperatore

conferma la decisione del prefetto, sul presupposto che l'institore si era sostituito in tutte le attività anche al di fuori della preposizione⁷.

Nella trattazione di questo caso una delle prospettive che emerge è quella illustrata nelle motivazioni adottate nella sentenza del prefetto dell'annona e poi dell'imperatore, che danno un rilievo oggettivo al complesso delle attività realizzate in concreto dall'institore⁸, accentuando il conseguente affidamento che le stesse suscitano nei terzi contraenti e relegando la volontà del preponente in una posizione di secondo piano. In questa prospettiva l'elemento centrale è costituito proprio dalla necessità di tutelare la buona fede dei contraenti, collegata ad una situazione di 'apparenza' determinata dal comportamento dell'institore, che agisce abitualmente al di fuori dei poteri ricevuti, e del preponente (Tiziano Primo), che si fa sostituire da lui in ogni attività.

Sul caso racchiuso in D. 14.5.8 ha molto riflettuto anche la scienza giuridica medievale principalmente nell'ottica degli effetti delle attività svolte da un procuratore in assenza o al di fuori dei poteri che gli sono stati conferiti. I giuristi sottolineano in particolare l'elemento volontaristico del preponente, il quale avrebbe esteso tacitamente il contenuto dell'atto di preposizione⁹, o la sua

⁷ D. 14.5.8 (Paul. 1 decret.): *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisset et horrea conduxisset et multis solvisset idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam <corr. ed. Mommsen> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videri < corr. ed. Haloander> hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisset, sententiam conservavit imperator.* Su questo testo mi permetto di rinviare, da ultimo, a quanto osservo in A. PETRUCCI, *Paul. 1 decret. D. 14.5.8*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio, P. Pasquino, Torino 2018, 101 ss., con citazione della più recente bibliografia.

⁸ V., in particolare, anche M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano 2008, 67 ss., 78 ss., pur senza richiamarsi al passo in esame.

⁹ Come fa il tardo glossatore Viviano Tosco, vissuto nei decenni centrali del XIII secolo, il quale parla di ratifica implicita, da parte del *dominus*, delle

presunzione di colpa per non aver sorvegliato l'istitutore ed aver quindi fatto credere a tutti che le attività svolte corrispondessero ai poteri effettivamente conferiti¹⁰.

A livello di moderni ordinamenti europei, già da decenni si è avvertita l'esigenza di proteggere l'affidamento dei terzi determinato da situazioni di apparenza, collegate alle attività di un rappresentante, in un ordine di idee analogo a quello che traspare dalle motivazioni delle sentenze del prefetto dell'annona e del tribunale imperiale in D. 14.5.8. La figura che si è costruita è quella della rappresentanza (o procura o mandato) apparente, introdotta ad opera della dottrina e della giurisprudenza sulla base di alcune disposizioni in tema di rappresentanza o mandato e solo di recente codificata in alcuni ordinamenti¹¹. Facciamone una breve rassegna.

In Francia la *Cour de Cassation* aveva creato l'istituto del mandato apparente, in sede di interpretazione dell'art. 1998 del *Code civil* relativo alle obbligazioni del mandante. Se infatti risultava dalle cir-

attività concluse dall'istitutore al di fuori della preposizione (*casus* ad D. 14.5.8).

¹⁰ Questa tesi più articolata la troviamo formulata, ad esempio, in Bartolo da Sassoferrato, il quale, in un suo *consilium*, dapprima spiega chi sia da intendere quale istitutore e come le obbligazioni da lui assunte vincolino l'interessato, anche in caso di attività compiute in frode, sulla base di una presunzione di colpa di quest'ultimo per aver scelto una persona inadatta. Poi sottolinea che il titolare di un'attività commerciale resta obbligato tutte le volte in cui un soggetto l'amministra pubblicamente *pro domino*, facendo credere a tutti che realmente fosse stato preposto. In tale ipotesi l'eventuale diniego del titolare, interrogato dal giudice, era irrilevante, operando in senso contrario una presunzione e l'errore comune circa l'esistenza ed il contenuto dell'atto di preposizione: BARTOLI DE SAXOFERRATO *Consilia, Tractatus et Quaestiones...*, [Lugduni], 1533, consilium LXXIX, f. 22 va, nn. 2-3. Per una rapida panoramica delle posizioni emerse nella scienza giuridica intermedia in riferimento alla questione sollevata in D. 14.5.8 mi permetto di rinviare a quanto già scrivevo in A. PETRUCCI, *Il rappresentante commerciale apparente tra diritto romano ed unificazione del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 22 (2006), 169 ss.

¹¹ Per riferimenti più dettagliati agli ordinamenti nazionali europei si rinvia a F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien – New York 2003², 238 ss.; H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2017², 500 ss.; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, cit., 292 ss.

costanze che i terzi avessero potuto legittimamente credere che il mandatario agisse in virtù di un mandato e nei limiti di esso, il mandante sarebbe stato obbligato nei loro confronti. Questo istituto è stato inserito nel Codice con la riforma del 2016/ 2018 (*Ordonnance* n. 2016-131 e legge n. 2018-287), che lo disciplina, nell'ambito della normativa generale sulla rappresentanza, all'art. 1156, 1°c., dove, ai fini della configurazione dell'apparenza, si richiedono la legittimità della credenza nei terzi contraenti ed il rilievo che hanno nel crearla il comportamento o le dichiarazioni del rappresentato¹².

Dottrina e giurisprudenza tedesche hanno utilizzato principalmente i §§ 170 - 172 del *BGB* ed il § 56 del *HGB* (Codice di commercio) per costruire le figure della 'procura tollerata' (*Duldungsvollmacht*) e della 'procura apparente' (*Anscheinsvollmacht*), entrambe fondate su un comportamento del rappresentato, che faccia pensare all'esistenza di una procura. La prima si ha quando costui consapevolmente permette ad un altro di agire come suo rappresentante e la controparte intende o può intendere, secondo le regole della buona fede, che abbia effettivamente ricevuto i poteri di rappresentanza. La seconda figura si realizza ogniqualvolta il rappresentato non sia a conoscenza dell'attività del rappresentante apparente, ma avrebbe dovuto esserlo in base alla normale diligenza, e quindi i terzi sono indotti a credere che gliene avesse attribuito i poteri in una procura¹³.

Distinzioni analoghe ricorrono anche nei due formanti, dottrinale e giurisprudenziale, austriaci e svizzeri, mentre nell'ordinamento spagnolo il riconoscimento della rappresentanza apparente si è fondato sugli articoli 1734 e 1738 del Codice civile in tema di mandato¹⁴. In Portogallo, invece, l'istituto è penetrato a livello nor-

¹² V. per un primo commento F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris 2016, 46 s.

¹³ Riferimenti generali in J. ELLENBERGER, § 172, in O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁷⁴, München, 2015, 195 ss.; v. anche F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*², cit., 235, 244 ss.

¹⁴ In Austria la base normativa è stata individuata nei §§ 863 e 1002 dell'*ABGB* e nel § 56 del nuovo Codice dell'impresa (*UGB*); in Svizzera si è fatto riferimento

mativo, attraverso il decreto legislativo n. 178/ 1986 sul contratto di agenzia (art. 23), che recepisce la previsione della Convenzione di Ginevra del 17 febbraio 1983 sulla rappresentanza nelle vendite internazionali di beni mobili (*Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods*), e nei Paesi Bassi è il nuovo Codice civile (*NWB*) a contenere una disciplina specifica per la rappresentanza apparente nell'art. 3.6, 2° c.¹⁵.

La categoria è nota anche al *Common law* inglese (*apparent authority*) ed i suoi elementi essenziali consistono in una dichiarazione o in una condotta del rappresentato (*principal*) apparente che induce i terzi contraenti a ritenere ragionevolmente conferiti i poteri di rappresentanza al rappresentante (*agent*) apparente. Il terzo può quindi paralizzare l'azione dello pseudo *principal*, che intenda far valere l'inefficacia del contratto concluso dallo pseudo rappresentante con un'eccezione (*estoppel by conduct*), fondata sul principio di apparenza cui ha dato luogo lo stesso rappresentato apparente attraverso la sua condotta¹⁶.

al disposto generale dell'art. 33 (sull'estensione della procura) ed agli artt. 459 e 462 (sul mandato) del Codice delle obbligazioni. Quanto alla Spagna, gli articoli 1734 e 1738 del Codice civile sono relativi, nell'ordine, all'inefficacia della revoca di un mandato a contrattare con certe persone, allorché questa sia pregiudizievole e le stesse non siano state avvertite, e alla validità ed efficacia degli atti compiuti dal mandatario, che ignori la morte del mandante o un'altra causa di cessazione dello stesso, nei confronti dei terzi, i quali abbiano contrattato con lui in buona fede. Facendo leva su di essi, la Suprema Corte spagnola ha infatti dichiarato che il rappresentato resta vincolato dall'attività del rappresentante senza poteri, quando attraverso sue condotte o omissioni, abbia ingenerato nei terzi contraenti in buona fede l'affidamento che la rappresentanza fosse stata effettivamente attribuita.

¹⁵ In base a tale articolo essa sussiste quando ricorrano tre circostanze: a) una dichiarazione o la condotta del rappresentato apparente; b) la credenza, in capo al terzo contraente con il rappresentante apparente, che esista una procura; c) la ragionevolezza di tale credenza. Ove esse siano presenti, allorché un atto giuridico è compiuto in nome di un'altra persona, il terzo non può vedersi opporre la mancanza o l'eccesso della procura.

¹⁶ Cfr. F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit., 252 ss.; v. anche B. DE DONNO SFORZA, voce "Rappresentanza in diritto comparato", in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., XVI, Torino 1997, 291.

Infine, l'ordinamento italiano conosce anch'esso la distinzione fra 'rappresentanza tollerata' e 'rappresentanza apparente', ambedue comunque finalizzate a tutelare l'affidamento dei terzi contraenti¹⁷. Il principale articolo di riferimento è il 1398 del Codice civile in materia di rappresentanza senza potere¹⁸; in base al suo contenuto, dottrina e giurisprudenza hanno infatti affermato, sia pure con diverse sfumature ed accentuazioni, che trova applicazione il principio dell'apparenza del diritto tutte le volte in cui il rappresentato apparente abbia ingenerato nel terzo, mediante il proprio comportamento (negligente, malizioso o di tolleranza), la ragionevole convinzione della sussistenza di un rapporto di rappresentanza, con la conseguenza che lo stesso sarà tenuto a far fronte agli obblighi assunti in suo nome¹⁹.

Ma, circa i fondamenti normativi del principio di apparenza esistono notevoli diversità di vedute. Limitandoci qui ad alcuni accenni, la Suprema Corte di Cassazione lo desume dagli artt. 534, 1189 e 1415 del Codice civile, relativi rispettivamente agli acquisti onerosi dall'erede apparente, al pagamento al creditore apparente ed all'impugnabilità della simulazione ai terzi in buona fede, che abbiano acquistato diritti dal titolare apparente²⁰; in dottrina, alcuni accettano quest'orientamento giurisprudenziale, altri, invece, negano l'esisten-

¹⁷ V. H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 497 ss.

¹⁸ Il cui testo è: «(Rappresentanza senza potere). Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto».

¹⁹ Per una rassegna delle varie posizioni dottrinarie e giurisprudenziali si rinvia a A. TRABUCCHI, G. CIAN, *Art. 1398*, in *Commentario breve al Codice civile*, Padova 2016, 1499 ss. V. anche F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit., 242 ss.

²⁰ I cui testi sono: art. 534, 2° c.: «(Diritti dei terzi). Sono fatti salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di aver contrattato in buona fede»; art. 1189, 1° c.: «(Pagamento al creditore apparente). Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede»; art. 1415: «(Effetti della simulazione rispetto ai terzi). La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione».

za di un principio generale dell'apparenza, ma ammettono l'applicazione alla rappresentanza in via di *analogia legis* del disposto degli articoli appena menzionati. Altre volte si preferisce inquadrare il fenomeno in chiave di responsabilità extracontrattuale, attribuendo ad un comportamento negligente o malizioso del rappresentato la creazione della situazione di apparenza lesiva dell'altrui affidamento.

Quanto agli strumenti internazionali, come si accennava, già la Convenzione di Ginevra del 1983 sulla rappresentanza nelle vendite internazionali di beni mobili ha una previsione esplicita dell'istituto della rappresentanza apparente, all'art. 14, 2°c.²¹, ed un'identica scelta è stata compiuta nei Principi *UNIDROIT*²². La stessa linea si è adottata anche nel Progetto dei Principi di diritto contrattuale europeo (*PECL*)²³ ed in quello di Quadro comune di riferimento del diritto privato europeo (*DCFR*)²⁴.

Un altro esempio concreto, che possiamo qui brevemente considerare, riguarda la c.d. *interpretatio contra proferentem*.

²¹ Il testo dell'art. 14, 2°c., di questa Convenzione così recita: «Nevertheless, where the conduct of the principal causes the third party reasonably and in good faith to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent».

²² Principi *UNIDROIT* 2016, art. 2.2.5, 2°c.: «(Rappresentanza senza potere). Tuttavia, se il rappresentato induce il terzo a ritenere ragionevolmente che il rappresentante è autorizzato ad agire per conto del rappresentato e che agisce nei limiti dei poteri conferitigli, il rappresentato non può eccepire nei confronti del terzo la mancanza di poteri del rappresentante».

²³ *PECL* art. 3:201, 3°c.: «(Express, Implied and Apparent Authority). A person is to be treated as having granted authority to an apparent agent if the person's statements or conduct induce the third party reasonably and in good faith to believe that the apparent agent has been granted authority for the act performed by it <rectius by him>».

²⁴ Art. II. – 6:103, 3°c.: «(Authorisation): If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that a person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative». V. il commento di C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Full edition, München 2009, 418.

In diversi testi giurisprudenziali raccolti nel Digesto, tra i criteri relativi all'interpretazione dei contratti²⁵, troviamo anche quello che fa specifico riferimento alle clausole oscure o ambigue nel caso in cui fossero state predisposte da un contraente ed accettate dall'altro. In caso di dubbio circa il loro significato, esse andavano infatti interpretate in senso sfavorevole al predisponente, in quanto su di lui incombeva l'onere della chiarezza.

Come si sottolinea in D. 2.14.39 (Pap. 5 *quaest.*), la formulazione di tale criterio interpretativo era fatta risalire già ai giuristi del II secolo a.C. (i *veteres*), i quali lo avevano indicato con esplicito riferimento alle due figure contrattuali della compravendita e della locazione, ponendolo a svantaggio del venditore e del locatore perché avrebbero potuto inserire nel contratto pattuizioni prive di ambiguità o di oscurità²⁶.

La testimonianza di Papiniano è preziosa per le notizie che ci rivela. Il criterio ermeneutico qui in esame non era stato pacificamente sostenuto da tutti i giuristi, ma solo con il tempo aveva finito per prevalere (*veteribus placet*)²⁷. Inoltre, riguarda il creditore, perché, per quanto nei due esempi si tratti di contratti sinallagmatici, è chiaro il riferimento al venditore e al locatore nella loro veste di creditori, rispettivamente, del prezzo della cosa venduta e del corrispettivo in denaro di quella locata. Infine, si pone in luce una correlazione tra potere di inserire nel contratto una clausola nel proprio interesse ed onere di esplicitarla in modo chiaro e comprensibile.

Questa stessa linea di pensiero viene confermata anche da altri giuristi fra I e III secolo d.C. in rapporto ancora al contratto di ven-

²⁵ Cfr. in dottrina le trattazioni generali di A. BURDESE, voce *Interpretazione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, 1993, 10 ss. (con bibliografia); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 622 ss.; P. VOCI, *Manuale di diritto romano. Parte generale*, Milano 1998, 548 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, México 2011, 41 ss.

²⁶ *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

²⁷ Come lascia intendere il termine *placet*, indicativo di solito del superamento di una situazione di controversialità di pareri: v. H. HEUMANN, E. SECKEL, voce *Negotium*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907⁹, 432.

dita e poi alla *stipulatio*: per il primo, possiamo ricordare D. 18.1.21 (Paul. 5 *ad Sab.*), dove si condivide il parere di Labeone²⁸, per la seconda D. 34.5.26(27) (Cels. 26 *dig.*) e D. 45.1.38.18 (Ulp. 49 *ad Sab.*)²⁹.

Il criterio viene accolto dalla Codificazione di Giustiniano e ripreso dai *doctores* del *ius commune* (XII – XVII secolo), che, nell'organizzare le regole interpretative romane in maniera più razionale e secondo un ordine gerarchico, gli riservano una funzione meramente suppletiva e complementare.

Grande fortuna ha avuto per molti secoli la classificazione del glossatore bolognese Giovanni Bassiano (morto nel 1197), il quale, nella glossa *Legem ad D. 2.14.39*, ordina tali regole gerarchicamente così: *quod actum – ut magis valeat quam pereat – quod verisimilius – contra proferentem*. Nel suo pensiero, dunque, si osserva una prima importante generalizzazione del nostro criterio, in quanto la persona che deve essere svantaggiata dall'oscurità o ambiguità della clausola contrattuale è il suo stesso autore, da non identificare necessariamente con il creditore, come avevano fatto i testi romani³⁰.

Successivamente, come dimostrano le *allegationes* riportate nelle *Practicae conclusiones iuris* di Domenico Toschi ad inizio del Seicento³¹, il parametro interpretativo *contra proferentem*, in funzione suppletiva dei criteri soggettivi, risulta pienamente acquisito dalla scienza giuridica europea, anche se una sua formulazione esplicita si incontra soprattutto nelle correnti giusrazionaliste francesi. Infatti, inserito nella parte sull'interpretazione del contratto del *Traité des obligations*

²⁸ *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.*

²⁹ Il tenore dei due testi è, rispettivamente, il seguente: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est* e *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*

³⁰ Sull'argomento si veda H. E. TROJE, '*Ambiguitas contra stipulatorem*', in *SDHI* 27 (1961), 99 ss., più in generale v. anche S. VOGENAUER, *Auslegung §§ 133, 157*, in *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, I, Tübingen 2003, 567 s.

³¹ *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*. DOMINICI... TUSCHI *Tomus Quartus*, cit., conclusio CCCXXX, 671 a, n. 51: *Verba instrumenti, et scripturae interpretantur contra eum, pro quo scriptum, vel conventum est, et contra fundantem se ex eo...*

di Pothier³², si riversa poi nell'art. 1162 del *Code civil* del 1804, in base al quale, nel dubbio, il contratto era da intendersi contro lo stipulante ed in favore di chi ha contratto l'obbligazione³³. Come si vede, si trattava di una scelta più fedele alle fonti del diritto romano rispetto alla tradizione del diritto intermedio, contemplando come parte svantaggiata il creditore in luogo dell'autore della clausola.

La disciplina francese, ricopiata dall'art. 1137 del Codice civile italiano del 1865³⁴, ha anche orientato il legislatore spagnolo, il quale, però, ha preferito una dizione più ampia, stabilendo, all'art. 1288 del *Código civil*, che l'interpretazione delle clausole oscure di un contratto non deve favorire la parte che abbia causato l'oscurità³⁵. E sempre in ambito europeo, l'altro modello di Codice civile ottocentesco, l'*ABGB* austriaco del 1811, tuttora vigente, accoglie il criterio dell'interpretazione sfavorevole per colui che nei contratti bilaterali abbia utilizzato espressioni ambigue (§ 915, seconda parte)³⁶.

Tale criterio ermeneutico non è, invece, esplicitamente menzionato nel *BGB*, i cui redattori hanno preferito assorbire tutti i canoni interpretativi oggettivi, compreso quello qui in esame, nella più ampia formulazione del § 157, dove si impone l'interpretazione dei contratti secondo buona fede, in base alle circostanze individuali di ogni caso³⁷. Sulla stessa linea si sono posti anche altri ordinamen-

³² R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris 1805, partie I, Chap. I, sect. I, art. VII.

³³ La lettera di questo articolo era: «Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation». Sull'influsso dell'opera di Pothier sugli articoli del Codice relativi all'interpretazione delle convenzioni cfr. la sintesi di H. TROFIMOFF, *Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats*, in *RHDFE* 72 (1994), 203 ss.

³⁴ Nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione.

³⁵ Art. 1288 cod. civ. esp.: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

³⁶ § 915 *ABGB*: «Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äusserung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat».

³⁷ § 157: «(Auslegung von Verträgen). Verträge sind so auszulegen, wie

ti europei, come lo svizzero, il portoghese e l'olandese, nei quali la presenza del criterio *contra proferentem* viene fatta discendere dal principio generale di buona fede³⁸.

Anche le Corti inglesi, nell'interpretare i termini espliciti del contratto (*expressed terms*) e nel ricostruire quelli impliciti (*implied terms*), applicano le varie regole ermeneutiche secondo quanto farebbe un *reasonable man* in quel contesto e in quelle circostanze. Ciò ha comportato l'accoglimento di molte regole, provenienti dal *ius commune*, compresa la *contra proferentem rule*³⁹.

Il vigente Codice civile italiano, se, da un lato, accetta (nell'art. 1366) il principio che il contratto vada interpretato secondo buona fede, conformemente al modello germanico, dall'altro, sulla scia di quello francese, all'interno dei dieci articoli sull'interpretazione dei contratti, ne colloca uno, il 1370, dove si enuncia il criterio dell'interpretazione contro l'autore della clausola. Tuttavia, il suo dettato riflette un'importante innovazione rispetto al quadro precedente, in quanto lo fa valere per le sole clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti⁴⁰.

Proprio per questo suo aspetto di rottura si è discussa la portata di tale articolo: parte della dottrina e la giurisprudenza la restringono alle sole tipologie contrattuali espressamente indicate, mentre, al di fuori di esse, l'interpretazione *contra proferentem* varrebbe solo come criterio suppletivo riconducibile al principio della buona fede

Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». Cfr. sul punto J. ELLENBERGER, § 157, in O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 176 ss.

³⁸ Si vedano, rispettivamente, l'art. 2 del Codice civile svizzero, l'art. 239, 2°c., del Codice civile portoghese e gli artt. 6.2, 2°c., e 6.248, 2°c., del Codice civile olandese. In ordine alla buona fede come direttiva di interpretazione del contratto, v. il quadro generale in H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 163 ss., 180 ss.

³⁹ Cfr., per tutti, C.-W. CANARIS, H.G. GRIGOLEIT, *Interpretation of contracts*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di A.S. Hartkamp, Nijmegen 2011, 608 ss.; H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 174 ss.

⁴⁰ Art. 1370: «(Interpretazione contro l'autore della clausola). Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro».

contemplato nell'art. 1366. Per contro, un altro orientamento dottrinario, minoritario e più legato alla tradizione, ritiene il dettato dell'art. 1370 valido per ogni ipotesi di clausola inserita in un contratto nell'interesse di una parte⁴¹.

La svolta rappresentata da questo articolo ha comunque anticipato la posizione di altri ordinamenti europei, che hanno sentito il bisogno di introdurre specificamente il canone interpretativo qui analizzato, quando hanno regolato, di solito con una legge speciale, il fenomeno dei contratti conclusi sulla base di condizioni generali di contratto (i contratti per adesione).

Ciò è avvenuto, ad esempio, in Germania con il § 5 della Legge sulle condizioni negoziali generali del 9.12.1976, incorporata poi nel *BGB* attraverso la Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 26.11.2001, e in Portogallo, dove l'interpretazione delle clausole ambigue dei contratti per adesione a favore della parte aderente è sancita dall'art. 11, 2°c., del Decreto – Legge n. 446/85 del 25 ottobre, contenente il regime giuridico generale di questo tipo di contrattazione.

Un passo decisivo verso la generalizzazione dell'interpretazione *contra proferentem* negli ordinamenti europei è stato fatto dal legislatore comunitario, che lo ha esplicitamente formulato per i contratti con i consumatori in vista di rafforzarne la protezione. Fondamentale è al riguardo la Direttiva CEE n. 93/13 del 5 aprile 1993, relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il cui art. 5 stabilisce l'interpretazione più favorevole per il consumatore in caso di clausole scritte oscure o ambigue, predisposte unilateralmente dal “professionista”⁴².

⁴¹ Sui vari orientamenti si veda la rapida rassegna contenuta in G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Art. 1370*, in *Commentario breve al Codice civile*, cit., 1469. Per maggiori approfondimenti si rinvia a R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1993, 398 ss. e F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2010², 456 ss.

⁴² Art. 5: «Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore».

Con il recepimento della Direttiva da parte dei Paesi comunitari, la regola è penetrata nei vari ordinamenti nazionali: si vedano, ad es., l'art. 35 del Codice del Consumo italiano (D. Lgs n. 206/2005), l'art. L.133–2 del Codice di Consumo francese, il § 305 c, 2°c., del *BGB* (che ha assorbito il già menzionato § 5 della legge del 1976), l'art. 2 della legge spagnola n. 7/1998 sulle Condizioni generali della contrattazione.

Infine, ritornando alla Francia, la riforma del 2016/2018, nel razionalizzare la materia dell'interpretazione dei contratti, ha ritenuto di conservare, nel nuovo art. 1190, il criterio *contra stipulatorem*, ma lo ha integrato, per i contratti di adesione, con quello sfavorevole all'autore della clausola⁴³.

Se volgiamo ora lo sguardo al processo di formazione di un diritto contrattuale sopranazionale, notiamo subito come si inclinino nettamente verso l'affermazione esplicita del nostro canone interpretativo in riferimento a tutti i contratti e non solo a quelli per adesione o con i consumatori.

Cominciando dai Principi *UNIDROIT*, l'art. 4.6 dispone una preferenza dell'interpretazione delle clausole contrattuali ambigue contro l'autore delle stesse sul presupposto del rischio che lo stesso deve sopportare per la mancanza di chiarezza della formulazione scelta⁴⁴. In ambito più strettamente europeo, è interessante esaminare la posizione assunta dal *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* del 2009, a completamento di quanto già previsto in precedenza dai *PECL*⁴⁵, e dalla successiva proposta di Regolamento co-

⁴³ Art. 1190: «Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé». Cfr. F. CHENEDE, *Le nouveau droit des contrats*, cit., 86 s.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.* 62 (2016), 438.

⁴⁴ Principi *UNIDROIT* 2016, art. 4.6 : «(Interpretazione contro l'autore della clausola). Se sono ambigue le clausole contrattuali stabilite da una parte, si dà preferenza ad una loro interpretazione sfavorevole a quella parte ».

⁴⁵ Il cui art. 5:103 enuncia: «(*Contra proferentem rule*). Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party which supplied it is to be preferred».

munitario relativo a un diritto comune europeo della vendita (*CESL Draft*), presentata nel 2011⁴⁶.

Nel primo progetto, all'interno del capitolo dedicato all'interpretazione dei contratti (libro II, capitolo ottavo), trova spazio anche il nostro canone ermeneutico, che, rispetto agli ordinamenti nazionali, viene formulato in modo più ampio, da un lato, e più mirato, dall'altro, rivelando, ancora una volta, un suo adattamento a nuove esigenze. L'articolo II. – 8:103, che se ne occupa, prevede due ipotesi⁴⁷: la prima, contemplata nel 1° comma, stabilisce che i dubbi interpretativi in ordine alle clausole non oggetto di trattative individuali vadano risolti preferibilmente in senso sfavorevole a chi le abbia predisposte. E qui, come è evidente, il raggio d'azione del criterio si riferisce alle sole clausole non negoziate, avendo in particolare di mira la contrattazione basata su condizioni generali o moduli e/o formulari.

La seconda ipotesi allude, invece, a quelle clausole inserite nel contratto per influenza dominante di una parte, che riesce ad imporre all'altra, e anche in tal caso, per le questioni relative al loro significato, si esprime una preferenza per l'interpretazione sfavorevole al contraente più forte. Quest'ultima previsione rappresenta una novità e ci fa vedere come il criterio interpretativo qui in esame si estenda, in caso di dubbio sul significato, dalle sole clausole predisposte in via unilaterale da un contraente a quelle che nei fatti una parte impone all'altra, pur negoziandole formalmente, sulla base di una situazione di rapporti di forza squilibrati fra le stesse⁴⁸.

⁴⁶ Per uno sguardo d'insieme a questi progetti europei mi si conceda di rinviare a A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 342 ss.

⁴⁷ «Interpretation against supplier of term or dominant party): art. II. – 8:103: (1) Where there is doubt about the meaning of a term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party which supplied it is to be preferred. (2) Where there is doubt about the meaning of any other term, and that term has been established under the dominant influence of one party, an interpretation of the term against that party is to be preferred».

⁴⁸ Cfr. il commento di C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE – NÖLKE, *Principles, definitions and Model Rules*, cit., 564 s.

Nella proposta di Regolamento comunitario, in tema di interpretazione del contratto, sono racchiusi gli articoli 61-*ter* e 62 (così come modificati dalla Risoluzione del Parlamento europeo n. 0159 del 26 febbraio 2014), i quali, nell'ordine, dispongono che, ove una clausola oscura sia inserita in un contratto tra un professionista ed un consumatore, prevale sempre l'interpretazione favorevole a quest'ultimo, a meno che non sia stata fatta inserire da lui, e che negli altri casi, l'oscurità delle clausole non negoziate individualmente, determina un'interpretazione sfavorevole al loro autore⁴⁹. Come si vede, si segue un doppio binario, differenziando lo stesso canone ermeneutico, a seconda che si tratti del settore consumeristico o no, prevedendo un regime di protezione più intenso per il primo.

5. *Prospettive e denominazione* – Dagli esempi ora menzionati si delinea, a mio avviso, con chiarezza quella realtà cui facevo allusione alla fine del § 2: la progressiva formazione di settori comuni (o comunque armonizzati) del diritto contrattuale europeo anche al di fuori del campo consumeristico, a prescindere dal naufragio dei vari progetti finora presentati. In particolare, come è noto, il Draft Common Frame of Reference sta esercitando una certa influenza sulle codificazioni nazionali: i nuovi Codici civili adottati dalla Romania nel 2011, dalla Repubblica Ceca e dall'Ungheria nel 2014 e la significativa riforma della disciplina contrattuale e delle obbligazioni, introdotta nel Codice civile francese nel 2016/2018,

⁴⁹ Art. 61-*ter*: «(Interpretazione a favore del consumatore). (1) In caso di dubbio sul senso di una clausola in un contratto fra professionista e consumatore, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore, salvo che la clausola sia stata predisposta da quest'ultimo. (2) Le parti non possono, a danno del consumatore, escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti»; art. 62: «(Clausole contrattuali non negoziate individualmente). Laddove vi sia una discrepanza, le clausole contrattuali negoziate individualmente prevalgono su quelle che non lo sono state in conformità dell'articolo 7. (1-bis) Qualora, nonostante l'articolo 61-*ter*, esista il dubbio circa il significato di clausole contrattuali non negoziate individualmente in conformità dell'articolo 7, prevale l'interpretazione sfavorevole alla parte che l'ha predisposta». Si vedano al riguardo le mie osservazioni in A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 344 s.

ne hanno, infatti, accolto molti punti. E non si può escludere che lo stesso avvenga anche nella graduale realizzazione di un mercato digitale unico (Single Digital Market), cui sembra tenere in modo particolare l'attuale Commissione europea, almeno stando ai suoi Programmi di lavoro (Work Program 2018 (COM (2017) 650 final), sfociati durante il 2019 nell'approvazione delle due Direttive su determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni mobili materiali (Direttiva 2019/771) e dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (Direttiva 2019/770).

Ribadisco dunque la mia convinzione che i Fondamenti di diritto europeo debbano svolgersi sul contenuto degli istituti giuridici, anche se non necessariamente privatistici, piuttosto che sulla genesi e sulle vicende in generale della storia del diritto europeo. Ciò facilita sicuramente una più precisa collocazione della materia in ambito scientifico e didattico, evitando le sovrapposizioni con i corsi di Storia del diritto, aventi normalmente ad oggetto tali argomenti, e con i corsi di Diritto comparato (Sistemi giuridici comparati, Diritto privato comparato, Diritto pubblico comparato), tendenti anch'essi molto spesso a fornire un confronto o in generale fra sistemi/ordinamenti contemporanei e/o loro singoli settori⁵⁰ oppure fra specifici istituti, senza preoccupazioni, se non marginali e sovente errate⁵¹, degli aspetti diacronici.

Sotto il profilo scientifico, inoltre, alla base di ogni ricerca in questa materia è indispensabile una solida formazione romanistica, l'unica che può permettere serie indagini sulle radici storiche ed una comparazione che non siano superficiali e di facciata. Credo, inoltre, che sia inevitabile toccare profili ed ambiti appartenenti ad altri settori scientifico – disciplinari, quando si vogliono ricostru-

⁵⁰ Paradigmatico in tal senso è il testo di V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino 2014⁵.

⁵¹ Clamorosa è, ad es., la grave imprecisione di H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 21, secondo i quali «a Roma ... quando il consenso informale delle parti era considerato sufficiente per far nascere un vincolo contrattuale, la conclusione avveniva comunque fra persone presenti», in aperto contrasto con i dati di Gai. 3.136 e I. 3.22.2.

ire percorsi diacronici; tuttavia bisogna anche essere pienamente consapevoli dei nostri limiti, non pretendendo di sostituirci ai loro studiosi, ma sfruttando le loro indagini per non commettere errori metodologici, quali “salti storici” o attualizzazioni, e registrando le opinioni maggiormente diffuse ed i risultati più condivisi, senza indebite invasioni di campo o sterili ed inutili polemiche.

Nella prospettiva locale della sede pisana, come già si accennava in fondo al §1, negli ultimi mesi si sono ottenuti importanti risultati con l'introduzione di Fondamenti nel *curriculum Diritto privato, diritto del lavoro e tradizione giuridica europea* del Dottorato in Scienze Giuridiche, e la sua previsione tra gli insegnamenti a scelta del corso triennale del DILPA.

Inoltre, uno spazio gli è stato riconosciuto anche nella nuova LM in Diritto dell'innovazione per l'impresa e le istituzioni, e, nel medio termine, mi proporrei di realizzare nella Magistrale quinquennale un suo rafforzamento a scapito del corso di Storia del diritto romano, cercando così di porre la nostra offerta formativa in linea con le scelte già compiute in altri Dipartimenti di Giurisprudenza.

DIRITTO ROMANO, FONDAMENTI E FONDAMENTALI

1. *I Fondamenti e l'Università di Brescia* – Nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, dove presto servizio, sono istituiti gli insegnamenti di Fondamenti del diritto europeo, presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali (SSPL), tenuto nel tempo dai colleghi Roberto Fiori e Antonello Calore, oltre che da me, e, dal 2015, Fondamenti europei delle obbligazioni, tenuto da me presso il Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza.

L'erogazione della didattica ha rapidamente reso evidente la necessità di differenziare l'approccio metodologico (così come gli stessi contenuti erogati) in questi due insegnamenti, pur sotto il comune ombrello dei *'Fondamenti'*. Infatti, se l'approccio dogmatico e il dialogo di correlazione tra le fonti romane e i Codici civili europei, così come anche i progetti di cd. *Soft Law*, rispondono ancora alle aspettative dello studente del IV anno di corso di laurea magistrale (dove è collocato l'insegnamento di *Fondamenti europei delle obbligazioni*), una indagine delle sentenze delle Corti italiane o anche europee mi è apparso, nel tempo, il modo migliore per rispondere alle esigenze dei perfezionandi, i quali, già laureati e alle prese con l'avvio della carriera forense, si dimostrano all'atto pratico più interessati a misurare i risvolti

applicativi della rimozione di quei filtri ideologici che il diritto romano offre rispetto alle decisioni dei casi concreti esaminati dai giuristi romani.

Più in generale, l'innesto di questi 'nuovi' insegnamenti nell'Ateneo bresciano ha voluto rispondere, oltre che all'istituzione dei *Fondamenti del diritto europeo*, sulla quale tanto si è detto e scritto, anche all'esigenza di soddisfare un bisogno di modernità e di adeguamento degli studi romanistici ad istanze del mondo contemporaneo, oltre che al dialogo con le altre discipline.

Tutt'altro che esclusa dagli intenti è stata la volontà di provare ad offrire agli studenti un percorso diverso, stimolandoli con la dimensione potenzialmente 'aperta' offerta dal respiro europeo, anche allo scopo di tentare di rispondere in qualche modo alla conclamata crisi che ha avviluppato negli ultimi anni gli studi giuridici nel loro complesso (v. *infra*, § 4).

2. *I Fondamenti tra storia e dogmatica* – La questione nella quale la dottrina, romanistica ma non solo, si dibatte da almeno tre lustri¹ è quale sia il contenuto di questo insegnamento: cosa dobbiamo insegnare ai nostri studenti dei *Fondamenti*?

Le risposte sono state varie e articolate, a tutti note, al punto che un loro riepilogo in questa sede appare inutile e soprattutto improduttivo, di fronte a posizioni che si sono in qualche modo incancrenite in una sorta di guerra di trincea tra (per usare una terminologia già di Koschaker) '*Historisierung*'² e

¹ Possiamo ravvisare il punto di partenza nel notissimo volume *Fondamenti del diritto europeo. Atti convegno Ferrara 2004*, a cura di P.P. Zamorani, A.D. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005.

² O, se si vuole usare una espressione solo apparentemente più morbida, lo 'studio della storia del pensiero giuridico romano': cfr. A. SCHIAVONE, voce *Diritto romano*, in *ED – Agg. VI* (2012), 1158 ss.; per ragioni di sintesi, ricordo qui soltanto alcuni degli autori (del resto noti a tutti gli specialisti) che, nel tempo, hanno condiviso questo orientamento, oltre a Schiavone, che probabilmente ne è l'esponente più conosciuto: cfr. P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inesistenza di una disciplina altra*, Milano 2009 (raccolta di scritti

‘Aktualisierung’³, dalla quale certamente non può sortire alcun effetto positivo non solo per il diritto romano, ma anche per gli studi giuridici in generale. Meglio è, mi pare, provare a mettere sul piatto una proposta, che viri in una nuova direzione tutto sommato ancora poco o punto esplorata.

Una breve premessa si rende però necessaria, che chiarisca i motivi per i quali un insegnamento, che svolge un ruolo così delicato

già editi in lingua tedesca); A. MANTELLO, *Diritto europeo e diritto romano: una relazione ambigua*, in *Fondamenti*, cit., 93 ss. (dove cfr. i rinvii ad altri lavori dello stesso a. pubblicati in *Diritto romano attuale*, 4 (2000), 37 ss. e in *Labeo* 48 (2002), 7 ss.); M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004, 70 ss.; T. GIARO, *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, in *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, a cura di P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, Roma 2005, 77 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo*, Torino 2006, 77 ss. e ID., *Un futuro senza storia?*, in *Index* 39 (2011), 43 ss. (dove cfr. il rimando ad altri contributi dello stesso a. sul tema).

³ Anche qui tralascio citazioni puntuali, che però possono leggersi in L. FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma 2013; mi piace in ogni caso qui ricordare (oltre agli aa. che menzionerò nel corso della trattazione) L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del giurista europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 295 ss.; ID., *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec – Roma, 10-11 ottobre 2015*, a cura di L. Vacca, Napoli 2017, 1 ss., le cui argomentazioni e le conclusioni mi trovano completamente concorde; e I. FARGNOLI, *Diritto romano e armonizzazione del diritto europeo*, *ibidem*, 145 ss. Rispetto a locuzioni come ‘neopandettismo’, o ‘metodo neoattualizzante’ coniate con un evidente intento spregiativo (invero tutt’altro che riuscito: cfr. M. TALAMANCA, *Considerazioni conclusive*, in *Fondamenti* cit., 40, il quale valutava come onorifico il titolo di ‘neopandettista’), meglio mi parrebbe adottare la ormai comune locuzione di ‘metodo storico-comparatistico’, che non consiste nell’applicazione della comparazione alla storia, ma nella combinazione tra il metodo comparatistico e quello storico: cfr. C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano 1999, 50 ss.; v. anche T. DALLA MASSARA, *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, in *Nel mondo del diritto romano* cit., 138 ss., il quale parla, a questo proposito, di «giocare nel centro del campo».

nella formazione del giurista contemporaneo, proiettandolo verso un futuro aperto ad una dimensione sovranazionale, possa essere utilmente erogato da docenti afferenti al SSD IUS/18.

Possiamo partire dalle parole del giurista romano Celso, il quale, con un brocardo che è poi divenuto celeberrimo, affermava che: *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*⁴.

E, sempre nella linea di risalire alla *vis legis*, nel 1956 Jean Gaudemet affermava che è senza dubbio possibile essere un buon giurista senza conoscere il diritto romano, ovviamente se intendiamo per 'giurista' un pratico che si limiti ad applicare e a far osservare le norme. Ma «si le véritable juriste est celui qui, non content de savoir appliquer le droit positif de son pays, veut connaître la raison et la valeur des règles, il est évident qu'il ne peut négliger les études historiques, ni les études comparatives de droit»⁵. Già qualche anno prima un indiscusso Maestro della nostra (ma non solo) disciplina, Giuseppe Grosso, aveva osservato come «la conoscenza e la prospettiva storica dà al giurista la piena conoscenza del valore della sua posizione e della natura del suo lavoro»⁶. Giovanni Pugliese ebbe a scrivere che: «non di rado, per attribuire a una norma del presente il suo esatto significato, è necessario o utile risalire ai significati che essa ha avuto nelle sue precedenti formulazioni, fino a quella originaria o fino alla concreta decisione, che è stata poi generalizzata dalla norma»⁷.

Su queste affermazioni, tutte in sé e per sé pienamente condivisibili, getta luce lo stesso Pugliese, facendole riflettere di un nitore dogmatico che è difficile non condividere; secondo questo studioso, infatti, nel nostro essere storici del diritto l'analisi filologica è indubbiamente indispensabile; però, se si tralascia l'aspetto

⁴ Cfr. D. 1.3.17 (Cels. 26 dig.).

⁵ Cfr. la risposta di J. GAUDEMET, *Studio e insegnamento del diritto romano. Inchiesta: prima puntata*, pubblicato in *Labeo* 2 (1956), 72.

⁶ Cfr. G. GROSSO, *Problemi e visuali del romanista*, in *Jus* I 3-4 (1950) (poi in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, Milano 1954, e in *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, 244, da cui cito).

⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Il significato dell'insegnamento del diritto romano oggi*, in *Romanitas* 9 (1971), 447 ora in *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli 1985, 411.

giuridico, si perviene a conclusioni formalmente anche impeccabili, ma che risulteranno prive di basi non appena si facciano i conti con il diritto⁸. Spesso i giuristi cd. positivi si rifugiano nella dogmatica, per coprire la loro ignoranza della storia, e, quindi, della *vera ratio* intrinseca a un istituto o a una norma: si corre così il rischio di creare soluzioni artificiali, per la mancata conoscenza dell'evoluzione storica di un istituto, che meglio potrebbe disvelare la migliore soluzione del problema, che sta nella storia dell'istituto medesimo o nella storia delle soluzioni che all'istituto sono state date nel corso del tempo⁹.

Enuncio subito la mia posizione, che, sposando in pieno le affermazioni appena illustrate, tenterà di aggiungere un piccolo mattoncino all'edificio da esse costruito: a mio avviso, la limitazione dello studio del diritto romano al profilo storico, pur essenziale nella ricostruzione degli istituti che in quella esperienza giuridica possiamo ricostruire, ingenererebbe un pericoloso isolamento della nostra disciplina e una (a mio parere insidiosa e deprecabile) deriva verso gli studi di antichistica, facendo perdere ai romanisti la loro imprescindibile dimensione di giuristi, concretizzandosi quasi in un desiderio di auto-disintegrazione, che efficacemente è stato qualificato come un *cupio dissolvi*¹⁰.

La polemica è antica e nota: non intendo soffermarmi oltre. È, però, a mio avviso, un modo del tutto parziale e, tutto sommato, poco rispettoso quello di valutare questa impostazione in termini

⁸ G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di storia del diritto* 5-6 (1961-62), 111, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, cit., 69.

⁹ Sono parole che, sebbene (da me spero non troppo malamente) parafrasate, riflettono sempre il pensiero di Pugliese, almeno se ho ben inteso quanto riferito dal suo allievo C.A. CANNATA, *Giovanni Pugliese a dieci anni dalla sua scomparsa*, in *Rendiconti – Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno 153, Classe sc. mor. stor. e filol., serie IX, vol. XVII, fasc. 4, Roma 2006, cito da *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino 2012, 605 s.

¹⁰ Cfr. V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Europa e diritto* (2005), 376 ss., ora in ID., *Questioni di diritto*, Milano 2007, 21.

di «scorciatoia dell'attualizzazione»¹¹; al contrario, non mi appare revocabile in dubbio il fatto che il diritto romano, con la sua sistematicità, con la sua connaturata dimensione internazionale, con la sua portata universale, che permette di incontrarlo in quasi tutte le aree geografiche del mondo, abbia offerto e ancora offra un fertile terreno di coltura per la formazione dei giovani giuristi, il migliore possibile per quello che, a quasi quindici anni dal suo varo, possiamo qualificare come un esperimento riuscito.

Mi sforzerò di chiarire il punto nelle prossime pagine.

3. *Quale diritto e quale Europa?* – Nella attuale temperie, la dimensione sovranazionale, che il legislatore ha voluto identificare con l'Europa già nella denominazione dell'insegnamento di cui qui discutiamo (Fondamenti del diritto europeo), appare imprescindibile.

Invero è difficile non concordare con l'esigenza di formare oggi dei 'giuristi europei', «intesi nel senso di giuristi non chiusi in ambiti disciplinari specializzati, ma consapevoli di una sorta di missione sovranazionale, in cui ordinamenti interni ai singoli Stati e ordinamento dell'Unione si integrano, appunto, in una società caratterizzata sempre più dal pluralismo, aperta e inclusiva»¹².

I problemi cominciano già quando ci si spinga a cercare di delineare quale sia questo diritto europeo. Per anni, infatti, i giuristi di vari ambiti disciplinari si sono interrogati su quali competenze debba avere tale giurista, e, in particolare, su quale materiale egli debba essere formato. È evidente, infatti, che se si pensa che il 'diritto dell'Europa', debba essere il 'diritto dell'Unione Europea', il rischio è di far perdere il giurista, della cui formazione si discute, in un labirinto senza uscita.

¹¹ Così v. M. BRUTTI, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino 2016, 297.

¹² Cfr. L. MOCCIA, *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive*, in *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, III, a cura di A. Miranda, Torino 2015, 275; v. anche ID., *Formazione di (un giurista e di) un diritto europeo*, in *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano 2005, 973 ss.

Già da qualche lustro, infatti, la produzione legislativa europea ha subito una crescita imponente, che rimbalza negli ordinamenti interni, nei più disparati settori, come ben sa qualsiasi operatore giuridico (avvocato, giudice o notaio, che sia), ma anche economico (manager, CEO ecc.). Giustamente è stato sottolineato che esiste ormai una massa imponente di norme, adottate sulla base dell'attribuzione di competenze all'Unione, aventi di mira l'instaurazione e il funzionamento del 'mercato interno' (o 'mercato unico'), inteso come «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», mediante il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri»¹³. Si tratta, a mio avviso, di un approccio centralistico-burocratico e, quindi, in un certo senso artificioso e settoriale, oltre che con ambiti di intervento frammentari; esso, quindi, risulterebbe poco produttivo per un giurista in formazione e lascerebbe comunque inevasa la necessità di fornire al giurista (presente o futuro) una sorta di bussola, una guida che, come il viaggiatore di oggi, che può accedere a ogni luogo del globo, orienti il viaggiatore del diritto per non farlo sentire spaesato.

Un altro e diverso modo di intendere il 'diritto europeo' potremmo definirlo *bottom up*, cioè risalente induttivamente dal basso. Tale accezione coinvolge nozioni, regole e istituti di rilevante interesse comparativo, e si lega all'idea del '*learning from Europe*', cioè di una sorta di 'effetto di ritorno' legato alla comunicazione tra giuristi e operatori del diritto, che efficacemente è stata definita come un processo di 'europeizzazione dal basso'¹⁴. Anche questo approccio, però, pone alcuni problemi, che, a mio avviso, ci riportano al punto di partenza. Infatti, ritengo che non sia adeguato lasciare questo momento

¹³ L. MOCCIA, *Formazione di un giurista* cit., 266; ID., *Formazione di (un giurista e di) un diritto europeo* cit., 982.

¹⁴ L. MOCCIA, *Formazione di un giurista* cit., 266; sul concetto, cfr. soprattutto N. BURROWS, *European Community: The Mega Mix*, in *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, a cura di E. Örüçü, E. Attwooll, S. Coyle, The Hague-London-Boston, 1996, 297 ss.; J.A. USHER, *General Principles of EC Law*, London-New York 1998; *General Principles of European Community Law*, a cura di U. Bernitz, J. Nergelius, The Hague, 2000.

formativo del così inteso ‘diritto europeo’ sostanzialmente nelle mani degli avvocati o dei pratici, ma sia piuttosto da perseguire una interazione tra il momento della ‘pratica’ e il momento della ‘scuola’. Il diritto, infatti, qualsiasi sia il suo percorso formativo, la sua fonte, non può fare a meno dell’opera adeguatrice del giurista, che quotidianamente filtra il materiale giuridico e lo adatta al contesto nel quale esso deve trovare applicazione. Il rischio che si corre nell’adottare un mondo di regole senza la mediazione del giurista è quello di avere degli ottimi standard, dotati anche di una certa efficacia, ma privi di sistematicità, di ordine, di raccordo, e, potenzialmente, perfino contraddittori, al limite della inapplicabilità (v. *infra*, § 5).

E il giurista deve essere un giurista competente, cioè un giurista in grado di assolvere a tale gravoso compito di cogliere il precipitato delle singole norme ed elevarle a principio generalizzabile e generalmente applicabile. E questo è un compito di formazione, che è essenzialmente nelle nostre mani e non può e non deve essere ceduto nelle mani dei pratici o, peggio, di chi giurista non è.

E allora siamo di nuovo al punto daccapo: come dobbiamo formare questo giurista europeo?

4. *Fondamenti e fondamentali* – 4.1 *La recessione degli studi giuridici e le sue cause: la crisi dello ‘Stato’* – Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente non fanno che dare conto di come la questione dei Fondamenti (del diritto europeo) sia piuttosto complessa.

Il rischio concreto è quello che, per avere di mira la questione del ‘contenuto’ dei *Fondamenti*, ci si smarrisca in lotte intestine tra giuristi di vari SSD o, addirittura, del medesimo ambito disciplinare, perdendo di vista il vero ‘punto fondamentale’ della questione, che riguarda una conclamata e generalizzata crisi degli studi giuridici in Italia.

Gli ultimi dati mostrano come in Italia la scelta dei Corsi di Studi in materia giuridica sia assolutamente recessiva¹⁵. Ciò, a mio

¹⁵ In dieci anni gli studenti immatricolati nelle lauree magistrali a ciclo

avviso, è dovuto, semplificando al massimo, essenzialmente a due fattori: (1) la crisi del modello ‘Stato’, alla quale si deve la creazione di una sorta di vuoto, in cui si sono inseriti i valori propugnati dalla (2) cd. globalizzazione, che impernia la costruzione di un nuovo ordine mondiale non più sui valori veicolati dal diritto, ma piuttosto su imperativi prettamente economici¹⁶.

Affronto brevemente il primo punto. Il diritto precede l’avvento degli Stati; da Roma all’Evo intermedio esso si è svolto, fondamentalmente, come diritto consuetudinario, a formazione spontanea, la cui sistemazione è stata opera dei giuristi, nelle cui mani era consegnato il progresso della scienza e il fondamento stesso della libertà degli individui¹⁷.

unico in giurisprudenza si sono praticamente dimezzati, passando dai 27.274 del 2008 ai 16.683 del 2017 (il numero tiene sostanzialmente fino al 2012 assestandosi intorno ai 26.000 e poi crolla drasticamente e costantemente nel tempo: 22.116 nel 2013; 20.489 nel 2014; 18.120 nel 2015; 16.989 nel 2016); né va meglio se si considerano tutti gli iscritti a corsi giuridici, i quali passano dai 33.360 del 2008 ai 20.106 del 2017, con un calo di circa il 40%. Dati ISTAT.

¹⁶ Ovviamente mi riferisco a quella che R. BALDWIN, *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge (MA) 2016 (Harvard Univ. Press), cito dalla trad. it. *La grande convergenza. Tecnologie informatiche, web e nuova globalizzazione*, Bologna 2018, 15 ss. e 150 ss. chiama la ‘nuova globalizzazione’ guidata, sul finire del XX secolo, dallo sviluppo dell’ICT (in contrapposizione alla ‘vecchia globalizzazione’ di fine Ottocento, trainata dall’abbattimento dei costi di trasporto): quest’ultima, grazie alla ‘delocalizzazione’ e alla circolazione delle idee e del know-how, ha portato a quello che sempre questo studioso definisce la ‘grande convergenza’, conseguenza della quale sono state e sono la crescita e l’industrializzazione dei paesi che prima erano ai margini dell’economia mondiale e la deindustrializzazione delle nazioni sviluppate.

¹⁷ Si legge nelle opere non di un romanista, ma di un privatista che le garanzie di stabilità di questo processo sono state l’universalità del diritto romano e la sua capacità di porsi come fondamento del diritto moderno, le quali, a loro volta, dipendevano proprio dalla natura di diritto indipendente da ogni costituzione politica che deve riconoscersi al sistema giuridico fondato a Roma: cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto* 40 (2009), 177 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2009 (ma di questo a. è facilmente reperibile in rete [[www.unibo.it/it/allegati/Globalizzazione de imercatie universality delldiritto Fra.doc](http://www.unibo.it/it/allegati/Globalizzazione%20de%20imercatieuniversalitydelldirittoFra.doc)]) anche un altro saggio dal titolo

A Partire dalla pace di Westfalia, si è imposto un nuovo modello riordinatore delle democrazie mondiali, quello dello Stato: tale modello, che tentava di dare risposte concrete alle esigenze di governo della cosa pubblica nell'interesse e nel rispetto del maggior numero di individui possibile, dal punto di vista giuridico ha finito per consegnare nelle mani del neo-nato organismo (lo Stato, appunto), il monopolio totale della produzione del diritto. Nel suo affermarsi, infatti, esso ha voluto segnare una «cesura rispetto ad una fase storica, che aveva esaltato una comune identità giuridica dei popoli europei, in cui sovrani, tribunali e giuristi ricevevano e applicavano il diritto romano a sostituzione o integrazione dei diritti locali, considerandolo manifestazione di una civiltà superiore e universale, rispetto a quelle autoctone»¹⁸. Si è determinata così la nascita di una sorta di 'assolutismo legale', il quale ha comportato, oltre che la creazione di un mercato distacco tra governanti e governati¹⁹, una scissione *tranchant* tra l'ordinamento interno, fondato sulla propria sovranità, e un ordine internazionale che, non riuscendo più a essere dotato di effettività, si è diluito per anni nel gioco incrociato dei buoni o cattivi rapporti tra Stati assolutamente sovrani²⁰.

Si è così consolidato un processo per cui la forza dogmatica del diritto (e del diritto romano *in primis*), fondata su valori come il *bonum et aequum*, la razionalità, il ruolo dei giuristi come *sacerdotes* ecc., è stata assorbita dall'autorità della legislazione statuale, per cui l'imperatività della legge ha sostituito la razionalità propria dell'argomentare dei giuristi²¹. Rispetto al diritto statuale, giudici e soprattutto giuristi si sono, più o meno consapevolmente, ridotti al mero rango di interpreti non propositivi, ma soltanto interpretativi di un dato normativo

Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto e dal medesimo contenuto.

¹⁸ Cfr. F. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@Storia* 5 (2006), § 6.

¹⁹ Cfr. S. TAFARO, *La democrazia ricorrente. Democrazia o oligarchia?*, in *Civitas et lex*, 2 [6] (2015), 39 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. specialmente C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 1949, 7 ss.; A. D'ORS, *Jus Europaeum*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, I, Milano 1954, 457.

²¹ Cfr. A. D'ORS, *Jus Europaeum*, cit., 461.

eteroimposto e soprattutto da loro non modificabile, e difficilmente modellabile²². Si è identificato il diritto con la legge, la consuetudine è regredita e si è persa l'universalità del diritto; si è, di conseguenza, aperta una contraddizione evidente tra il diritto, che si è frammentato sempre di più, e il commercio, che invece ha finito per dilatarsi in ambiti sovranazionali.

Si è così portato alle estreme conseguenze un fenomeno abbastanza evidente, che invero affondava le sue radici ancora più indietro nel tempo²³, per cui il diritto ha perso nettamente quota all'interno delle scienze sociali. Tale fenomeno ha finito per essere ancor più esasperato negli anni successivi. Infatti, anche lo Stato (e il modello di creazione/interpretazione/adequamento del diritto ad esso collegato) ha dimostrato di non riuscire a resistere ai colpi del tempo. In Europa, di crisi dello Stato si parla già dai primi decenni del secolo appena trascorso: celeberrima, in Italia, è la prolusione di Santi Romano, pronunciata nel 1909 a Pisa²⁴, nella quale lo studioso invocava la crisi dello Stato, fondata, a suo avviso, sul progressivo organizzarsi di particolari interessi sociali che mettevano in crisi il rapporto, già di per sé tutto sbilanciato, del singolo individuo con lo Stato medesimo²⁵.

²² Certo oggi nessuno può più credere che i giudici siano solo la «bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore» (il riferimento è, come è chiaro a tutti, all'*Esprit de lois* di Montesquieu del 1748; la traduzione è tratta dall'edizione italiana curata da D. Felice, Milano 2014, lib. 11, cap. 6); per una critica, che ne certifica il superamento, cfr., *ex multis*, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealistica del potere*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e P. Guastini, Torino 2004, 2 ss.). Però è innegabile la progressiva perdita di potere da parte dei giuristi in favore del monopolio statale di produzione del diritto, che giustamente è stata qualificata come un «accidente storico» (cfr. F. GALGANO, *supra*, nt. 16).

²³ Non è un caso che, ad esempio, Diderot e d'Alembert abbiano inserito solo la voce diritto naturale nella loro enciclopedia, testimoniando così come tra la fine del Settecento e l'Ottocento il diritto avesse già perso quota tra le scienze sociali.

²⁴ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909*, Pisa 1909.

²⁵ Il tema è poi stato ripreso da Giuseppe Capograssi nel 1921, da Gior-

Peraltro, non si può ignorare come il modello qui in discussione (cioè lo Stato) abbia dimostrato, e per ragioni diverse, una sua totale inadeguatezza in alcune zone del mondo nelle quali si è tentato di trapiantarla, come in Africa²⁶ o in America Latina²⁷.

Se si riflette sul fatto che è stato il nazionalismo a creare le nazioni, e non viceversa²⁸, non si faticano a comprendere non solo

gio Del Vecchio nel 1933 e da altri in tempi più recenti (Opocher, Tarello, Mazzacane, Ferrajoli, Cassese, Grossi), che non cito qui nel dettaglio, sia perché si tratta di lavori a tutti noti, sia per non appesantire oltremodo il discorso.

²⁶ In Africa, il modello 'Stato' era stato imposto dalle potenze colonizzatrici, praticamente a tavolino, su una serie di realtà disaggregate, tribali, locali, governate da logiche tutt'affatto diverse, così che la sua implosione e la sua direi quasi conaturata insufficienza è stata praticamente un risultato inevitabile, che abbiamo ancora oggi tutti sotto gli occhi, con conflitti, guerre, povertà e sottosviluppo.

²⁷ In America Latina, lo Stato si è impiantato, a partire dal XIX secolo, su una precedente ripartizione in unità amministrative, propria dell'organizzazione spagnola, e con una sostanziale assenza di nazioni (cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index* 14 [1986], 6); da qui la diffusa instabilità nel Nuovo Mondo del modello 'statuale' sentito quasi come eteroimposto, ma di fatto inadatto a regolare adeguatamente la realtà sociale sottostante, che nel frattempo aveva conosciuto uno sviluppo che la aveva portata molto lontano dal modello costituito dalla madre patria europea: i colpi di stato, le rivoluzioni, le instabilità politiche che hanno attraversato l'Ottocento e il Novecento in questa parte di mondo sono, a mio avviso, una sostanziale conseguenza di questa situazione (cfr. R. CAMPA, *Perfil político de América Latina*, in *Revista de literatura hispánica* 71/72 [2010], 360). Dal punto di vista giuridico, ciò costituisce una evidente testimonianza della mancanza di forza espansiva del 'modello Stato', che non è riuscito a chiudere al suo interno il diritto, il quale, a differenza di quanto avveniva negli stessi anni in Europa, si è ivi mantenuto a un livello per così dire diffuso, sovranazionale pur nella vigenza e nell'effettività degli ordinamenti nazionali: cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di una proposta di codificazione dei 'principi generali del diritto latinoamericano' nell'art. VIII del Tit. prel. del Codice civile del Perù del 1984*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, II, Milano 1998 (trad. spagn. in *Código civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas. Congreso internacional*, I, Lima 1995, 13 ss.), ora in ID., *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino 1999, 179; ID., *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Rivista di diritto civile* 40/2 (1991), ora in ID., *La codificazione*, cit., 137.

²⁸ E.J. HOBBSAWN, *Nation and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality*, Cambridge Univ. Press 1990, trad. it. *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, Torino 1991.

l'implosione interna dello Stato, ma anche il verificarsi di alcuni fenomeni disgregativi a cui abbiamo assistito negli ultimi anni nel vecchio continente²⁹, così come anche l'insufficienza (o la diffusa percezione della insufficienza) del fenomeno aggregativo della Unione Europea, di cui la recente Brexit è una delle tante e più evidenti testimonianze.

4.2 *La recessione (segue): la globalizzazione e i suoi 'fondamenti' economici*

– In questa sorta di vuoto lasciato dal recesso del modello dello Stato, con il suo fondamento sul diritto, si è inserito il fenomeno moderno, prettamente economico, della globalizzazione, che ha agito come un acceleratore del processo in corso³⁰.

Oggi nel mondo gli Stati nazionali sono circa 200; erano circa 1000 nel XIV secolo e più o meno 500 nel XVI. Però, pur di fronte al diminuito numero, la descritta, progressiva, perdita di potere dello Stato medesimo, è stata di fatto esponenzialmente acuita da una continua sottrazione di sovranità da parte di un alto numero di imprese multinazionali e organizzazioni internazionali, sovra o meta-statali, le quali condizionano e influenzano i pubblici poteri statali, perché concludono trattati e producono norme, elaborano standard, contribuiscono a trasformare l'organizzazione interna degli Stati stessi, stabilendo regole che si applicano direttamente a soggetti privati, di fatto bypassando il controllo statale³¹, dando luogo a un fenomeno che potremmo definire di «autopoiesi giuridica»³².

²⁹ Dalla ex URSS, alla ex Jugoslavia, ma fino alla divisione tra Repubblica Ceca e Slovacchia; non estranei a questi fenomeni appaiono movimenti di senso opposto, come la cd. 'riunificazione' della Germania.

³⁰ Afferma F. GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del diritto* (2003), 1 e 8, che il diritto, frantumatosi negli Stati nazionali, perde di universalità, soprattutto nei confronti dell'economia, per la quale il concetto di *homo oeconomicus* garantisce, al contrario, la universalità.

³¹ Cfr. S. CASSESE, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla 2012, trad. it. *Chi governa il mondo?*, Bologna 2012, 7, 17 e 35

³² Così cfr. N. IRITI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Il diritto frammentato*, a cura di A. Febbrajo e F. Gambino, Milano 2013, 6; lo stesso a. definisce

Il potere economico, così come quello giudiziario (e pure quello giuridico) sfuggono oggi sempre più dal controllo dei singoli Stati, che si trovano in un vortice di continua e quasi inarrestabile delegittimazione, così che il loro margine di manovra appare sempre più limitato e in qualche modo nelle mani di istanze private³³. Assistiamo ad una evidente deterritorializzazione dell'economia, la quale guarda all'intero mondo e non più al singolo Stato come destinatario finale dei propri prodotti, e quindi tende a superare, dall'interno o dall'esterno, l'organizzazione stessa che i singoli Stati si sono dati³⁴. Tale deterritorializzazione ha comportato il venir meno del classico triangolo economia-spazio-potere³⁵, accentuando quel processo di decadenza dello Stato nazionale, che, come abbiamo visto, era in corso già da tempo. È stato efficacemente detto che le leggi dei singoli Stati, per potenti che essi siano, fanno pensare «al ruggito del topo», perché agiscono su un minuscolo frammento del mercato, che ha invece una dimensione planetaria, e sul quale esse non possono efficacemente incidere³⁶.

efficacemente questo fenomeno, per cui la creatura si fa creatore, dimenticando la sua origine e la sua derivazione, come un «misto di mitologia europea e di arcaico giusnaturalismo»: cfr. N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (2009), 1243 ss., ora in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011, 125 ss.

³³ La risoluzione delle controversie sul commercio internazionale viene oggi affidata non già a organi giurisdizionali acconciati a tal uopo dagli Stati nazionali, ma piuttosto dal potere giudiziario privato, nelle mani di grandi studi privati, che sono in grado di gestire l'ordine degli arbitrati internazionali. Agenzie di valutazione del debito, come *Moody's* o *Standard & Poor's* svolgono una funzione di sorveglianti dell'economia globale ma anche della credibilità dell'economia dei singoli Stati: cfr. A. DIACONO, *La crisi dello Stato nazione nell'epoca della globalizzazione: Bauman, Beck e Giddens a confronto*, reperibile in rete all'indirizzo www.filosofico.net/inattuale/crisi_stato.htm.

³⁴ Illuminante, ancora una volta, N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2001, 4 ss.

³⁵ Su questi problemi, v. in particolare S. LATOUCHE, *L'Occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris 1989, trad. it. *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino 1992; P.L. ZANCHETTA, *Lo Stato-nazione tra multiculturalismo e globalizzazione. Analisi e proposte di Jürgen Habermas*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza* (2000) fasc. 1, 12.

³⁶ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto*

Il sociologo tedesco Jürgen Habermas³⁷, parla a questo proposito di un ‘terzo livello’, il livello, cioè, in cui gli imperativi economici e amministrativi trasmessi attraverso il potere e il denaro si introducono in altri ambiti, finendo per prevalere. Lo Stato attualmente vive, e per le diverse ragioni illustrate, una vera e propria crisi di legittimità, perché non appare più in grado né di comporre quelle diversità che ne costituiscono in qualche modo il cuore³⁸, né di governare i processi che coinvolgono i propri cittadini, processi che ormai si muovono su una scala ‘globalizzata’ a livello mondiale.

5. *La necessità di un recupero del giuridico passa (anche) attraverso i ‘Fondamenti’* – Di fronte al venir meno del paradigma dello Stato e alla contemporanea inconsistenza di istituzioni sovranazionali, come le Nazioni Unite³⁹, viviamo in una sorta di predominio

e Impresa 16 (2000), 189 ss. Afferma questo a. (F. GALGANO, *Globalizzazione dei mercati* cit.) che il grimaldello che ha scardinato la chiusura territoriale della sovranità nazionale, quella che permetteva cioè ad ogni Stato di legiferare in autonomia, regolando attraverso tale attività la quasi totalità dei fenomeni in atto sul proprio territorio, è stata, dunque, la pervasione su ordine mondiale di modelli contrattuali ed economici che hanno tagliato trasversalmente la sovranità territoriale, privando gli Stati del controllo totale delle norme applicabili (o meglio: di fatto applicate) al loro interno.

³⁷ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1996, trad. it *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano 1998, 280, a giudizio del quale gli imperativi economici e amministrativi trasmessi attraverso il potere e il denaro si introducono, in altri ambiti che in un certo qual modo vengono danneggiati se si rimpiazza l’agire orientato all’intesa (che egli definisce ‘agire comunicativo’) con queste interazioni orientate in modo strategico (che chiama ‘agire strumentale’) da media, potere e denaro.

³⁸ Cfr. F. VIOLA, *Introduzione*, in *Ars interpretandi – Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, XVI (2011), 7 ss., a giudizio del quale la globalizzazione ha accentuato quella sostanziale perdita di identità dello Stato, già in corso da almeno un secolo, perché quest’ultimo non si dimostra più in grado di assicurare una pacifica convivenza politica (non etnica, né morale) tra i ‘diversi’ da cui esso è formato: in buona sostanza, la globalizzazione ha finito per esaltare, fino a portarle quasi al punto di rottura, quelle differenze che per lungo tempo lo Stato si era dimostrato in grado di sistemare.

³⁹ Queste ultime assomigliano, per vari aspetti, più ad una sorta di otto-

mondiale del liberismo⁴⁰, per cui noi oggi faticiamo a comprendere che possa esistere un diritto senza uno Stato (o, meglio, 'oltre' lo Stato)⁴¹, o senza un potere che lo renda effettivo, cosa che invece (v. infra, il paragrafo successivo) ancora poco più di due secoli fa costituiva una affermazione elementare.

Il governo del mondo ha perso il suo ordine sistematico; esso non è più organizzato né unitario⁴², e soprattutto non appare più essere nelle mani dei popoli, quanto piuttosto nelle mani di istanze sovranazionali (o, per usare la terminologia del precedente paragrafo, globalizzate)⁴³, che traggono la loro forza propulsiva

centesca Santa Alleanza che non alla precedente Società delle Nazioni: cfr. D. ZOLO, *Cosmopolis – La prospettiva del governo mondiale*, Milano 1995.

⁴⁰ L'individualismo di matrice neoliberista, antistatalista, ha finito per favorire il fenomeno della globalizzazione, che vede nel mercato l'unico strumento demiurgico di efficienza; un collegamento tra globalizzazione e sistema individualista della modernità in uno stadio molto avanzato coglie recentemente U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Troina 2002, cap. III e V. Proprio nel dilagare del liberismo taluno ha voluto vedere il più grave impedimento all'adozione di misure di controllo di puro buonsenso: cfr., con riferimento alla cd. *Tobin Tax*, che imponeva una modesta tassazione sulle transazioni finanziarie internazionali, A.C. MICHALOS, *Un'imposta giusta: la Tobin tax. Tassare le operazioni finanziarie per costruire una finanza etica*, Milano 1999 (trad. it).

⁴¹ Cfr. per es. E. POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago Ill. 2009, per il quale non ha senso parlare di un ordinamento giuridico globale, perché non può esistere un diritto senza un legislatore, un potere esecutivo, delle corti ecc. (Posner giunge fino a suggerire la cessazione di dibattiti sul punto, allo scopo di risparmiare energie intellettuali che potrebbero essere destinate in modo migliore); sostanzialmente concorde S. CASSESE, *Chi governa il mondo?* cit., 43, il quale giudica come «primitivo» (e per queste stesse ragioni) il concetto di ordinamento giuridico globale. Mi pare però che il concetto di diritto debba e possa essere disgiunto dal momento applicativo. Per una critica, v. anche la *Recensione di J. P. TRACHTMAN*, in *European Journal of International Law* 20 (2009), 1623 ss.

⁴² S. CASSESE, *Chi governa il mondo?* cit., 23.

⁴³ I.D. MORTELLARO, *Le istituzioni della mondializzazione*, in P. Ingraio, R. Rossanda, *Appuntamenti di fine secolo*, Roma, 1995, 224 ss., il quale parla addirittura di un «Direttorio planetario»; S. SASSEN, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1996, trad. it. *Fuori controllo. Mercati finanziari contro Stati nazionali: come cambia la geografia del potere*, Milano 1998.

dal potere economico, piuttosto che da una legittimazione giuridico-democratica⁴⁴. Esso assomiglia sempre di più ad una sorta di anarchia feudale⁴⁵, in cui le singole istanze o i singoli potentati dettano le regole e i principi che più rispondono alle loro convenienze economico-affaristiche, senza curarsi del rispetto dei principi base che, veicolati dalla tradizione del diritto romano, si sono affermati in una grande parte del mondo (solidarietà; rispetto del più debole; ruolo centrale della persona umana; affidamento ecc.). La logica del profitto, del guadagno a tutti i costi, della crescita costante e inarrestabile⁴⁶ è quella che oggi governa il mondo, tramite le istanze sopra menzionate. In questo schema il diritto non serve più a tutelare il più debole, a lavorare per il rispetto delle minoranze, ma serve piuttosto ad elaborare schemi uniformi che favoriscano l'eliminazione di differenze, viste come un ostacolo al 'buon funzionamento' di questo fenomeno⁴⁷. Le regole giuridiche vengono inventate, elaborate, adattate non più per governare la vita delle persone, quanto piuttosto per rispondere a tali bisogni etero-indotti, e a favorire il profitto e il guadagno di chi produce e di chi finanzia la produzione⁴⁸; si apre la

⁴⁴ Cfr. M. REVELLI, *La globalizzazione. Definizione e conseguenze*, in *Teoria politica* (2002), fasc. 3, 55 ss.

⁴⁵ K.F. WERNER, *Naissance de la noblesse. L'essor des élites politiques en Europe*, Paris 1988, trad. it. *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite politiche in Europa*, Torino 2000, 58.

⁴⁶ Sottolinea opportunamente N. IRTI, *Geodiritto*, in ID., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, s.d. (ma 2007), 28 s. che questo «mercato degli ordini giuridici» non sorge spontaneo e naturale, ma è il frutto di una precisa decisione politica, quella con cui «la classe politica rinuncia a governare l'economia, e si fa governare da essa».

⁴⁷ Della *lex mercatoria* come «non luogo del diritto» parla da ultima M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazio globale*, Roma-Bari 2006.

⁴⁸ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto*, in *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna 2009, 34, parla di un diritto creato non *ex ante*, ma *ex post*, che garantisca razionalmente il 'buon funzionamento' sulla base di regole disparate, che si irradiano dalla molteplicità dei centri di produzione delle norme, la cui concreta giustizia sarebbe garantita solo dalla vicinanza al caso concreto, senza il bisogno o la necessità di indulgere a principi o norme predeterminate.

caccia al rimedio concreto, più che al principio di diritto, quasi a evocare un giusrealismo di frankiana memoria⁴⁹.

Assistiamo alla imposizione di un modello culturale pervasivo, che tende alla omogeneizzazione, alla creazione di un mercato globale, nel quale sia più facile vendere i prodotti delle aziende che liberamente operano nel mercato. Si decide una certa linea produttiva, si elaborano schemi di comportamento uniformi, si spostano capitali e si creano così bisogni 'globali', che i singoli uomini in ogni parte del globo si affannano ad inseguire. Si è spostato il focus della tutela a cui deve guardare il diritto dal singolo individuo alle multinazionali. Si è privilegiata l'efficienza rispetto alla tutela del più debole, il funzionamento 'purché sia' rispetto al 'buon' funzionamento, il decisionismo rispetto alla protezione delle minoranze, l'imposizione di regole non condivise, rispetto alla mediazione e al compromesso. Mi pare, pertanto, che colga nel segno chi definisce la globalizzazione come una sorta di passaggio di consegne dallo Stato al Mercato, visto come strumento unico per garantire l'efficienza dei processi⁵⁰.

Ma vi è di più. Questo 'diritto globale' è un insieme di regole assolutamente privo del carattere della organicità, un processo prettamente economico, che coinvolge tutto il mondo conosciuto, ma non per questo si connota di caratteri di universalità⁵¹ e che, proprio

⁴⁹ Il riferimento, come è noto, è a J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, sebbene la matrice americana del giusrealismo sia più risalente; sul concetto, cfr. *ex multis*, M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 2014, 82.

⁵⁰ Cfr. G. GOZZINI, *La parola globalizzazione*, in *Passato e presente* 21 (2003) n. 58, 5. Sul punto, cfr. soprattutto S. STRANGE, *The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge 1996, trad. it. *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, Bologna 1998, la quale per prima, già nel 1996, aveva intuito che gli Stati non erano più l'unico attore delle relazioni internazionali, e che le istituzioni statali si mostravano sempre più soggette a condizionamenti, pressioni e influenze di diversi attori, soprattutto da parte della finanza, delle imprese multinazionali e dei detentori delle tecnologie.

⁵¹ Si ha l'impressione che esista un «sovra-Stato, un mondo acefalo dove, mettendo da una parte l'autoaiuto e, quale estrema ratio, la guerra, i modelli istituzionali che si sono trovati sono il prodotto di intese negoziate e da queste dipende la loro efficacia»: cfr. S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 42.

per questo, non è in alcun modo in grado di elevarsi a sistema, nel quale si riescano ad individuare dei principi e/o delle regole-guida⁵². Esso risulta formato essenzialmente dalla creazione di standard di armonizzazione tecnica ed è il prodotto di un meccanismo relativamente autonomo di produzione che va oltre lo Stato⁵³, formatosi quasi magmaticamente, per rispondere a istanze che si presentavano di volta in volta.

Il risultato è, in un certo senso, un insieme agiuridico di regole, in cui l'economia si è imposta sul primato della politica e della scienza del diritto, ora piegato alle esigenze della nuova 'teologia economica'⁵⁴, che piuttosto che la razionalità dell'ordinamento e la fissazione

⁵² È stato giustamente affermato che la settorialità è una caratteristica dei corpi normativi del cd. ordinamento globale, in assenza di un insieme generale di regole o meta regole che operi come elemento unificante: cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006, partic. 10 ss. Certo, per la maggior parte si tratta di regole di buon senso, che tentano di assicurare il buon funzionamento delle istituzioni sovranazionali fondandosi sul tramite di accordi internazionali e di norme prodotte sia da istituzioni ultra-statali, sia da corti globali: ad es., la regola del rispetto del contraddittorio davanti alle corti, o la regola del cd. *consensus* tendono a garantire la procedibilità di queste istanze e il funzionamento di una istituzione anche in casi complessi; anche per questo non hanno nulla in comune con quella 'naturalità' (nel senso precisato *infra*, § 7), che era caratteristica precipua del diritto romano: cfr. S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 44. Cfr. anche S. ROBERTS, *After Government? On Representing Law Without the State*, in *The modern Law Review* 68 n. 1 (2005), 18 e 23, il quale sostiene che sia inappropriato estendere il concetto di ordinamento giuridico a questo ordine globale, che è invece fatto di assunti variamente negoziati a livello regionale o globale; siamo in presenza di un 'diritto' che ha perso totalmente la propria capacità analitica o, direi meglio, sistematica.

⁵³ Per parafrasare il titolo di un'opera famosa, potremmo parlare di '*Law making beyond the State*': sul punto, cfr. soprattutto H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford-Portland 2005, partic. 405 ss.; S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 39. Per il dubbio che possa esistere un diritto definibile come 'globale', cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012 (ma v. anche *supra*, nt. 38).

⁵⁴ Per parafrasare una espressione di G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Torino 2009, la cui tesi centrale, però, che ruota intorno a una sorta di secolarizzazione dell'idea teologica di un ordine divino trascendente, è tutt'altro che universalmente accettata (cfr., ad es., in senso critico J.L. VILLACANAS, *Teologia economica. Analisi critica di una categoria*, in

di norme generali e astratte predilige la soluzione dei problemi contingenti, man mano che questi si presentano.

Tale sorta di «tecno-economia del nostro tempo»⁵⁵ non crea giustizia, ma produce disuguaglianza, o esaspera le ingiustizie e le disuguaglianze esistenti: l'esatto contrario di quello che ci aspettiamo dal diritto.

6. *Fondamenti del diritto e non dell'economia* – È evidente la necessità di ripensare (e insegnare ai nostri studenti) dalle fondamenta l'organizzazione globale, non rassegnandosi affatto alla ineluttabilità della attuale organizzazione della gius-politica mondiale, che affida il controllo del potere a organizzazioni meta-statali, in base alla potenza della loro efficienza economica⁵⁶, in spregio ai valori propri della nostra tradizione giuridica, come il rispetto delle minoranze, il favor debitoris, la protezione del più debole, la giustizia distributiva e commutativa ecc.

Indubbiamente la globalizzazione ci ha posti di fronte ad un abbattimento delle frontiere, ad un incontro sempre più ravvicinato tra diverse parti del mondo, con una progressiva valorizzazione, senza precedenti, delle istanze locali, come frutto dell'abbattimento delle barriere spazio-temporali che prima vincolavano l'ecumene. Ciò, però, non ha portato con sé quel senso di universalismo che ci saremmo aspettati da un fenomeno così globalmente esteso: al contrario, esso ha irrigidito le singole posizioni su punti di vista che oggi appaiono più irrimediabilmente contrapposti che non nel passato⁵⁷. In altre parole, di fronte a un centro, che ormai è

Filosofia politica 3 [2013] 409 ss.).

⁵⁵ Cfr. la bellissima immagine della «potenza della sconfinatezza» di N. IRISI, *Geodiritto*, cit., 26.

⁵⁶ Quanto mai attuale appare la domanda biblica, che già Elihu poneva, rimproverandolo, al suo amico Giobbe: «chi gli ha dato il governo della terra? Chi ha affidato l'universo alla sua cura?»; cfr. Giobbe, 34,13.

⁵⁷ Oggi si usa lo stesso oggetto in tutto il mondo, ma si fatica a percepirne un senso comune. Manca, a mio avviso, proprio uno schema universale, che possa tirare fuori le eterogeneità dall'indeterminatezza, e inscrivere in uno

dappertutto, manca la circonferenza che delinea una linea omogenea di sviluppo⁵⁸: circonferenza che nel modello romano, era senz'altro costituita dal quadro coerente costituito dai valori veicolati dal diritto.

Piuttosto che preconizzare (seppure negandola) la 'fine del diritto'⁵⁹, è, a mio avviso, necessario ricreare un diritto sovranazionale a formazione spontanea, in modo tale che entro il villaggio globale il diritto possa ritrovare la antica universalità⁶⁰: è questo, a mio avviso, che deve porsi alla base di un insegnamento di *Fondamenti*.

7. *Fondamenti del diritto mondiale? Universalità del diritto romano e (quindi anche) dei Fondamenti* – A mio avviso, per il futuro di un insegnamento come quello dei Fondamenti del diritto non è solo all'Europa che dobbiamo guardare, ma all'intero mondo, per la sopravvivenza non solo e non tanto del diritto romano e della tradizione giuridica come 'fondamentale fondamento' della cultura giuridica, ma per evitare una perdita di incidenza della sfera del giuridico nei confronti della pervasività di altre scienze sociali. In questo processo il diritto romano può e deve svolgere un ruolo fondamentale⁶¹, perché è necessario, in particolare, recuperare e rivitalizzare quella universalità che da sempre è stata riconosciuta alla base del sistema

schema comune, che ne rappresenti una sorta di sintesi hegeliana: Cfr. D. LAROCHELLE, *Demostene, Cicerone e la globalizzazione*, in *Teoria politica* (2005), fasc. 2, 5 ss.

⁵⁸ Rielaboro la nota immagine della «sfera infinita, il cui centro è ovunque, la circonferenza da nessuna parte» che Blaise Pascal (cfr. *Pensieri. Antologia di testi filosofici*, trad. it., Bologna 2012, n. 185, 69; la prima ed. [postuma] dell'opera è, come è noto, del 1669) mutua (in un contesto e con un significato diverso) da Giordano Bruno (cfr. *De la causa et principio uno*, Dialogo V, cito dalla ed. Venetiis 1584, 140 ss.); interessante è pure la riproposizione del tema da parte di Jorge Luis Borges (cfr. *La sfera di Pascal*, in *Altre inquisizioni*, trad. it., Milano 1952, 15 ss.).

⁵⁹ Cfr. i saggi contenuti nel volume *Fine del diritto?* cit., a cui adde M. ORLANDI, *Fine del diritto?*, in *Il diritto frammentato* cit., 147 ss.

⁶⁰ F. GALGANO, *I caratteri* cit., 12.

⁶¹ V., per esempio, il tentativo che è alla base del notissimo P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, più incisivo nel titolo della traduzione italiana *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano 1995².

creato già dai giuristi romani, e che correttamente possiamo definire sistema giuridico romanistico.

Già Giustiniano, nell'ordinare la compilazione del *Corpus iuris civilis*, aveva chiaro il disegno mirabile a cui questa tendeva, che non era solo la risoluzione di problemi contingenti di insegnamento o di sistemazione del materiale giuridico, ma rispondeva al più ampio progetto di edificare un vero e proprio tempio alla giustizia e costruire quasi una cittadella del diritto⁶². L'universalità spazio-temporale del 'sistema' creato dai giuristi romani appariva all'imperatore di una evidenza tale, da imporsi *ex se*⁶³: tale sistema era evidentemente valido per il presente, ma doveva intendersi come orientato verso il futuro e soprattutto aperto al contributo accrescitivo e migliorativo da parte di popoli che abitano l'ecumene, noti o ancora ignoti, e che si potrebbero incontrare, in una prospettiva universalistica che le moderne contrapposizioni tra gli Stati e tra gli ordinamenti che dagli Stati derivano rendono faticoso, se non quasi impossibile, cogliere. Del resto, già i giuristi romani, a partire dall' 'invenzione' del *ius gentium* e del successivo riconoscimento della categoria del *ius naturale*, pensavano a un diritto a chiara vocazione universale, fondato sulla *naturalis ratio* che accomuna tutti gli uomini⁶⁴.

⁶² Cfr. *Const. Deo auctore* 5: ...oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare...

⁶³ Il medesimo Giustiniano precisa (*Cost. Tanta*, 12) che questa sua opera non è diretta tanto a proporre un diritto perfetto ad uso dei contemporanei, ma è piuttosto destinata ad essere sostegno per gli uomini nel corso dei secoli futuri (*omni aeo tam instanti quam posteriori*), codificando, cioè, un diritto non limitato né temporalmente, né spazialmente (v. *Const. Tanta/Dédoken*, 23-24).

⁶⁴ Mi riferisco a fonti e a problematiche molto note: cfr., tra le tante che si potrebbero citare, Gai. 1.1.1 (= D. 1.1.9; I. 1.2.1); in dottrina, cfr. E. LEVY, *Natural Law in Roman thought*, in *SDHI* 15 (1949), 10; S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano 1954, 7; B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano*, in *Eos. Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, II, Varsaviae 1957, 177 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano. Problemi generali*, Milano 1956, 451 s.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1980, 20; punto sulla questione in A. SACCOCCIO, *Il 'sistema' del diritto romano come patrimonio comune dell'umanità*, in *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona, il diritto*, a cura di A.F.

Nell'esaminare il lascito del diritto romano, è quindi possibile, anzi doveroso, astrarre dalle accidentalità epifenomeniche e contingenti legate alla società nella quale esso ha trovato la sua prima elaborazione concettuale, per individuare quei «dogmi generali», quegli aspetti «non contingenti ma universali» che ne costituiscono la base, quei «valori particolari, ma permanenti, razionali e pratici insieme, e quindi descrivibili nel loro essere e nel loro divenire»⁶⁵. Affermava Giovanni Pugliese che «chiunque non sia animato da partito preso, non può non intuire, prima ancora di rendersene conto con la ragione, che esiste nell'esperienza giuridica un nucleo stabile di verità superiori alle contingenze storiche, suscettibile di essere isolato ed articolato in concetti e principi»⁶⁶. Indubbiamente, un diritto che si fonda su «quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti» deve avere necessariamente natura universale⁶⁷. È evidente la distanza tra questo modello, che tende a costruire l'armonizzazione del diritto facendo leva sulla universalità, da quello, oggi purtroppo abbastanza diffuso, dei cd. trapianti giuridici (*legal trasplant*)⁶⁸, i quali, come è stato efficacemente fat-

Uricchio e M. Casola, I, Bari 2019, 551 ss. .

⁶⁵ Così cfr. C. GIOFFREDI, *Dommatica e sistematica nello studio del diritto romano (A proposito di una recente traduzione delle 'Istituzioni' di Gaio)*, in *SDHI* 18 (1952), 252.

⁶⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Annali dell'Università di Macerata* 15 (1941), 19, ora in *Scritti*, III, cit., 175.

⁶⁷ Cfr. S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, cit., 10; cfr. anche O. BEHREND, *Che cos'era il ius gentium antico?*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, dir. da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, I, Napoli 2006, 481 ss. e particolarmente 511 ss., secondo il quale il *ius gentium* (che egli chiama 'secondario') fonderebbe una unità spirituale come frutto della molteplicità, ma senza alterare l'identità di quelle che l'a. chiama «formazioni statali» le quali, in piena libertà, «elaborano ciò che è comune ed è per tutti vincolante, a partire dalle loro condizioni di volta in volta particolari».

⁶⁸ Sul concetto di *legal transplant* (o *legal borrowing*), v. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens and London 1993², trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli 1984; ID., *Society and Legal Change*, Edinburgh 1977, trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano 2006, particolarmente 155 ss.

to notare, non di rado (e proprio perché posti in essere a prescindere dalla ricerca delle comuni radici) ingenerano crisi di rigetto⁶⁹.

Sgombrato il campo dagli *idola temporis e loci*, «quello che perdura è l'esigenza che il diritto abbia a corrispondere alla natura umana, all'equità, alla giustizia»⁷⁰, così che il diritto romano può a buon diritto essere definito come «un pedagogo della ragione giuridica» e ancora pieno di vitalità al giorno d'oggi⁷¹, quasi una lingua franca di ogni giurista.

8. *Il valore dei valori e il fondamento dei Fondamenti* – Molti e meritori sono i 'principi', già propri della comune tradizione giuridica di matrice romanistica⁷², che una corretta valorizzazione del momen-

⁶⁹ Cfr. già G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Up in New Divergences*, in *The Modern Law Review* 61 (1998), 11 ss.; ID., «Legal irritants»: come l'unificazione giuridica dà luogo a nuove divergenze, in *Art interpretandi* (2016), *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione*, 143 ss. A me continua ad apparire preferibile parlare di 'trasfusione' o di 'armonizzazione del diritto': v., da ultimo, A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in *Sistema giuridico latinoamericano. Summer school (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, a cura di A. Saccoccio e S. Cacace, Torino 2019, 44.

⁷⁰ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina* cit., 41. Per questo, a me non appare affatto sconcertante (come invece ad A. MAZZACANE, *Il leone scappato dal circo: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index* 29 [2001], 97 ss.) che i problemi di responsabilità ingenerati dalla fuga di una fiera da un circo vengano risolti alla luce di un principio ricavabile dal diritto romano ed elaborato secoli prima.

⁷¹ Cfr., rispettivamente, l'abate Antonio Rosmini (cfr. A. ROSMINI-SERBATTI, *Filosofia della morale e del diritto*, V, *Filosofia del diritto*, I, Milano 1841, 12 nt. 2) e Sir James Bryce (già professore ad Oxford: cfr. J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford 1901, 85).

⁷² Inappropriati mi appaiono i riferimenti alla 'tradizione giuridica occidentale' che si leggono in alcuni recenti scritti (v., per es., G. ALPA, M. ANDRENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano 2005, 41 ss., dove si parla di «valori comuni dell'Occidente» o U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale. Un'introduzione storica*, Roma-Bari 2010). Questi stessi 'valori', infatti, si trovano negli ordinamenti giuridici dei Paesi latinoamericani (che non so dire rispetto a quale 'Oriente' potrebbero rappresentare un 'Occidente, a meno di non adottare una accezione ideologica di Occidente [v. Latouche, *supra*, nt. 33] che però non mi pare del tutto convincente), ma anche in Cina o a Taiwan, o in Giappo-

to giuridico sarebbe in grado di opporre o di meglio valorizzare, pur nell'epoca della cd. globalizzazione: dall'alterum non laedere all'autodeterminazione e all'autonomia contrattuale e fino alla tutela dei diritti della personalità (immagine, onore, riservatezza ecc.); dall'autoresponsabilità e fino al divieto di atti emulativi o di abuso del diritto; dall'eguaglianza sostanziale all'affidamento e alla buona fede nel diritto dei contratti⁷³; ma anche, per spostarci in un ambito che oggi definiremmo gius-pubblicistico, i principi di partecipazione, di uguaglianza, di proporzionalità, di imparzialità del giudice e del contraddittorio ecc.⁷⁴.

Tutti, però, mi paiono in qualche modo corollari della centralità della persona umana come colonna portante dell'intero sistema⁷⁵ e della conseguente valorizzazione di quella *humanitas*, che è un valore tipicamente romano⁷⁶, ma che i romani riconoscono come elemento comune all'uomo in quanto tale⁷⁷. Tale *humanitas* appieno

ne, o ancora nei Paesi appartenenti alla ex URSS.

⁷³ In quest'ottica, *fides bona*, *aequitas*, *voluntas*, *libertas*, eguaglianza sostanziale; causalità; *favor debitoris*; lotta contro le usure e gli usurai ecc. costituiscono tutte facce di una stessa medaglia, un patrimonio comune per i giuristi odierni proprio grazie al riconoscimento che di essi hanno fatto i giuristi romani nell'ambito del sistema. Cfr., per una visione di sintesi, soprattutto S. SCHIPANI, *Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 33 (2012) 293 ss. (versione russa in *Pravoye aspekty BRIKS. Sbornik dokladov i vystuplenij na naučnom seminare, 8-9 sentjabrja 2011 goda* [Aspetti giuridici del BRICS. Raccolta delle relazioni e degli interventi del Seminario scientifico 8-9 settembre 2011], a cura di T. Alexeeva e P. Catalano, San Pietroburgo 2011).

⁷⁴ Cfr. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano 2000, 11 ss.; G. ALPA, M. ANDRENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. Sul punto v. anche A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino 2018, 59 ss.

⁷⁵ Cfr. soprattutto *Hermog., 1 iur. epit.* D.1,5,2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus.*

⁷⁶ Cfr. A. PALMA, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992; L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto@Storia* 4 (2005); ID., *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano*, in *Teoria e storia del diritto privato* 8 (2015) ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica: nuovi saggi*, Torino 2015, 39 ss.

⁷⁷ Senza necessariamente scomodare l'uomo come misura di tutte le cose

manifesta il modo romano di concepire i rapporti interpersonali, lasciando derivare a cascata tutto quanto sopra brevemente schizzato, ma molto altro ancora.

I romani declinavano il concetto in (sostanzialmente) tre possibili accezioni: come istanza morale, come valore culturale, e come metro di misura del diritto stesso (ma, più in generale, dei comportamenti umani)⁷⁸.

Dalla prima accezione, deriva la nascita del concetto di rispetto dell'altro, di fratellanza, di solidarietà, che saranno poi rielaborati dalla tradizione cristiana, che si sforzerà di precipitarli e inglobarli all'interno del nucleo essenziale della propria dottrina⁷⁹ e poi, stravolti dall'illuminismo e dalla rivoluzione francese, penetreranno nella nostra cultura giuridica, fino a diventare, in Italia, il fulcro della Costituzione e dei suoi celeberrimi articoli 2 e 3⁸⁰.

Dalla seconda accezione, deriverà quel modello culturale e giuridico, costituito dal *bonus vir*⁸¹, che poi evolverà nel parametro del 'buon padre di famiglia', proprio della nostra tradizione giuridica.

Decisamente più interessante, per il discorso qui condotto, è la terza accezione di *humanitas*, che non faticiamo a definire brevemente 'antropocentrica'. In questa accezione, l'*humanitas* diviene

nella filosofia greca (secondo la nota affermazione di Protagora: cfr. Platone, Theaetetus, 151d), si può qui ricordare il famosissimo '*Homo sum. Nihil humani alienum a me puto*' di Terenzio (*Heaut.* 77), dove il commediografo pare considerare l'*humanitas* in qualche modo come un valore universale e onnicomprensivo, mediante il quale ogni uomo può (deve) rivendicare il diritto-dovere di interessarsi ai problemi degli altri uomini con un atteggiamento di solidarietà e condivisione, per creare un «equilibrio tra gli individui che compongono l'umanità» (v. G. PURPURA, nt. seguente).

⁷⁸ Cfr. G. PURPURA, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA* 53 (2009), 287 ss.

⁷⁹ Cfr. soprattutto B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, *Orientamento religioso della legislazione*, Bologna 1952, 56 ss., il quale parla di «complessa opera di riduzione del diritto pagano in diritto cristiano».

⁸⁰ Vd., ad es., per una ricerca sulle radici della fraternità, P.P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia* 6 (2007).

⁸¹ Su punto, v. R. FIORI, *Bonus vir. Politica, filosofia e retorica nel «De officiis» di Cicerone*, Napoli 2011, e il volume *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione antica*, a cura di A. Lovato, Bari 2013.

il modo stesso di intendere il diritto: quasi troppo facile diventa richiamare qui nuovamente la sottolineatura della centralità della persona umana da parte di Ermogeniano⁸², che non deve mai essere persa di vista dal legislatore. Quasi come un primo e più diretto corollario di ciò appare la famosa definizione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*, arte del buono e dell'equitativo⁸³. Sul punto basti in questa sede richiamare quanto scritto da Filippo Gallo, il quale, di questa definizione, evidenzia alcuni punti che calzano perfettamente con il discorso che vengo qui conducendo⁸⁴.

9. *Per (brevemente) concludere* – È stato opportunamente segnalato che oggi il sistema del diritto romano «non ha alcun vertice politico-istituzionale, per debole che fosse il vertice esistente nell'ultimo periodo della sua presenza; non ha alcuna giurisdizione che ne porti ad effetto il diritto, come era il pretore in Roma prima e il

⁸² Vd. *supra*, nt. 75; il 'riconoscimento' del valore della *humanitas* è, come è fin troppo ovvio, molto più antico.

⁸³ Si tratta del notissimo *dictum* celsino, conservato da Ulpiano e poi significativamente posto da Giustiniano nell'*incipit* del Digesto, a rivendicarne una chiara natura programmatica. Da ultimo, per la sottolineatura di un legame stretto tra 'umanità' e 'diritto' cfr. G. MARINO, *Umanità del diritto. Percorsi*, Napoli 2011, particolarmente 96 ss.

⁸⁴ Tra i tanti scritti che l'a. piemontese ha dedicato a questo tema (con una posizione, però, tutt'altro che universalmente condivisa nella romanistica), mi piace qui ricordare F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010 (trad. spagnola *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, Buenos Aires 2015). Sostiene questo a. che il diritto è un'*ars*, una *tekhné*, cioè una creazione umana, che non si trova in natura, ma è creato dall'uomo, evidentemente in funzione dell'uomo stesso, per risolvere problemi del vivere; esso è teso ad ottenere soluzioni ai problemi umani, che si presentino connotate di una caratteristica essenziale, cioè quella di essere buone, di essere tese al raggiungimento di ciò che è meglio per l'uomo stesso; ciò che è 'migliore' per l'uomo, però, non deve andare a scapito di altri, così che il 'buono' deve essere temperato dall'equo, cioè dal rispetto che ciascuno deve alla sfera personale e giuridica degli altri. Sul punto, da ultimo, v. anche S. SCHIPANI, *Sistema di «ciò che è migliore e più uguale»*, in *Sistema giuridico latinoamericano cit.*, 3 ss.

Tribunale imperiale poi»⁸⁵; esso è esclusivamente nelle mani dei popoli, che hanno il compito di emanare leggi ispirate ai principi e ai valori del sistema; e nelle mani dei giuristi, i quali, sulla base della loro competenza, hanno il compito di verificare la coerenza dell'insieme così generato⁸⁶.

Il sistema del diritto romano, quando viene rispettato nella sua struttura profonda, non viene imposto, ma cercato, recepito, ed è aperto al dialogo con le altre esperienze giuridiche, alle quali offre i propri principi. In questi termini, esso trascende senza dubbio i confini dell'Europa, a cui la definizione *Fondamenti del diritto europeo* tende a confinarlo. Ad esempio, è a un venezuelano, cioè Simon Bolívar, il grande *libertador*, eroe dell'indipendenza latinoamericana, che si deve la definizione del diritto romano come 'base della legislazione universale'⁸⁷; mentre è stato un giurista cinese, Jiang Ping, già Rettore della CUPL di Pechino, a qualificarlo come «parte integrante della cultura dell'intera umanità»⁸⁸.

⁸⁵ S. SCHIPANI, *Ius romanum commune* cit., 298 ss.; significativo mi appare anche quanto scrive A. PLACHY, *Il diritto romano come valore culturale nella storia dell'Europa*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, I, Milano 1954, 480, secondo il quale «la forza vitale del diritto romano è una realtà culturale, più o meno indipendente dalle forze politiche».

⁸⁶ In altre parole, quello fondato sul diritto romano, proprio perché è un sistema che pone l'uomo e ciò che è meglio per lui costantemente al centro, proprio perché si fonda su un sistema di valori universalmente riconosciuti, è un sistema 'aperto', che non è destinato ad essere superato, ma che si rinnova continuamente, adeguandosi alla multiforme e mutevole realtà alla quale viene contingentemente ad applicarsi: cfr. M. CACCIARI, *L'epoca della globalizzazione*, in *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata, 2-5 ottobre 2002*, a cura di G. Torresetti, Macerata 2008, 50, ripubblicato con il titolo *Pensare la globalizzazione*, in *Bioetica, globalizzazione ed ermeneutica. L'impegno critico della filosofia nel mondo contemporaneo*, a cura di F. Minazzi, L. Norasco, Milano 2007, 82.

⁸⁷ Cfr. *Método que se debe seguir en la educación de mi sobrino Fernando Bolívar*, in una lettera scritta nel 1821 al generale Carlos Soublotte, il quale conduceva il fratello Fernando a studiare negli Stati Uniti: «El derecho romano, como base de la legislación universal, debe estudiarlo» (<http://fluidos.eia.edu.co/lecturas/bolivar.html>).

⁸⁸ Così, come noto, JIANG PING, *Il Diritto romano nella Repubblica Popolare*

I fondamenti del diritto vanno quindi ricercati all'interno di questo patrimonio sapienziale, che va continuamente re-interpretato, e indubbiamente ogni popolo (non solo europeo) che vi aderisce apporta un proprio personale contributo, grande o piccolo, all'edificazione di quello che giustamente Giustiniano definisce *templum iustitiae*⁸⁹. La diversità di contesto, di posizione in cui ci si colloca, e il contributo che da queste posizioni deriva, allarga gli orizzonti della nostra capacità di giuristi di vedere i problemi e di scegliere conseguentemente le soluzioni giuridiche 'migliori e più eque'⁹⁰.

Il mondo intero, più che l'Europa, appaiono un saldo banco di prova di queste idee: per il romanista cileno (ma venezuelano di nascita) Andrés Bello, autore, tra le altre cose, del Codice civile del Cile, nel diritto romano si può senza dubbio riconoscere la fonte del moderno diritto delle genti⁹¹. Questo 'diritto naturale romano' che, senza dubbio, ha contribuito altresì a fondare l'Europa che i nostri predecessori ci hanno tramandato⁹², ma di cui,

Cinese, in *Index* 16 (1988), 367, ora in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di L. Formichella, G. Terracina, E. Toti, Torino 2005, 3 s.; la definizione sarà poi ripresa da S. SCHIPANI, *Le droit romain en Chine: patrimoine commune de l'humanité*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, Napoli 2009, 1181 ss.

⁸⁹ Cfr. sul punto B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni* cit., 177 ss. (= 447 ss.).

⁹⁰ Cfr. C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano 1999, 50 ss., il quale parla della costruzione di una sorta di scienza giuridica 'transnazionale' quanto meno agli ordinamenti giuridici europei, che però, nell'opinione dello studioso, non ha come obiettivo l'unificazione dei diritti positivi che vi sono imperanti.

⁹¹ Cfr. le parole di Bello riportate in *El Araucano*, n. 184, del 21 marzo 1834: «El derecho romano es necesario para el estudio del derecho de gentes; y si tenemos la noble curiosidad de explorar las instituciones y las leyes de otras naciones y de consultar sus obras de jurisprudencia, a fin de aprovecharnos de lo mucho que hay en ellas de bueno y aplicable a nosotros, es necesario familiarizarnos con el derecho romano, cuyos principios y lenguaje son los de toda Alemania, los de la Italia, la Francia, la Holanda y una parte de la Gran Bretaña»; sul punto, utile è la lettura di V. ILARI, *Osservazioni sul rapporto fra diritto romano e diritto delle genti nel pensiero di Andrés Bello e nelle fonti utilizzate per i Principios de Derecho Internacional*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas 1987, 140 ss.

⁹² P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin 1966⁴, 141 ss.; 212 ss.; 347 ss., il quale espressamente ricorda come il diritto

sia detto per inciso, è legittimo lo studio di qualsiasi indirizzo⁹³, certamente ha raccolto anche le esperienze giuridiche di tutti i popoli che ne hanno fatto e ne fanno ancora parte. Esso però deve intendersi come un fenomeno dinamico e non statico: si tratta cioè di un diritto che, come insegnava già il giurista Pomponio, non può esistere (*constare* = star saldo) da solo, ma ha bisogno del filtro consistente nella quotidiana rielaborazione critica di ciò che è migliore per l'uomo⁹⁴, che ne costituisce in ogni caso il centro gravitazionale, da parte del giurista (o meglio: dei giuristi)⁹⁵.

Ritengo, quindi, che il diritto da sedimentare all'interno dell'insegnamento di *Fondamenti* debba essere una sorta di insieme di valori normativi metastorici, che a sua volta si solidifichi in un concetto che supera le categorie oggi in uso di 'diritto statutale',

romano sia la parte, se non più importante, certamente più significativa della cultura europea; ad avviso di questo studioso, la decadenza dell'Europa dopo la II guerra mondiale ha portato con sé anche la decadenza dello studio del diritto romano, anche se non in modo uguale in tutti i Paesi.

⁹³ Anche di quegli istituti o branche di studio che non abbiano resistito ai colpi della storia: lo sottolinea giustamente D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova, 25-26 novembre 2005*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2007, 61.

⁹⁴ Cfr. D. 1.2.2.13 (Pomp., *l. s. ench.*): *...constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

⁹⁵ Parlo di giurista 'tout court', senza invocare distinzioni che mi appaiono artificiose tra romanisti, civilisti, costituzionalisti ecc., quasi che esistessero compartimenti stagni interdisciplinari, che debbano di necessità impedire al romanista di leggere una sentenza di un organo giudicante contemporaneo e al civilista o al costituzionalista di leggere le fonti romane: per questo mi permetto di non condividere le recenti affermazioni di G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi cit.*, 17 s., secondo il quale dovrebbe essere il «giurista (nazionale o europeo, non fa differenza)» ad interrogare i dati prodotti dallo storico del diritto, quasi come se quest'ultimo tutto fosse, tranne che un giurista. È appena il caso di precisare, poi, che tali giuristi non vivono nell'astratto iberurano del mondo delle norme, ma nella società concreta, e hanno il compito di adeguare continuamente i principi del sistema alle situazioni concrete che la vita presenta: cfr. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Studia in honorem V. Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, 172.

ma anche di ‘diritto internazionale’, proponendo un modello la cui validità ecceda i limiti dell’effettività, facendo del *ius romanum* ‘fondamentale’ qualcosa di radicalmente diverso dal moderno concetto di ‘diritto’⁹⁶.

Il suo recupero, la sua valorizzazione come vero e proprio vaso comunicante di valori, istituti, principi e norme⁹⁷, è fondamentale allo scopo di «smascherare qualsiasi ordinamento, qualsiasi ‘diritto’, che non ponga l’uomo al centro della sua scala di valori. Recuperare *aequitas* e *humanitas* contro ogni barbarie. Costruire un diritto che sia sempre più equo e più umano, perché possa servire all’uomo, nel solco profondo della nostra alta tradizione giuridica comune, che ci mostra come il diritto possa e debba essere posto al servizio dell’umanità e dell’umanesimo»⁹⁸, sono le sfide che il giurista moderno deve essere in grado di raccogliere.

Questa è, mi pare, la vera e più importante eredità che, da docenti, possiamo e dobbiamo comunicare ai nostri studenti: è questo, a mio avviso, il vero e fondamentale fondamento dei *Fondamenti*.

⁹⁶ Cfr. P. CATALANO, *Diritto romano attuale* cit., 167 ss.; ID., *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto in La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma, Documenti e Studi, II/1982*, Napoli 1984, 533; il punto non è mai stato colto da alcuni tra i romanisti stessi, i quali propugnano uno studio soltanto ‘storico’ del diritto romano: v., ad es., le parole di B. BIONDI, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1962, 12, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 390: «il diritto romano come ordinamento giuridico è morto e sepolto da secoli».

⁹⁷ S. SCHIPANI, *Trenta anni di dialogo con i giuristi latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 21 (2006), 299 s.

⁹⁸ Cfr. L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 17 (2004), 32 ora in *Histoire, Espaces et Marges de l’Antiquité*, III, *Hommages à M. Clavel-Lévêque*, Besançon 2004, 57.

I FONDAMENTI 'ROMANISTICI' DEL
DIRITTO EUROPEO. CONTENUTI, FINALITÀ
E LIMITI DELLA DISCIPLINA

1. *Lo statuto della disciplina: obiettivi e metodologie di studio* – 1.1. *Diritto romano, tradizione romanistica, ius commune: i pilastri dei Fondamenti romanistici del diritto europeo* – Grazie all'iniziativa di Gianni Santucci e Paolo Ferretti, abbiamo l'opportunità di ridiscutere in Italia, a quattordici anni di distanza dal primo incontro italiano di studio monotematico sul tema, lo statuto dei Fondamenti del diritto europeo.

Nel 2004, in occasione del convegno svoltosi a Ferrara sui 'Fondamenti del diritto europeo', alcuni insigni romanisti furono chiamati a tracciare un identikit del nuovo insegnamento, istituito con il Decreto 21 Dicembre 1999, n. 537. Il questionario allora distribuito ai relatori segnalava tutte le incertezze, davvero notevoli per numero ed entità, che gravavano sugli assetti da imporre alla materia dei Fondamenti, introdotta nel nostro ordinamento ben cinque anni prima, ma dava conto, al tempo stesso, di una certa, generalizzata inadeguatezza della romanistica di fine millennio rispetto ai nuovi compiti cui era chiamata. E ciò sebbene già all'epoca circolassero i primi manuali italiani dei Fondamenti, tra cui quello di cui sono io stessa autrice, manuali certamente per non pochi aspetti criticabili e perfettibili, ma quanto meno ben informati su temi e questioni che invece l'ala più tradizionale della giusromanistica ancora nel 1999 stentava ad assimilare.

Possiamo assumere come emblematici della immaturità del nostro settore, all'epoca, il quesito, incluso nel questionario del 2004, se i fondamenti si identificassero con il diritto romano classico-giustiniano oppure anche, oppure soltanto, con la tradizione romanistica o con altri diritti antichi, nonché il dubbio – anch'esso espresso nel questionario – circa l'utilità della nuova materia nel percorso di formazione universitaria.

Si tratta di quesiti che già a soli quattordici anni di distanza ci fanno sorridere per la loro ingenuità. Segno che di strada, nel frattempo, ne è stata fatta.

Oggi si danno per acquisite molte delle risposte immediatamente fornite, tra il 1999 e il 2004, ad alcuni di quegli interrogativi. Eppure, avvertiamo l'esigenza di discutere ancora, e più a fondo, su aspetti rimasti senz'altro problematici o su possibili equivoci ed errori da evitare.

Eccone un esempio. Se è ormai pacifica la diversità concettuale sussistente tra 'diritto romano' e 'tradizione romanistica', che peraltro viene costantemente ribadita nei nostri manuali italiani di Fondamenti, meno chiara potrebbe ancora risultare la nozione medioevale di *ius commune*, (ovvero la dimensione applicativa della tradizione romanistica), una esperienza storica peraltro ancora assai discussa pure tra gli specialisti della materia, soprattutto per quanto attiene ai suoi rapporti con gli *iura propria* e quindi alla sua incidenza sul diritto effettivamente applicato nelle aule dei tribunali; e poi sembra ancora percepita da molti in modo nebuloso la pur significativa distinzione tra *ius commune* medioevale e 'tradizione romanistica'.

Inoltre, nel definire e insegnare la materia della tradizione romanistica e dello *ius commune* (del quale occorre da un lato non esagerare la portata, ma dall'altro lato non sminuire oltre modo l'importanza pratica e teorica, anche in considerazione degli sviluppi successivi), va evitato l'errore di considerare lo *ius commune* medioevale come una reviviscenza del diritto romano giustiniano, tenendo invece in congrua considerazione gli svariati fattori intervenuti a integrare e a modificare i contenuti dei testi inseriti nella

compilazione: l'interpretazione e l'opera di adeguamento effettuata da Glossatori e Commentatori, gli apporti dei precetti cristiani nella tradizione evangelica (fraternità e uguaglianza), il Diritto canonico (in cui spicca l'*aequitas canonica*) e la formazione dell'*utrumque ius*, il ruolo svolto dai *libri feudorum*. Si tratta di elementi tutti confluiti, anche se in diversa misura, nella formazione stessa del complesso che va sotto il nome di *ius commune*.

Per altro verso, non vanno sottovalutate le discusse dinamiche – assai mutevoli – del rapporto interattivo venutosi a creare tra *ius commune* da un lato e, dall'altro lato, *iura propria*, diritti dei regni, giurisprudenza dei grandi tribunali, insieme agli influssi notoriamente esercitati da alcuni diritti orientali e dai diritti franco-germanici: tutto ciò esula dalla stretta competenza del romanista, ma occorre ammettere che queste componenti hanno avuto un peso cospicuo nella formazione del diritto europeo moderno e contemporaneo.

1.2. *La competenza del giusromanista* – La tradizione romanistica e lo *ius commune* inglobano alcuni degli elementi costitutivi dei Fondamenti del diritto europeo, non tutti. Di qui il quesito: fino a che punto può spingersi il romanista nello studio di queste componenti?

A mio parere, noi romanisti dovremmo sentirci legittimati ad insegnare le vicende del diritto romano così come trasmesso, interpretato e applicato nelle età successive, nonché gli influssi esercitati dalla sistematica gaiano-giustiniana sulle codificazioni dell'età moderna e contemporanea e ancora il valore del metodo argomentativo proprio della *scientia iuris* romana, limitandoci invece a segnalare *per indices* l'interazione degli altri 'formanti' (uso qui in modo alquanto improprio questo termine tecnico del lessico comparatistico), di regola, e fatte salve le opportune eccezioni, senza approfondire caratteri e contenuti di *iura propria*, canoni conciliari, ordinanze regie, giurisprudenza dei grandi tribunali etc., al fine di evitare sconfinamenti in discipline inquadrare in altri settori scientifico-disciplinari. Da questo punto di vista, mi sembra che siano stati fatti molti progressi nella definizione del reciproco rapporto tra storici del diritto romano e storici del diritto medioevale e

moderno. Ne costituisce riprova il serrato, ma finalmente assai disteso dialogo sui piani scientifico e accademico che ha instaurato tra i due settori, negli ultimi anni, la Società Italiana di Storia del Diritto¹.

1.3. *La materia dei Fondamenti presuppone e postula un approccio continuista?* – È già molto meno sentito, rispetto ad alcuni anni orsono, il dilemma se descrivere la Storia europea del diritto in termini di ‘tradizione’, evoluzione e continuità o, viceversa, per discontinuità e cesure². Senza dubbio, nella seconda metà del Novecento tale drastica alternativa celava, in ultima analisi, specifiche motivazioni e opzioni ideologiche. Sul finire del secolo scorso, gli storici di ispirazione marxista hanno prodotto una vasta serie di ‘riletture’ della storia giuridica in termini di ‘discontinuità’, sottolineando le ripercussioni in campo giuridico di rivolgimenti socio-economici e movimenti rivoluzionari³. Questa scelta ha perciò subito assunto una precisa coloritura politica, generando la convinzione che

¹ Emblematici, al riguardo, i contenuti di *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di M. Brutti, I. Biocchi, Torino 2016.

² Lucida analisi di questa distinzione in M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris 1969. Significative prese di posizione, a riguardo, in P.G. MONATERI, *Black Gains. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, in *Hastings Law Journal* 51.3 (2000), 481 ss., saggio poi riformulato in versione italiana, nel 2003 con il titolo *Gaio Negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della Tradizione giuridica occidentale*, consultabile on line e in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*, Bari 2005, 19 ss.; T. GIARO, ‘*Comparemus!*’. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista critica del diritto privato* 19 (2001), 539 ss., con altra bibl. Per una equilibrata composizione della dicotomia all'interno di una rilettura della storia giuridica europea attenta tanto alle continuità, quanto alle discontinuità, G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2018².

³ V., per il ragguaglio bibl. su questo metodo di indagine, e quale esempio di ricostruzione della storia ‘per cesure’, A. SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari 2002. Qualifica «tanto erronea ed ingenua, quanto inutile e dannosa» ogni visione continuistica della storia L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su ‘i fondamenti del diritto europeo’: una occasione da non sprecare*, in *Iura* 51 (2000), 1 ss. (estr.), specialm. 13.

ogni diverso taglio di ricerca storica, basato sulla osservazione e descrizione delle continuità, sia viceversa preferito dai conservatori: in questa prospettiva, il ‘modello evolutivo’ privilegierebbe l’osservazione della ‘tradizione’, in vista di una legittimazione genealogica, spesso tendente a minimizzare i cambiamenti, nel corso della storia. Il ‘continuismo’, infatti, tende ad includere mutamenti e deperimenti nell’alveo dei processi evolutivi della tradizione.

Ebbene, se guardassimo ai Fondamenti del diritto europeo dall’angolo visuale delle due teorie, originatesi come opposte e tra loro alternative, dovremo concludere che soltanto i conservatori potrebbero condividere l’utilità dei Fondamenti del diritto europeo, atteso che ogni visione in termini evolutivi di una ‘tradizione’ storica dovrebbe essere respinta da giusromanisti di credo marxista. Ma non mi sembra che questa coloritura ideologica giovi più di tanto ai progressi delle discipline storiche. È pure vero quanto ci ha insegnato Josef Esser nel suo magistrale saggio sulla ‘precomprensione’⁴, ossia che ogni interprete, per quanto si sforzi di essere aderente al dettato normativo, nel leggere le fonti e nella scelta del metodo ermeneutico da applicare finisce sempre per proiettare sul testo, in qualche misura, il proprio bagaglio culturale e ideologico, le proprie opzioni valoriali. E ciò vale ancora di più nel campo degli studi storici: il nostro passato – è stato scritto – è sempre, per un certo verso, un’invenzione del nostro presente⁵.

Tanto premesso, però, questo annoso dibattito sulla necessità di una scelta tra continuità e discontinuità comincia ad apparirci legato ad una questione alquanto mal posta. Nei nostri studi sembra arrivato il momento di guardare soprattutto alla correttezza

⁴ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main 1972²; sul tema v. anche M. KLATT, *Making the Law Explicit. The normativity of Legal Argumentation*, Oxford 2008, 23 ss., 34 ss.

⁵ La frase è di MARK PHILIP, *Michel Foucault*, in *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge 1985, 65 ss. specialm. 78.

del metodo di ricerca. Ci sono evoluzioni nel senso della continuità, ma anche discontinuità e vere e proprie cesure, o ritorni al progresso, attraverso percorsi curvilinei e involutivi. Così come è dato osservare ‘trapianti giuridici’⁶, oppure flussi e ‘trasfusioni’ – per usare la bella metafora di Sandro Schipani –, parziali o integrali, più o meno innovativi, da altre e differenti tradizioni giuridiche: si pensi, al riguardo, alla scelta della Cina, che nell’intraprendere la riforma del proprio ordinamento giuridico si è ispirata in modo massiccio al diritto romano⁷. Mi sembra perciò troppo riduttivo assegnare allo storico (e quindi allo storico del diritto) il solo compito di sensibilizzare alle diversità sussistenti tra passato e presente⁸: anche le stabilizzazioni di date forme meritano di essere segnalate, insieme alle ragioni che le hanno determinate. Ciascun momento storico, ciascun passaggio presenta le sue peculiarità.

E inoltre ciascuna branca del diritto presenta distinti tratti caratteriali: il diritto privato si evolve lentamente, lungo una linea di tendenziale continuità, in cui cesure traumatiche si sono verificate assai di rado e comunque non hanno di regola segnato svolte durevoli e tanto meno definitive. Si pensi al tentativo di smantellare il diritto civile borghese e in particolare di sopprimere la proprietà privata, a seguito della Rivoluzione russa del 1917: persino durante l’epoca socialista il diritto civile dei Paesi europei dell’Ostblock rimase in buona sostanza strutturato secondo l’im-

⁶ A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London-Rio Grande 1991, 293; ID., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Athens-London 1993², 6, 12-14. Lo Studioso (accusato di essere un acceso conservatore a causa delle sue teorie), afferma pure, più in generale, che il diritto si evolve soprattutto attraverso la recezione di elementi propri di altri sistemi giuridici; ogni sistema giuridico, pertanto, consiste in un amalgama di figure, principi, regole e modelli mutuati dall’esterno.

⁷ Rinvio sul punto a L. PEPPE, *Usa e ri-uso del diritto romano*, Torino 2012, 14; agli influssi e alle derivazioni di base romana sulla codificazione civile cinese è dedicato un intero volume: *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* CX (2016).

⁸ In questo senso invece, tra gli altri, T. GIARO, ‘*Comparemus!*’, cit., 544.

palcatura romanistica, nonostante le dichiarazioni programmatiche in senso opposto⁹, poi a seguito della disgregazione della ‘famiglia socialista’ il ritorno ai precedenti modelli, soprattutto quelli proprietari di stampo giustiniano, è stato rapidissimo.

Ben diverse sono state le dinamiche del diritto pubblico, assai più difficilmente riconducibili alla matrice romana, e ciò per due ragioni: da un lato le origini di parte del diritto pubblico europeo (specie per quanto riguarda il diritto processuale) risalgono allo *ius canonicum*¹⁰, dall’altro lato molti profili di diritto costituzionale, penale, amministrativo, tributario hanno da sempre risentito in maniera più immediata – e talora traumatica – dei mutamenti economici e dei rivolgimenti politici, rivelandosi pure maggiormente permeabili da influssi ‘esterni’.

1.4. *I Fondamenti del diritto europeo possono costituire dominio incontrastato della giusromanistica?* – E veniamo così ad un altro nodo da sciogliere, nella definizione dello statuto dei ‘Fondamenti del diritto europeo’. I Fondamenti del diritto europeo sono costituiti soltanto, o in prevalenza, o solo in minima parte dalla sopravvivenza del diritto romano?

Mi sembra doveroso sforzarsi di presentare la tradizione romanistica in modo corretto, non enfatico e non celebrativo, a scapito della realtà storica. Al riguardo, uno degli aspetti ancora in via di definizione pare essere il dibattito vertente sull’unicità¹¹, l’originalità e l’assoluta autonomia del diritto romano, che secondo l’opinione più diffusa – e da me in buona parte, ma non del tutto, condivisa – si pone alla base della tradizione giuridica occidentale.

⁹ Così T. GIARO, ‘*Comparemus!*’, cit., 560 s. e nt. 169, sulle orme di R. SACCO, *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, in *Riv. dir. cin.* 15 (1969), 115 ss.

¹⁰ Lo sottolinea T. GIARO, ‘*Comparemus!*’, cit., 556 e nt. 143.

¹¹ Per la teoria dell’unicità, J. GILSON, *L’Étude du droit romain comparé aux autres droits de l’antiquité*, Paris-Strasbourg 1899.

Si tratta, come è a noi tutti ben noto, di una impostazione già da tempo scossa¹², grazie alle ricerche di Ludwig Mitteis¹³, ma poi contestata in modo radicale nel 1999 da Pier Giorgio Monateri, con la pubblicazione della prima versione del suo saggio, provocatoriamente intitolato *Black Gains*¹⁴. La ricostruzione dello studioso torinese, che ha suscitato vivaci reazioni oppostive da parte di alcuni romanisti¹⁵, presenta però, a mio parere, un suo robusto nucleo di verità. Pur senza condividere i furori iconoclasti di Monateri e soprattutto la sua ipotesi di una massiccia derivazione da ‘terre altre’, rispetto a quelle indoeuropee, non mi sembra si possa negare, almeno in qualche misura, che le esperienze giuridiche da noi denominate ‘diritto romano’ e ‘tradizione romanistica’ siano prodotti multiculturali, frutti di diverse civiltà del Mediterraneo¹⁶: pensiamo agli influssi greci sulle XII Tavole¹⁷, all’operato del *praetor peregrinus* (il quale recepì nel suo editto spunti, o forse ampi squarci, dei diritti orientali)¹⁸, alla composizione degli editti provinciali, e ancora alle profonde interazioni tra diritti provinciali (occidentali e orientali) e diritto romano nel corso

¹² La teoria che riconduce all’Oriente le origini della nostra cultura giuridica è stata sostenuta dopo la scoperta del *liber Syro-Romanus*: G. HAMZA, *Comparative Law and Antiquity*, Budapest 1991, 53. Discussione della c.d. ‘teoria afro-semitica’ e ragguglio bibl. in P.G. MONATERI, *Black Gains*, cit., 16 ss. Una più cauta ed equilibrata apertura si riscontra in M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma 1994.

¹³ V. *infra*.

¹⁴ Cit. *supra*, nt. 1.

¹⁵ V. sul punto soprattutto E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gains: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, 101 ss.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato* 4 (2007), 1057 ss.; ID., *Diritto romano e diritti europei*, cit., 29 ss. e nt. 48, con altra bibl.

¹⁶ V. già G. HAMZA, *Comparative Law*, cit.; P. G. MONATERI, *Gaio Negro*, cit., 4.

¹⁷ Il tema è stato ancora di recente discusso da J.G. WOLF, *Die XII Tafeln und die ‘Magna Graecia’*, in *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell’antichità*, a cura di F. Lamberti, P. Gröschler, F. Milazzo, Lecce 2015, 9 ss.; *‘XII Tabulae’. Testo e commento*, a cura di F. Cursi, 2 voll., Napoli 2018.

¹⁸ G. LAPOGUE, *Le dossier de Bunanitun*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* 10 (1886), 128 ss.

dell'età imperiale, su cui personalmente insisto da tempo¹⁹, e così via. Né si può generalizzare, affermando che tutti i contributi esogeni si esaurissero in materiali rozzi, poi trasformati dai Romani in raffinati concetti giuridici²⁰.

È giunta l'ora di ammettere che il diritto romano deve parte del suo progressivo miglioramento al contributo dei diritti stranieri. Tema, questo, che sarebbe meritevole di maggiore attenzione da parte degli storici del diritto. L'insegnamento di Ludwig Mitteis²¹ è stato accolto e sviluppato nei limiti consentiti dalle fonti pervenuteci per quanto concerne lo studio dei diritti provinciali, mentre ha registrato ripercussioni molto minori sulle successive riflessioni circa gli influssi esercitati dai diritti delle province sulla trasformazione del diritto romano 'classico' e sulla elaborazione delle costituzioni tardo imperiali. In particolare, in questo secondo ambito, se molti passi in avanti sono stati fatti nella ricerca delle influenze esercitate dai diritti orientali e specie dai diritti greci²², lo studio delle ricadute dei diritti delle province occidentali sul diritto romano tardoantico –fino a pochi anni orsono praticamente limitato al discusso regime delle *terrae Laetivae*²³– versa ancora in uno stato di notevole arretratezza²⁴.

¹⁹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 174-214.

²⁰ Così invece J. GILSON, *L'Étude*, cit., 10 ss., 14.

²¹ L. MITTEIS, *Reichrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs: mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung*, Leipzig 1891.

²² V. le osservazioni di E. CANTARELLA, *Pugliese precursore: il diritto greco e i diritti del vicino Oriente*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 87 ss.

²³ Sulla scorta di CTh. 13.11.10, a. 399. V. sul tema G.P. BROGIOLO, A. CHAVARRÍA ARNAU, *Aristocrazie e campagne nell'Occidente da Costantino a Carlo Magno*, Firenze 2005 (rist. an. 2007), specialm. 93; V. MAROTTA, *Il problema dei 'laeti'. Fonti e storiografia*, in *'Civitas, Iura, Arma' (Atti del Seminario internazionale, Cagliari 5-6 ottobre 2012)*, a cura di F. Botta, L. Loschiavo, Lecce 2015, 117 ss.; P. BIANCHI, *Distribuzione della terra ai Goti, Contadini e barbari e l'evasione fiscale nella tarda antichità: cenni*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 22, *Questioni della terra. Società economia formazioni prassi*. In onore di M. Bianchini, Napoli 2017, 449 ss., con discussione della prec. lett.

²⁴ Dopo lo studio di O. BUCCI, *Germanesimo e Romanità*, Napoli 2004², si

D'altro canto, non si può negare ai Romani il merito di avere saputo cogliere e selezionare il meglio delle istituzioni giuridiche, del pensiero filosofico, delle tante, svariate culture e civiltà (non soltanto orientali, ma anche franco-germaniche) con cui vennero in contatto. E neppure si può rifiutare – ritengo – di ‘vedere’ un dato di fatto: e cioè che gli elementi stranieri vennero dai giuristi romani assimilati, metabolizzati (fu Gilson, sul finire dell'Ottocento, ad usare al riguardo la felice metafora dell'‘assimilazione organica’²⁵), rielaborati e intrecciati con il diritto autoctono secondo modalità prettamente autoctone, con risultati originali e al tempo stesso razionali, in quanto collocati all'interno di una trama complessa e coerente (il ‘sistema’), pensata per governare le diversità e perciò ispirata a principi sovranazionali.

Se poi ci rivolgiamo ai caratteri della *scientia iuris*, le conclusioni non mi sembrano divergere: il pensiero filosofico greco – in particolare il sofismo, la logica aristotelica, le dottrine degli stoici – sono innegabilmente alla base della attività del giurista romano, dei suoi strumenti ermeneutici. Eppure, la tecnica del ragionamento giuridico è tipicamente romana. Così come nell'esperienza giuridica romana sono insiti gli elementi di una sistemazione razionale e i prodromi della successiva risistemazione razionalizzante: ciò deriva dalla vocazione stessa del diritto romano, sviluppatosi come modello coerente, atto a governare differenti etnie, ad irradiare la sua influenza sulle pratiche e sulle tradizioni giuridiche dei vari popoli appartenenti all'Impero²⁶. Anche tra quanti avversano l'approccio continuista, ci sono Studiosi pronti a rispondere affermativamente al quesito se esista ‘una’ civiltà giuridica europea: la sua storia – ha scritto Luigi Capogrossi Co-

sono fatti pochi progressi. Si colgono tuttavia recenti segnali di interesse per questo nuovo filone di studi: si v., per es., alcuni contributi in *Il diritto romano e le culture straniere*, cit.

²⁵ J. GILSON, *L'Étude*, cit., 10.

²⁶ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index* 30 (2002), 163 ss., specialm. 177.

lognesi²⁷ – è stata segnata «da continui flussi intellettuali e da circuiti materiali che, nella loro complessità, costituiscono o possono essere interpretati come la matrice di un sistema atto a porre in essere processi relativamente unitari».

Tra l’XI e il XVIII secolo, l’eredità romana ha dato luogo ad una più vasta costruzione razionale e razionalizzante, attraverso un’operazione di sviluppo del sistema giustiniano e di fusione con il diritto canonico (*utrumque ius*), che ha portato alla nascita della *koiné* europea. La scienza giuridica medioevale si è dedicata ad una incessante rielaborazione concettuale, assumendo quale punto di riferimento il patrimonio comune costituito dal diritto romano-giustiniano ed innestando su di esso altri sistemi normativi, quali il diritto canonico, i diritti feudali, la *lex mercatoria*, le forme statutarie²⁸. Così, attraverso un poderoso «lavoro di filtraggio e di astrazione teorica»²⁹, condotto prima dalla scienza giuridica dell’età imperiale, poi dai Dottori medioevali, dal disordine della casistica e dalla problematica di uno *ius controversum* ha preso vita un sistema unitario per la sua interna coerenza, dunque «uno strumento di razionalizzazione e di astrazione dei rapporti sociali e sistema di governo di essi»³⁰, veicolato in tutta Europa mediante l’insegnamento dell’*utrumque ius*, impartito nelle sedi Universitarie filiali dello *Studium* bolognese.

«La riduzione del diritto romano alla sua razionalità metatemporale»³¹ ha avuto inizio nella Scuola dei Glossatori e raggiunto il suo culmine con il pensiero giusnaturalista e la costruzione *more geometrico* del diritto. Secondo la nota formula leibniziana (*calcolemus!*), il diritto privato romano si è allora evoluto in «una scienza intessuta di operazioni della ragione»³² (assiomi,

²⁷ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni*, cit., 3 nt. 1.

²⁸ In questo senso L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici*, cit., 177.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ F. P. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, in *Labeo* 40 (1994), 161 ss., specialm. 163.

³² F. P. CASAVOLA, *Diritto romano*, cit., 164.

teoremi, dimostrazioni), non troppo lontana dai testi romani – grazie anche alla loro valorizzazione da parte degli Umanisti –, ma potenziata nella sua originaria universalità dalla sua nuova valenza di fattore razionalizzante. Mi limito qui a ricordare le osservazioni svolte sul finire del Seicento da Jean Domat: con il plurisecolare accumulo di esperienze sociali, nell’ambito dell’ordinamento giuridico romano la ragione umana aveva formato un prezioso ‘deposito’ di leggi naturali e immutabili, il filtrato delle leggi naturali dell’equità³³. Il diritto e la scienza del diritto quali processi di razionalizzazione sociale, secondo la visuale weberiana, attraverso questi canali di trasmissione si sono perfettamente incarnati nelle nostre esperienze giuridiche occidentali.

1.5. *Tradizione romanistica e formazione del ‘diritto europeo’* – Altro dubbio che nel 2004 pareva importante sciogliere attraverso una scelta univoca era l’interpretazione dei Fondamenti come prodromi del nuovo ‘Diritto comune europeo’ o viceversa come dei già esistenti ‘Diritti dei singoli Paesi europei’.

Ma qui viene in considerazione una questione preliminare: a quale Europa intendiamo fare riferimento? Naturalmente dobbiamo superare la nozione puramente geografica di Europa, che nei secoli si è rivelata molto cangiante³⁴. L’alternativa si pone allora tra un concetto di Europa sul piano politico, culturale e valoriale, e, dall’altra parte, un’Europa così come – anch’essa mutevolmente – disegnata dall’Unione Europea. La prima opzione riconduce la materia dei Fondamenti al Medioevo, alla progressiva diffusione del Cristianesimo (che operò come agente di fusione fra latini, franchi, germani, celti e slavi), alla costituzione del Sacro Romano Impero (il quale, pure se con alterne vicende, resse l’Europa

³³ Rinvio, sul punto, alla trattazione di U. JAHN, *Die ‘Subtilité du droit roman’ bei J. Domat und R.J. Potbier*, Frankfurt am Main 1971.

³⁴ V. sul punto F. CHABOD, *Storia dell’idea di Europa*, Roma-Bari 1964; F. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@Storia*, 5 (2006); P. PAPANTI-PELLETIER, *I fondamenti del diritto civile europeo*, in *Archivio Giuridico*, 229.2 (2009), 155 ss., specialm. 157.

per circa un millennio)³⁵, alla sinergia tra Cristianesimo e diritto romano (sinergia da cui si origina quella struttura costitutiva portante della successiva storia europea, costituita dall’universalismo cristiano e dall’universalità del diritto romano)³⁶, alla diffusione delle Università grazie agli allievi di Irnerio.

La seconda opzione colloca invece la fascia cronologica dei Fondamenti tra la fine del secondo millennio e i nostri giorni, sullo scenario di un’Europa, quella nata dopo la seconda guerra mondiale, caratterizzata dalla prevalente esigenza di comporre interessi economici, al fine di impedire conflitti tra gli Stati europei, e da una *lex mercatoria* quasi del tutto estranea alla tradizione romanistica³⁷.

Dunque, in ragione della scelta cambiano considerevolmente i contenuti dei Fondamenti. Perché soltanto nel secondo caso (accezione di Europa alla stregua di Unione Europea) tra i Fondamenti possiamo – e dobbiamo annoverare – i precetti affermatosi con la Rivoluzione Francese, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, la Carta di Nizza del 2000, e così via dicendo.

La vaghezza insita della denominazione della materia rende praticabili – e di fatto praticate – entrambe le scelte, oggi infatti considerate ugualmente utili sul piano didattico, e quindi benaccette. Tuttavia, mentre la prima opzione implica sconfinamenti nel Diritto medioevale e moderno, la seconda comporta sconfinamenti più vasti, in disparate discipline del diritto vigente: Diritto privato, Diritto comparato, Diritto internazionale, Diritto dell’Unione Europea, Diritto Costituzionale³⁸.

³⁵ V. gli autori citati alla nt. prec.

³⁶ In questo senso, F. P. CASAVOLA, *Diritto romano*, cit., 163.

³⁷ Lo sottolinea F. P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, cit.

³⁸ Cfr. M. VARI, *Diritto romano ‘ius commune’ europeo?*, in *Index* 30 (2002), 183 ss.; L. FRANCHINI, *La formulazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma 2013.

1.6. *Lo spettro di una costruzione neopandettistica del nuovo diritto europeo* – La seconda opzione presenta però anche un'altra criticità. In concomitanza con l'introduzione in Italia dei Fondamenti, tra quanti hanno interpretato la materia come collegata al tema della elaborazione del nuovo diritto europeo, non sono mancate proposte di ritorno al diritto romano e alla tradizione romanistica, quali fattori unificanti della Unione Europea.

Tra i primi appelli in questo senso, quelli più significativi sul piano qualitativo e quantitativo sono provenuti dall'area germanica, e segnatamente da parte dei comparatisti del diritto privato e storici del diritto fondatori, nel 1993, della rivista *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Secondo il comparatista Heinz Kötz³⁹, il quale si è espresso con prevalente riguardo alla materia delle obbligazioni e dei contratti, per conquistare una prospettiva realmente europea e dunque 'denazionalizzata' occorrerebbe tornare alla 'grammatica giuridica' dello *ius commune*, unica e insostituibile griglia concettuale della dimensione giuridica europea. Sulla stessa linea di pensiero, Rolf Knütel⁴⁰ ha affermato che questo processo è di fatto in atto da tempo, dal momento che i principi generali del diritto romano, trasfusi nelle massime dello *ius commune*, sono già principi comuni agli Stati membri e in quanto tali citati nelle sentenze delle Corti europee. Detti principi, secondo il giusromanista di Bonn, sarebbero di tale entità da formare una sorta di 'parte generale' del diritto comunitario. Prospettiva, questa, poi approfondita e irrobustita da Luigi Labruna⁴¹, Fernando Reinoso Barbero⁴², Armando Torrent⁴³, Federico Fernández

³⁹ H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, München 1996.

⁴⁰ R. KNÜTEL, *Diritto romano e 'ius commune' davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli 1997, 521 ss.

⁴¹ L. LABRUNA, *'Ius europaeum commune'*. *Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Quaestiones iuris*. *Festschrift J.G. Wolf*, Berlin 2000, 151 ss.

⁴² F. REINOSO BARBERO, *Los principios general del derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid 1987 (rist. 1988).

⁴³ A. TORRENT, *Fundamentos de derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano – 'ius commune' – derecho europeo*, Madrid, 2007; ID., *Derecho romano, derecho*

de Buján⁴⁴, Tommaso Dalla Massara⁴⁵, Peter Gröschler⁴⁶, Gabor Hamza⁴⁷. Fin qui il richiamo ai principi.

Ma ciò che in Italia ha destato maggiore allarme è stato il timore che l’istituzione dei Fondamenti del diritto europeo potesse dare luogo ad un rigurgito neopandettistico da parte dei giusromanisti italiani, in altri termini ad una antistorica riproposizione del diritto romano nei suoi contenuti più specifici⁴⁸.

L’allarme, non del tutto ingiustificato, era stato indotto, nei sequaci della linea storicista, dai vasti consensi riscossi, nell’ambiente giusromanistico, dalla poderosa opera del romanista Reinhard Zimmermann⁴⁹, *The Law of Obligations*, pubblicata nel 1990, in cui al proposito di una nuova attualizzazione del diritto romano (per la precisione: di quella parte del diritto romano ancora riconducibile alle esigenze degli odierni ordinamenti giuridici) si affiancava il ricorso agli strumenti del diritto comparato. La ricostruzione del-

comparado y unificación jurídica europea, in *SDHI* 76 (2010) 593 ss.

⁴⁴ F.F. DE BUJÁN, *Vigencia de los ‘suprema fundamenta iuris Romani’*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità*, a cura di L. Garofalo e L. Zhang, Pisa 2017, 161 ss.

⁴⁵ T. DALLA MASSARA, *Roman Legal Tradition as an Identity-Factor towards a New Europe: Five Pillars for the Future?*, in *Diritto romano*, cit., 147 ss.

⁴⁶ P. GRÖSCHLER, *Sull’utilità della storia del diritto*, in *Diritto romano*, cit., 227 ss.

⁴⁷ G. HAMZA, *Römisches Recht und Angleichung (Harmonisierung) des Privatrechts in Europa*, in AA.VV., *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria II*, a cura di L. Gagliardi, Milano 2018, 379 ss.

⁴⁸ Tra gli interventi critici più significativi e propensi alla definitiva Historisierung del diritto romano, mi limito a citare, per gli aspetti qui presi in considerazione: M. BRETONE, *La ‘coscienza ironica’ della romanistica*, in *Labeo* 43 (1997), 187 ss.; G. CRIFÒ, *Pandettisti e storicisti nel diritto romano oggi*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica* 1 (1999), 11 ss.; T. GIARO, *‘Comparemus!’*, cit., 561 ss.; A. MAZZACANE, *‘Il leone fuggito dal circo’. Pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index* 29 (2001), 97 ss.; A. MANTELLO, *‘Diritto europeo’ e ‘diritto romano’: una relazione ambigua*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005, 93 ss.; v. ora l’efficace sintesi in A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012, 40 ss., con altra bibl.

⁴⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Johannesburg 1990.

lo Studioso poggia su due postulati: a) la imperitura primazia del modello giuridico romano per la soluzione razionale dei conflitti; b) la derivazione diretta della concezione occidentale del diritto dalla *scientia iuris* romana. Sulla base di queste premesse, Zimmermann proponeva un'attualizzazione del diritto romano delle obbligazioni, finalizzata all'integrazione europea, ma incentrata sul contributo del giurista dotto e di una didattica orientata sulla valorizzazione della tradizione giuridica europea. La prevalenza della scienza avrebbe dovuto, negli intenti di Zimmermann, contrastare o almeno contenere la guida unilaterale di Bruxelles, facente leva sul potere di direttiva, nonché il mito della libertà dei mercati.

Tanto le premesse, quanto le finalità e le conclusioni espresse da Zimmermann, ispirate all'idea di una continuità sostanziale della tradizione giuridica occidentale⁵⁰, hanno suscitato, accanto ai numerosi consensi, critiche tanto immediate quanto aspre⁵¹. Si è rimproverato a Zimmermann di avere effettuato una ricostruzione del diritto romano delle obbligazioni in chiave ancillare rispetto all'edificazione di un diritto europeo comune, nell'ambito di una visione strumentale della storia giuridica, implicante *de futuro* l'obliterazione di interi squarci del diritto privato romano (il diritto delle persone quasi per intero, ad esempio), nonché l'abbandono in blocco dei profili giuspubblicistici. La materia perde così –lamentano gli storicisti– la sua natura di disciplina storica.

A fronte di questa querelle dottrinale, i fatti hanno dimostrato di valere ben più delle parole: il timore o, secondo altro orientamento, la speranza di una Europa disciplinata da logiche definite dagli storicisti 'neopandettistiche' si sono necessariamente ricomposte, una volta preso atto della realtà. La faticosa e assai parziale edificazione di un diritto privato comune europeo delle obbligazioni ha eviden-

⁵⁰ Orientamento peraltro ribadito e specificato in seguito: R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Rivista di Diritto Civile* 47 (2001), 703 ss.

⁵¹ Rinvio in particolare ai rilievi mossi da G. CRIFÒ, *Pandettisti e storicisti nel diritto romano oggi*, in *Diritto romano attuale* 1 (1999), 11 ss., specialm. 20 ss.; T. GIARO, *'Comparemus!'*, cit., 544 ss.; A. MAZZACANE, *Il leone*, cit., 101 ss.

ziato, fatte salve alcune eccezioni, un netto e forte scollamento rispetto alle logiche di matrice romana, uno scollamento che peraltro dipende in buona parte dalle peculiarità delle poche materie fino ad ora trattate, in quasi nessun caso riconducibili all’esperienza giuridica romana, la quale non ha potuto sorreggere alcune parti della unificazione e dell’armonizzazione, specie laddove si sono tracciate discipline di dettaglio.

Insomma, occorre ammettere che anche in questa occasione si è presentato uno dei limiti già evidenziati a suo tempo dall’esperienza dello *ius commune*: la pur fitta trama di principi comuni alla tradizione giuridica occidentale (la cui unità di base è stata garantita nell’età di mezzo dall’uniformità dell’istruzione universitaria) non sempre è in grado di realizzare la riduzione ad un sistema unico ed unitario delle istanze diverse e particolari di diritti cetuali o territoriali⁵². Lo scontro è allora inevitabile, così come pressoché inevitabile è la sua conclusione con il prevalere dei diritti espressi dagli interessi delle maggiori forze socio-economiche operanti nel contesto di riferimento.

È pertanto opportuno accettare il dato che le ricadute del diritto romano, della tradizione romanistica e dello *ius commune* medioevale sul piano quantitativo e qualitativo si sono andate progressivamente diluendo: la suggestione di un ritorno all’esperienza di uno *ius commune* europeo è in buona parte soltanto nominalistica, perché lo sviluppo del diritto europeo tende, di fatto, a restringere la validità della dogmatica di matrice romana⁵³. E risponde al vero il rilievo secondo cui, nelle pronunce delle Corti europee, così come negli altri contesti dell’Unione Europea, molte delle citazioni del diritto romano e della sua successiva elaborazione non sono che enunciati generici o riconducibili al comune buon senso, come ha dimostrato Klaus Luig⁵⁴.

⁵² Cfr. A. MAZZACANE, *Il leone*, cit., 99.

⁵³ Lo afferma, sebbene con accenti a mio avviso eccessivi, T. GIARO, ‘*Comparemus!*’, cit., 564, dove altra lett.

⁵⁴ K. LUIG, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5 (1997), 404 ss.; ID., *Geschichte und*

Il nuovo diritto europeo – ricorda Francesco Paolo Casavola⁵⁵ – non è il ‘diritto dei privati’, diritto unico per il continente europeo, frutto di una plurisecolare elaborazione e commistione razionalizzante delle diversità, irradiata da una incessante tradizione facente leva sull’autorità dei dotti (*ius commune*), ma è un diritto prodotto dagli organi dell’Unione Europea, un diritto che passa negli ordinamenti nazionali, erodendo, sotto molti aspetti, tradizioni identitarie.

Persino la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000 (CDFUE, c.d. Carta di Nizza, con le integrazioni apportate con il Trattato di Lisbona nel 2007), il documento che più di ogni altro avrebbe dovuto esprimere i principi fondanti della tradizione giuridica europea, ignora e stravolge –rileva Casavola⁵⁶– pure le partizioni sistematiche ereditate dal diritto romano, tra cui *in primis* la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, sgretolatasi dinanzi all’avanzata prepotente dei diritti umani, la cui concezione e la cui tutela erano risultati trasversali, rispetto alla dicotomia pubblico/privato, già con il primo comparire delle Carte costituzionali dei singoli Paesi europei.

Lo stravolgimento prodotto dalla moltiplicazione dei diritti umani fondamentali costituisce, del resto, un corollario della netta cesura, rispetto agli assetti romani e medioevali del diritto delle persone, verificatasi tra fine Settecento e inizio Ottocento: con la Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino del 1793 e poi con la codificazione napoleonica del 1804 è stata sancita la scomparsa della tradizionale pluralità degli statuti personali, sostituita con la figura del ‘soggetto di diritto’, unico e sempre uguale (almeno tendenzialmente) di fronte alla legge. Una svolta esiziale, questa, che ha abbattuto a colpi d’ascia, in modo netto e irreversibile, il diritto delle persone di derivazione romana.

Dogmatik bei Knütel, Kötz und Zimmermann, in *Norm und Tradition*, Köln-Weimar-Wien 1988, 176 ss.

⁵⁵ F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, cit.

⁵⁶ F.P. CASAVOLA, *Ibid.*

1.7. *I guasti di uno storicismo estremo* – Ciononostante, è del pari innegabile che quel canovaccio costituito da una trama di principi giuridici comuni, anche se reso più liso e rado dal cambiare dei tempi, ancora sussiste. I principi derivanti dalla tradizione romana fusa con le dottrine cristiane e dallo *ius commune*, quali la riconduzione dello *ius* al *bonum* e all'*aequum*, la *fides* (vincolo alla parola data), la *libertas* e il garantismo dell'età repubblicana, l'*humanitas*, la *dignitas* (nell'accezione cattolica) fanno parte del patrimonio genetico del giurista occidentale⁵⁷ e la loro perdurante validità è facilmente verificabile. Gli influssi del modello romano sulla giurisprudenza delle Corti europee sono evidenti, per esempio, nelle pronunce in materia di responsabilità precontrattuale, contrattuale, extracontrattuale.

Ecco perché riveste ancora particolare interesse lo studio dei giusromanisti incentrato sull'uso – talora corretto e proficuo, tal'altra improprio, distorto e deviante – del diritto romano da parte della giurisprudenza, con riguardo tanto alle corti nazionali dei singoli Paesi europei, quanto alle corti europee.

Le critiche di Giaro (i cui accenti sarcastici sono, a mio parere, chiaro indice di debolezza dell'argomentazione) non hanno lasciato un segno significativo. Anche il giudizio di disvalore espresso nel 2001 dal compianto e stimato collega Aldo Mazzacane, nella parte conclusiva del suo saggio 'Il leone fuggito dal circo', non mi pare cogliere nel segno. Lo Studioso napoletano ricordava un episodio narratogli dal suo Maestro, il comparatista Gino Gorla: «una corte inglese aveva risolto una difficile controversia in tema di responsabilità per danni causati da una fuoriuscita di gas da una fabbrica appoggiandosi a una teorica della glossa circa i danni causati da un leone fuggito dal circo e la responsabilità di chi eserciti *res periculosas*»⁵⁸. Queste le conclusioni di Mazzacane: «se si ritiene che il Digesto, la glossa, Bartolo e la pandettistica vadano studiati per siffatti fini, meglio varrebbe abbandonare il leone del diritto

⁵⁷ Così L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e 'humanitas' del diritto*, in *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité III, Hommages à Monique Clavel-Lévêque*, Besançon 2004, 36 ss.

⁵⁸ A. MAZZACANE, *Il leone*, cit., 107.

romano ed il circo dell'*usus modernus*, con tutte le sue reti storiche ed i suoi trapezi dogmatici».

Come accennavo, è un commento di cui non condivido né i toni sprezzanti, né i contenuti. Perché non vedo quale uso più nobile del diritto romano e della sua tradizione possiamo immaginare, se non quello di essere d'ausilio per la soluzione dei conflitti sociali: finalità precipua, non lo dimentichiamo, per la quale esiste il diritto. L'esempio addotto da Mazzacane prova l'esatto contrario di quanto l'Autore avrebbe voluto, in quanto dimostra l'utilità dello studio della tecnica del ragionamento giuridico e conferma quanto sia proficuo, per la formazione degli odierni operatori del diritto, non soltanto introdurre i giovani allo studio di singole figure giuridiche, di categorie, di soluzioni controverse e controvertibili, di meccanismi tecnici, ma anche – e soprattutto – insegnare a seguirne i percorsi attraverso il pensiero delle successive generazioni di giuristi (dall'antichità fino ai nostri giorni), evidenziando gli interessi in gioco e la funzionalità sociale delle diverse decisioni di volta in volta adottate⁵⁹.

E allora: è impensabile che si riveli opportuna e idonea alle attuali esigenze una resurrezione del diritto romano in senso proprio (cioè quel diritto antico la cui produzione si conclude con Giustiniano) nella sua globalità, come *norma iuris* vigente nell'ambito di una armonizzazione giuridica europea; ma certamente il diritto romano conserva intatti il suo valore formativo e la sua attualità nell'ambito della lettura del caso, nel ragionamento giuridico, nella mediazione tra *scientia iuris* e legislazione, nella sinergia tra giuristi dotti e magistrati⁶⁰. Da questo punto di vista, il diritto romano, se pure non ci può offrire una norma per l'Europa odierna, ci munisce di robusti strumenti per l'analisi e per la costruzione del presente⁶¹.

⁵⁹ Sulla importanza di una siffatta impostazione dell'insegnamento dei Fondamenti, v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni*, cit.

⁶⁰ Così F. P. CASAVOLA, *Diritto romano*, cit., 168.

⁶¹ Condivido al riguardo l'impostazione di A. TORRENT, *El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo*, in *Homenaje Vallet de Goytisolo I*, Madrid 1988, 733 ss.

2. *Fondamenti: una disciplina ‘utile’ alla formazione del giurista?* – 2.1. *Nuovi attacchi allo studio storico del diritto* – In effetti, buona parte degli interrogativi fin qui illustrati e discussi fu già posta nel 2004, in occasione del Convegno ferrarese. Come emerge dalla copiosa letteratura sviluppatasi in materia negli ultimi quindici anni, alcune questioni sono state risolte, altre restano ancora aperte.

Tra queste ultime, ritroviamo le difficoltà relative all’individuazione dei criteri cui ricorrere per rendere ‘utile’ lo studio dei Fondamenti per i nostri discenti.

Innanzitutto dobbiamo confrontarci quotidianamente con un problema di carattere più generale, che coinvolge pure le relazioni con i Colleghi di Dipartimento. Come già nel 1988 notava Aldo Schiavone⁶², «viviamo in un mondo in cui il rapporto con la storia, con tutta la storia, non solo con quella giuridica, si va facendo sempre più precario». E infatti, alcuni colleghi vigentisti, sulle orme di Natalino Irti⁶³, continuano a rivolgerci una obiezione radicale, che però rivela le loro riserve su tutte le materie incentrate sulla storia del diritto: quale peso ha l’istruzione storica, per il giurista del giorno d’oggi, cui si richiede un sapere dalla ‘precisione metallica’, e per il quale il bagaglio della storia è divenuto troppo pesante?

Inutile ripetere a questo proposito quanto spieghiamo ogni anno alle nostre matricole, nella prima lezione dei corsi, circa la fluidità e storicità del diritto, la complessità del pensiero giuridico e le diverse vie da questo percorribili, i pro e i contro delle diverse tecniche del ragionamento giuridico, l’importanza della osservazione delle ripercussioni di scelte giuridiche del passato, al fine di evitare di ripeterne gli errori, o viceversa, al fine di fare tesoro delle positività etc. Stupisce la mancanza di queste consapevolezze, da parte di alcuni Colleghi, ma per noi è sufficiente richiamare la lezione di Orestano.

⁶² La citazione è tratta da un intervento di Aldo Schiavone in tema di didattica delle discipline romanistiche. La materia fu discussa in due convegni, rispettivamente intitolati ‘Insegnare Istituzioni’, ‘Insegnare Storia del diritto romano’, i cui resoconti sono in *Index* 18 (1990), 1 ss.; *Index* 23 (1995), 327 ss.

⁶³ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, 68 ss.

Diamo quindi per scontata l'utilità formativa della materia. Se si è giusromanisti non si può dubitare dell'utilità della didattica dei Fondamenti. Ed è una occasione preziosa per inculcare nei nostri studenti la convinzione della necessità della storia del diritto, quanto meno come chiave storica di lettura critica del presente e come strumentario per l'edificazione del diritto che sarà.

Nel valutare le 'utilità' dei Fondamenti, però, a mio parere occorre distinguere nettamente l'insegnamento dei Fondamenti nel percorso di formazione universitaria, rispetto all'insegnamento dei Fondamenti *post lauream*, nelle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali.

Per questa seconda applicazione della didattica, il compito del giusromanista deve essere quello di rispondere alla domanda di insegnamenti professionalizzanti e privilegiare pertanto la trattazione di istituti, regole, principi, categorie, in funzione della comprensione del diritto vigente, e tutto ciò in chiave di potenziale utilità ai fini dei concorsi e della vita professionale dei discenti. Si tratta, come è evidente, di un compito difficile e che vede esaurire l'utilità dei Fondamenti all'interno di un novero assai circoscritto di tematiche, tra cui il rapporto tra fiducia, fedecommesso e trust, la responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale, etc., tagliando fuori interi settori del diritto romano, quale il diritto delle persone, il regime patrimoniale del matrimonio, tanto per fare degli esempi, e tutta l'area storica giuspubblicistica.

Diversi e ben più ampi sono invece i contenuti che si possono assegnare ai Fondamenti per il corso di laurea, in quanto l'insegnamento va inteso come formativo, e non già come necessariamente professionalizzante.

2.2. I temi della ricerca e dell'insegnamento: orientamenti attuali e prospettive future – Nell'esaminare le diverse strade possibili nell'ambito di una corretta impostazione dei Fondamenti romanistici del diritto europeo, non terrei separato il discorso della ricerca scientifica da quello dell'insegnamento, dal momento che è buona regola insegnare ciò che si studia.

Osservando la produzione degli ultimi venti anni, è dato riscontrare che gli studi in materia di Fondamenti del diritto europeo vertono su numerose e disomogenee tematiche: la formazione delle categorie della teoria generale del diritto; casistica e sistematica; movimenti di codificazione; tecniche esegetiche; tecniche di argomentazione; schema sillogistico e sussunzione; ricostruzione di principi e regole (e tentativo di distinzione dei primi dalle seconde, ambito di studio, questo, tra i più recenti); ricostruzione diacronica di singole figure giuridiche (istituti) e categorie; interazioni tra economia e diritto (un po' in calo); interazione tra interessi umani e diritto (nell'approccio jheringhiano e della 'Giurisprudenza degli interessi', anch'esso un po' in calo); rinvenimento di elementi recuperabili nell'odierno pensiero o nella odierna tecnica giuridica, specie ai fini della unificazione o armonizzazione del diritto europeo (c.d. neopandettismo di ritorno, poco praticato); commento del richiamo (pertinente o non pertinente) al diritto romano nelle sentenze delle corti nazionali ed europee; deontologia forense.

In ambito giuspubblicistico, a parte la fioritura di studi sul garantismo e sul principio di legalità, sono ancora poche le ricerche trasversali, specie nel campo del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. A tale riguardo, Giuliano Crifò⁶⁴ e Luigi Capogrossi Colognesi⁶⁵ hanno proposto interessanti ambiti di studio: la pluralità dei sistemi normativi e delle giurisdizioni, le politiche di integrazione, le qualificazioni del potere (tematica in cui spicca, negli ultimi due anni, la discussione sul sovranismo), il rilievo degli aspetti religiosi e linguistici. E alcuni di questi temi, in periodi molto recenti, sono stati almeno parzialmente approfonditi.

In effetti, le opzioni ora menzionate già nel 2004 furono in buona parte proposte, ma prospettate come pressoché alternative, nel tentativo di indicare alla comunità scientifica una strada unica e unitaria. Di fatto, negli anni successivi esse si sono rivelate quasi tutte praticabili, e con ottimi risultati, perciò non ci si presentano

⁶⁴ G. CRIFÒ, *Il compito del romanista*, in *Revista Internacional de Derecho Romano* (www.ridrom.uclm.es).

⁶⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni*, cit.; ID., *I fondamenti storici*, cit.

più come reciprocamente escludenti; lo dimostra la circostanza che talora lo stesso studioso investiga ora l'uno, ora l'altro degli ambiti ora elencati.

Direi che un indubbio risultato di carattere generale, prodotto dall'ingresso dei Fondamenti nella nostra didattica e nelle nostre ricerche, è la consapevolezza del fatto che studi conchiusi nella mera esegesi testuale e privi di altri sbocchi di riflessione risultano ormai insoddisfacenti, per l'angustia dei loro orizzonti.

2.3. Una esperienza personale: l'insegnamento dei Fondamenti a Salerno – La mia personale concezione della materia è stata, ed è, quella di illustrare lo sviluppo diacronico di istituti, o principi, regole, categorie, per sottolineare cause e contesti di genesi, iter evolutivo, eventuali modifiche, deperimenti e obliterazioni, o, viceversa, stabilizzazioni. Privilegio questo metodo per lo studio del diritto privato, il cui sviluppo e i cui mutamenti rispondono, a mio parere, al modello evolutivo; diverso approccio ritengo invece vada riservato allo studio del settore giuspubblicistico, per le ragioni che ho esposto in precedenza.

Di recente ho incentrato la mia attenzione sulla casistica romana, dal momento che i dibattiti accesi in Italia sul valore da riconoscere al precedente giudiziale rendono necessario fornire ai nuovi operatori del diritto gli strumenti idonei all'esame del caso e in particolare alla individuazione degli elementi che caratterizzano il fatto, differenziandolo da altri fatti apparentemente simili (tecnica del *distinguishing*). Comincio a seguire questo metodo non solo nell'insegnamento dei Fondamenti nella Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali, ma anche nelle lezioni di Istituzioni di diritto romano, a Salerno materia obbligatoria di primo anno (8 crediti).

Nel complesso, ammetto di essere, nello studio del diritto privato, tendenzialmente una continuista ed evolucionista, credo poco all'applicabilità generalizzata del protocollo 'storia del diritto come storia di cesure', ma ripeto e sottolineo, in ambito giusprivatistico, perché queste cesure, quando di fatto si sono verificate – e talora si

sono verificate— generalmente non hanno sortito effetti duraturi e si è registrato un ritorno in tempi brevi agli assetti precedenti.

2.4. *Segue. La didattica dei Fondamenti nel corso di laurea: i materiali di studio, la risposta degli studenti, i rapporti con i Colleghi* – Intendo quale finalità precipua del mio metodo di insegnamento quella di fare acquisire agli studenti la consapevolezza delle dinamiche del fenomeno giuridico, e quindi della fluidità e della storicità del diritto. Data la complessità della materia, che presuppone una buona assimilazione della cronologia della storia giuridica europea, a mio giudizio i Fondamenti andrebbero studiati non prima del secondo anno di corso, dopo una adeguata preparazione nella storia del diritto privato e pubblico romano e del diritto medioevale e moderno. La formazione di base risulta di particolare importanza ai fini dell'apprendimento dei Fondamenti: lo sviluppo diacronico del diritto europeo risulta di difficile comprensione e apprendimento per gli studenti universitari provenienti da scuole nelle quali le materie storiche e le lingue antiche sono poco approfondite.

Nel complesso, gli studenti del corso di laurea in Giurisprudenza si dimostrano molto interessati alla materia dei Fondamenti, a differenza di quanto è dato osservare, paradossalmente, con riguardo agli iscritti alle SSPL, il cui atteggiamento trova però una giustificazione tanto nella abolizione della obbligatorietà dei riferimenti storici per il tema di diritto civile nel concorso per la magistratura ordinaria, tanto nella ormai diffusa ‘ansia da professionalizzazione’ e da ‘spendibilità del titolo sul mercato del lavoro’.

Quanto agli esiti dell'insegnamento in sede di esame, si nota che soltanto i migliori studenti del corso di laurea riescono ad assimilare e ad esporre in modo completo e ordinato ragioni e caratteri dello sviluppo diacronico di istituti, categorie, regole e quant'altro attiene ai Fondamenti del diritto europeo. In particolare, eccellono gli studenti provenienti dagli studi classici, più avvezzi allo studio della storia e delle sue periodizzazioni.

Mi sembra che continui a sussistere qualche incertezza nella scelta dei programmi di insegnamento: ancora si discute se sia più

opportuno optare per trattazioni monografiche che affrontino la materia *per exempla* o, viceversa, per manuali che prospettino un quadro d'insieme. Altro dilemma è quello se privilegiare la storia interna o la storia esterna della tradizione romanistica e delle vicende legate allo *ius commune*.

A mio avviso, nell'operare una scelta, è necessario valutare la formazione degli studenti nella cui sede universitaria va impartito l'insegnamento dei Fondamenti. Può rivelarsi pertanto necessario un intreccio tra i due percorsi sopra menzionati. E molto, nel dosaggio di queste componenti, dipende da come viene svolto l'insegnamento di Storia del diritto medioevale e moderno, che dovrebbe risultare comunque prodromico allo studio dei Fondamenti. Nelle sedi in cui i colleghi di IUS 19 adottano un manuale, come quello di Adriano Cavanna⁶⁶, idoneo a fornire un quadro d'insieme della storia della cultura giuridica occidentale per il periodo successivo alla morte di Giustiniano, per i Fondamenti da insegnarsi agli studenti del corso di laurea si può scegliere una tematica monografica o comunque una trattazione di sola storia 'interna'. Altrimenti, occorre preliminarmente fornire i necessari orientamenti di quella 'storia esterna', che a torto, secondo me, viene sottovalutata da alcuni Colleghi alla stregua di 'un raccontino informativo'. La storia esterna è invece indispensabile per chi queste 'informazioni' non ha ancora ricevuto ed assimilato; e, d'altra parte, tutte le nozioni istituzionali sono in buona sostanza 'informative' e semplificanti, eppure la loro conoscenza e il loro puntuale apprendimento risultano assolutamente irrinunciabili, se si vuole poi procedere allo step successivo, costituito dalla valutazione critica delle stesse.

Per gli iscritti alla Scuola di Specializzazione ritengo invece che l'insegnamento dei Fondamenti debba necessariamente fare riferimento a *exempla* afferenti al diritto privato romano, con esclusione pressoché totale di elementi di 'storia esterna'.

Quanto ai rapporti con i Colleghi di Dipartimento, il criterio ispiratore dell'insegnamento dei Fondamenti dovrebbe essere,

⁶⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2 voll., Milano 2005-2015.

a mio parere, quello romano dello *ius suum cuique tribuere*: lasciare cioè i dovuti approfondimenti ai canonisti e ai medioevisti per lo studio del processo c.d. romano-canonico, dei canoni conciliari e del *Decretum Gratiani* (sebbene, data la formazione dell'*utrumque ius* nell'età di mezzo, qualche accenno non si possa precludere ai romanisti), degli *iura propria*, della *lex mercatoria*, degli statuti, dei *libri feudorum*, agli internazionalisti e ai docenti di Diritto dell'Unione Europea il percorso di formazione del nuovo diritto europeo, ai vigentisti quanto attiene alle codificazioni nazionali del Novecento e a quelle attualmente in vigore, ai comparatisti il confronto tra i grandi sistemi giuridici, alla luce delle loro rispettive tradizioni. Ma pochissimi colleghi di altri settori hanno un'esperienza tanto vasta da potere ambire all'insegnamento di questi profili, atti ad integrare i Fondamenti romanistici del diritto europeo. Non circolano, d'altra parte, manuali utilizzabili per l'insegnamento dei Fondamenti che non siano stati scritti da romanisti. Il che, in Italia, ha forse la sua ragion d'essere nel fatto che i Fondamenti sono incardinati nel settore scientifico-disciplinare IUS 18.

Perciò, a Salerno, dopo tenaci resistenze iniziali, i Colleghi di Dipartimento hanno lasciato a noi romanisti, anche se non sempre di buon grado, l'insegnamento della materia.

Ritengo che campo d'elezione dei romanisti nell'insegnamento dei Fondamenti sia costituito dalla vicenda e dalla tradizione del diritto romano (inteso questo come complesso di figure giuridiche, regole e categorie, ma anche come pensiero scientifico, sistematica) nel corso dei secoli, previa mera segnalazione di fattori ed elementi con esso interferenti, ma che non costituiscono nostro precipuo oggetto di studio (per es. diritti franco-germanici, *iura propria*, diritto canonico, giurisprudenza dei grandi tribunali etc.).

Per conseguenza, ho accolto senza polemizzare la richiesta avanzata dai Colleghi salernitani privatisti, comparatisti e internazionalisti, di ridenominare la disciplina 'Fondamenti romanistici del diritto europeo', atteso, almeno dal mio punto di vista, che la tradizione romanistica è la principale, ma di certo non l'unica radice del diritto europeo. L'insegnamento è stato poi soppresso nel 2014, insieme a

tutti gli altri complementari. Abbiamo adesso avanzato al richiesta di riattivazione dell'insegnamento.

2.5. I Fondamenti nelle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali – Da quando i riferimenti al diritto privato romano nel tema di diritto civile del concorso in magistratura è diventato facoltativo, gli specializzandi oppongono un rifiuto generalizzato alla materia dei Fondamenti, a meno che non si mascheri come Fondamenti una lezione di vero e proprio diritto civile vigente, con assai sporadici riferimenti ai precedenti romani. Per quella che è la mia esperienza nelle Scuole di Specializzazione di Napoli e di Salerno, soltanto in ambiti assai specifici (per esempio, i negozi fiduciari, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) viene accettato il contributo dei Fondamenti, purché in 'ottica professionalizzante' o almeno coadiuvante rispetto al superamento delle prove scritte dei concorsi. Poco interesse suscita, per le medesime ragioni, ogni discorso concernente le tecniche dell'argomentazione e la storia del pensiero giuridico (a meno che non si investa direttamente il tema della sussunzione o del sillogismo giudiziale odierno). Gli studenti specializzandi che non eccellono mostrano assai poco interesse per la storia del diritto in quanto tale, essendo disposti a prestare ascolto soltanto a quanto può agevolare l'elaborazione delle prove scritte nei concorsi, a differenza dei pochi eccellenti, i quali invece scoprono con passione i percorsi evolutivi della nostra storia giuridica, ma sempre a condizione che tali profili vengano, dai docenti dei Fondamenti, strettamente correlati con figure o categorie o regole del diritto vigente, o con qualche recente sentenza.

Nella SSPL dell'Università degli Studi di Salerno sono destinate all'insegnamento dei Fondamenti del diritto europeo, riservato ai docenti di Diritto romano, soltanto 4 ore complessive nel primo anno del corso. Data la difficoltà dell'insegnamento della materia, che richiede una esperienza molto vasta, né medioevisti, né privatisti né comparatisti, né internazionalisti si sono proposti per l'insegnamento di questa materia.

UN'ESPERIENZA DIDATTICA

1. *Di fronte alla novità* – Le osservazioni che cercherò di formulare muovono essenzialmente dalla mia personale esperienza didattica (iniziata nel 2011, e tuttora in corso). Non, ovviamente, perché essa abbia in sé nulla di eccezionale – al di là di qualche specificità nella sua struttura e articolazione, come vedremo –, ma per condividere, assieme ai colleghi che impartiscono il medesimo insegnamento¹, la riflessione da cui è maturata e la progressiva curvatura che le ho impresso.

Il profilo della didattica è del resto quello su cui reputo probabilmente più proficuo interrogarsi parlando di *Fondamenti del diritto europeo*: nel senso che essi costituiscono una felice opportunità di cui da vent'anni possiamo fruire nella nostra offerta didattica («una occasione da non perdere», come subito la qualificò Capogrossi Colognesi)², mentre nella sostanza della ricerca direi

¹ Quale ne sia la denominazione, la collocazione entro il piano di studi, il carattere (obbligatorio, obbligatorio-opzionale o facoltativo) e il carico didattico: la varietà delle soluzioni, che emerge dalla ricca e puntuale panoramica offerta da Paolo Ferretti, è davvero considerevole, e a suo modo significativa.

² *Riflessioni su "I fondamenti del diritto europeo": una occasione da non perdere*, in *Iura* 51 (2000 [ma pubbl. 2003]), 1 ss. Dello stesso autore si vedano anche *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index* 30 (2002), 168 ss. e *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra*

che secondo logiche non molto lontane – pur se diversamente declinate – si sono sempre mosse correnti rilevanti della nostra disciplina, soprattutto in Italia e Germania.

E ciò non solo in quanti, dopo il declino del paradigma pandettistico, hanno saputo reimpostare su nuove basi il ruolo della romanistica in seno agli studi di diritto (penso ad esempio a figure esemplari, anche nel loro essere pressoché antitetiche, quali Betti e Orestano)³, ma già e forse ancor più fra Otto e Novecento, prima di quella «serrata disciplinare»⁴ che ha reciso gran parte del dialogo con gli altri giuristi e ci ha fatto concentrare su quanto dovrebbe costituire il cuore dell'esperienza romana (il diritto privato, cosiddetto «classico»), ma in forme tali da consegnarci come alla periferia tanto della scienza giuridica quanto della storiografia antichistica: davvero impegnati, per riprendere una formula evocata da Santucci, a «decifrare scritti che non hanno nessun potere»⁵.

Peraltro privilegiare la prospettiva della didattica non significa, naturalmente, che essa possa funzionare di vita propria, distinta e per certi versi «minore», senza un'autentica osmosi con la ricerca

XX e XXI secolo. *Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, a cura di E. Stolfi, Torino 2006, spec. 99 ss.

³ E, nella nostra prospettiva, al secondo ancor più che il primo. Peraltro, si rivela forse riduttiva anche l'immagine (di recente rinvenibile, ad esempio, in E. MURA, *Emilio Betti, oltre lo specchio della memoria*, in E. BETTI, *Notazioni autobiografiche* [scritte nel 1944 ed edite, con aggiornamenti, nel 1953], rist. Padova 2014, XXXIII) di un Betti che dialogava immediatamente ed esclusivamente con gli antichi *prudentes*, prestando scarsa attenzione alla lunga catena di letture e rivisitazioni che i loro testi hanno innescato – basti pensare al ruolo, da lui stesso più volte riconosciuto, di Cuiacio.

⁴ Mi sono già servito di quest'immagine, in pagine che qui presuppongo: cfr. E. STOLFI, *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC Roma 10-11 ottobre 2014*, a cura di L. Vacca, Napoli 2017, spec. 95 ss., e ID., *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Torino 2016, spec. 26 ss.

⁵ Si veda G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 63 ss.

scientifico. Osmosi che invece almeno due circostanze concorrono qui a rendere proficua ed essenziale, ancor più che in altri frangenti. Da un lato, il carattere avanzato di questi insegnamenti, impartiti all'interno dei corsi di laurea o addirittura delle scuole di specializzazione per le professioni legali⁶ (il che pone invero questioni ulteriori, e determina aspettative diverse)⁷. Dall'altro il taglio preminente con cui vengono svolti, teso a privilegiare scavi

⁶ Senza dimenticare quelli attivati anche fuori dei Dipartimenti di Giurisprudenza: in ambiti talora contigui (come quello politologico: è il caso, a Siena, di Stefania Pietrini), altre volte, almeno in apparenza, alquanto distanti, e che richiedono perciò un'impostazione peculiare, ancor più mirata al particolare contesto (penso a Michele Antonio Fino, nell'«Università di Scienze Gastronomiche», a Pollenzo). Si tratta comunque di laboratori ed esperienze estremamente interessanti, che contribuiscono a sollecitare nuove opportunità formative, e inducono a riflettere sul possibile interesse che la storia giuridica (antica, e non solo) può riscuotere, se proposta in termini adeguati, anche in percorsi universitari diversi da quelli tradizionali.

⁷ In quanto rivolgersi a (neo)laureati, avviati a sostenere i concorsi o esami che danno accesso alle tre classiche professioni giuridiche, presenta un vantaggio indubbio (quello di essere finalmente esonerati da una semplificazione estrema), ma richiede anche una specifica rimodulazione del discorso, che non può rimanere troppo astratto, o meramente culturale, privo di concrete (e ben visibili) implicazioni con le finalità operative cui è rivolto l'interesse dell'auditorio. Qui, in effetti, le occasioni da non sprecare sono due: oltre a quella dei *Fondamenti del diritto europeo* (per la nostra disciplina), quella delle stesse Scuole di Specializzazione (per i Dipartimenti di Giurisprudenza). E il contesto contribuisce ad accentuare le ragioni che militano a favore di un'impostazione didattica concentrata su argomenti circoscritti: problemi da collocare entro un quadro teorico e in determinati tratti di andamento, ma soprattutto da affrontare nel vivo della casistica. Buon senso ed esperienza inducono anzi a pensare che, per questo tipo di lezioni, il taglio più stimolante e fruttuoso consista proprio nel prendere le mosse da qualche ipotesi oggi prospettabile (o effettivamente affrontata in sede giudiziaria) e risalire a ritroso – «zoommare» all'indietro, nel tempo e nello spazio (virtuale del sistema, o di quanto ne rimane) –, alla ricerca di spunti che contribuiscano a impostare correttamente la questione. E qui ovviamente si apre al docente (anche in ragione della casistica esaminata) un ventaglio di possibilità: dal lavoro più radente al contenuto delle disposizioni coinvolte a una riflessione sulle tecniche di interpretazione e sulle strategie argomentative cui fare ricorso.

puntuali attorno a singole figure o problematiche⁸, con rilevazioni specifiche che non si reggono senza avere alle spalle indagini mirate, che vadano al di là degli steccati cronologici e degli interessi usuali a molti di noi.

E tuttavia anche in quest'interazione fra momento didattico e scientifico occorre particolare cautela, ed equilibrio. Sempre benvenuti gli sconfinamenti, le dilatazioni di prospettiva, le indagini sul crinale fra più stagioni o specialismi: ma purché non venga compromessa l'identità di una disciplina, smarrito il suo risalente bagaglio di competenze, asservito a compiti ancillari rispetto ad altri momenti e snodi del sapere giuridico.

Né personalmente trovo – per rispondere a uno dei quesiti che gli organizzatori di quest'incontro ci rivolgevano – che l'attenzione prestata, e doverosamente, all'opportunità (in primo luogo) didattica dei *Fondamenti del diritto europeo* possa e debba essere spinta al punto di ridefinire la stessa nomenclatura del nostro settore scientifico disciplinare. Rispetto ad essa trovo semmai esecrabile l'assenza del termine «Storia» (che quasi rimane monopolio dei colleghi di IUS 19)⁹. Ritengo invece affatto opportuna, e da conservare, le menzione anche degli altri «diritti dell'antichità»: anche i meno spendibili in una logica di più immediata definizione di un comune

⁸ Vi torneremo, al § 3.

⁹ Da cui la scelta, che nel mio Dipartimento sono riuscito a far approvare, almeno di denominare *Storia del diritto romano* l'insegnamento obbligatorio del I anno, ma per includervi anche una ricostruzione del diritto privato, da ripercorrere anch'esso lungo un itinerario plurisecolare, dall'età arcaica sino al regno di Giustiniano: un'opzione, lessicale e contenutistica, che nella sostanza non si discosta poi molto da autorevoli modelli tardo-ottocenteschi. Per qualche considerazione in merito cfr. E. STOLFI, *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC Roma 22-23 febbraio 2013*, a cura di L. Vacca, Napoli 2014, 2 s. nt. 4 e ID., *Studio e insegnamento del diritto romano*, cit., 27 ss. L'esigenza di una trattazione isagogica che abbandoni fuorvianti segmentazioni, per disporsi in chiave strettamente diacronica, così da seguire in modo congiunto i mutamenti delle forme costituzionali, delle modalità di produzione del *ius*, dell'assetto del diritto privato e della repressione criminale, è alla base anche della proposta formativa cui tende la *Storia giuridica di Roma*, a cura di A. Schiavone, Torino 2016.

patrimonio giuridico europeo – logica che peraltro, se guardiamo al versante delle forme e teorie costituzionali, imporrebbe di prestare non minore attenzione a quanto la Grecia ha offerto alla storia delle istituzioni occidentali¹⁰.

In altre parole, non fraintendiamo quest'occasione per vedervi la nostra estrema thule, disperata o salvifica, decisi – già oservava Talamanca¹¹ – a «barricarsi in questo modo a difendere l'ultima trincea dell'ultimo fortino coloniale». Non è solo attorno ai *Fondamenti del diritto europeo* che si gioca il nostro futuro, che dipende piuttosto dalla capacità di rinnovare (oltre, ovviamente, alle metodologie di indagine scientifica) l'intera offerta didattica delle materie romanistiche. E non sarà l'impostazione di quel corso nelle forme più aderenti allo studio comparatistico o all'analisi del diritto vigente – sino quasi a snaturarci – che potrà garantire un'efficace scorciatoia (poiché tale rimarrebbe), o tenerci immuni da quella presunzione (per ora solo relativa) di inutilità di cui siamo spesso oggetto, al punto di doverne quotidianamente fornire la prova in contrario.

Torniamo comunque all'esperienza che ho personalmente maturato, nel corso di otto anni. Segnalo qui una piccola singolarità senese, che non mi sembra replicata altrove: la scelta di impartire il nostro insegnamento quale un modulo (da 6 CFU) di un corso più

¹⁰ Impossibile qui soffermarsi sul punto, sul quale sono del resto tornato in varie occasioni. Mi limito a due citazioni, a loro modo esemplari: quelle delle efficaci sintesi di E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova 1997 e P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna 2007: ampiamente costruite, entrambe, attorno a una rilettura dei paradigmi antichi, greci non meno che romani. Il lascito che ancora appare ineludibile termine di confronto a costituzionalisti, politologi e storici delle istituzioni pubbliche, viene spesso relegato dai giusantichisti in uno spazio erudito e marginale, sporadicamente affrontato in qualche corso facoltativo. Come se apprendere le radici delle nostre idee di costituzione, democrazia, eguaglianza e libertà (solo per indicare qualche nozione, non proprio secondaria) fosse di scarsa importanza per quanti avranno a che fare col diritto! Si veda anche quanto rilevato più avanti, nel testo e nt. 24.

¹¹ *Relazione*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di P. Zamorani, A. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005, 37.

ampio (di complessivi 12 CFU), denominato *Fondamenti romanistici del diritto europeo e storia delle codificazioni moderne*, del quale l'altro modulo è affidato a uno storico del diritto medievale e moderno (dapprima Giulio Cianferotti, attualmente Floriana Colao). Alla base di questa soluzione vi furono, come non di rado accade, anche ragioni contingenti e personali: dal riordino del piano di studi della nostra laurea magistrale quinquennale voluto dal preside di allora (Roberto Guerrini), giustamente incline a ridurre il numero degli esami e compattarne l'insegnamento, alla profonda stima che sempre mi ha legato al *conlega maior* Cianferotti – uno storico e un giurista autentico, col quale ho condiviso molteplici esperienze, anche di ricerca¹².

Ma vi era soprattutto, fortemente avvertita da entrambi, un'esigenza formativa: quella di evitare un assetto del piano di studi che – se, come in altre sedi, avesse contemplato l'obbligo di acquisire (dopo i 9 del primo anno) 12 CFU optando o per una materia integralmente di IUS 18 oppure per una di IUS 19 (questa l'alternativa che ci era prospettata) – avrebbe determinato la conseguenza che quanti potevano fruire di un insegnamento romanistico avanzato, posti finalmente al lavoro su testi e casi¹³, avrebbero ignorato quasi tutto della storia giuridica più recente¹⁴, e viceversa.

L'esito cui siamo pervenuti, e per il quale è stato decisivo il reciproco rispetto e il riconoscimento delle rispettive potenzialità didat-

¹² Si vedano ad esempio L. GAETA, E. STOLFI, *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco*. Con una *Introduzione* di Giulio Cianferotti, Avigliano (PZ) s.d. (ma 2007); G. CIANFEROTTI, *Note sulla figura della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in *Studi Senesi* 126 (2014), 226 ss.; E. STOLFI, *Persona: Von der Maske zum Rechts-subjekt*, *ibid.*, 405 ss.; ID., *Per un'analisi della storia (non solo) giuridica. A proposito del "1914" di Giulio Cianferotti*, in *Studi Senesi* 129 (2017), 564 ss.

¹³ Tornerò su questo punto, per me assolutamente essenziale: *infra*, §§ 2 e 3.

¹⁴ Relativa alla decisiva esperienza dei codici otto-novecenteschi, opportunamente affrontata da Cianferotti non solo nella sua dimensione estrinseca – come vicenda di progetti, lavori di commissioni e approvazioni legislative –, ma anche (e soprattutto) nel merito delle ideologie che vi confluirono e delle soluzioni tecniche cui approdarono: decisivo «ponte» per una riflessione critica sull'ordinamento oggi vigente, e rispetto ai corsi pertinenti ai suoi diversi settori.

tiche (come discipline e come docenti), continua ad apparirmi per molti versi soddisfacente. Qualche perplessità può semmai sollevare la collocazione dell'insegnamento nel piano di studi: in effetti, la circostanza che esso sia previsto al II anno – diversamente da quanto riscontrabile presso altri Dipartimenti di Giurisprudenza – limita le possibilità di un livello davvero avanzato delle lezioni, destinate a studenti che hanno appreso appena i rudimenti della storia giuridica e del diritto privato.

È peraltro vero che dobbiamo fare i conti con la realtà dell'istruzione superiore, tutt'altro che entusiasmante (per usare un eufemismo): nel senso che anche fra gli allievi dell'ultimo anno non fioccano proprio i Bartolo e i Savigny, e che un intervallo troppo consistente fra i nostri corsi rischia – entro un sistema in cui le nozioni di un esame svaniscono due ore dopo che esso è stato superato – di far costruire quello più progredito sull'illusione che i dati istituzionali siano ancora ben presenti, e magari arricchiti tramite il confronto con quanto appreso da altri insegnamenti. Tutto sommato, un percorso più compatto, interamente collocato nel biennio iniziale (salvo eventuali materie facoltative), si rivela forse meno ambizioso ma garantisce qualche vantaggio: nel segno di una continuità essenziale, tanto più perché coinvolge il primo, e decisivo, tratto dell'itinerario di studio.

In definitiva, direi che ai *Fondamenti del diritto europeo* sono giunto mosso da un duplice fattore: da un lato, e guardando alla mia materia, la convinzione della persistente efficacia formativa dell'analisi delle tecniche di lavoro degli antichi giuristi, seguite sul campo (vi tornerò); dall'altro, e rispetto ai settori disciplinari limitrofi, una contingenza fortunata, legata al fatto che anche i rapporti accademici (così come gli effettivi risultati di un insegnamento, agli occhi dei discenti) sono sempre determinati dagli uomini, in carne e ossa, che concretamente ne sono protagonisti – è lo stesso *intuitus personae* che mi aveva condotto, pochi anni prima, ad accettare ben volentieri la proposta di un altro collega stimatissimo (il civilista Stefano Pagliantini), così da impartire congiuntamente un corso facoltativo di *Diritto europeo dei contratti*, che è stato per me come il preludio e il laboratorio di quello che ora più interessa.

Quando ho iniziato a insegnare (il mio modulo di) *Fondamenti del diritto europeo*, erano peraltro trascorsi oltre dieci anni dalla loro attivazione, coi dibattiti che ne erano seguiti, e dei quali ho cercato di far tesoro. Era apparso subito evidente che si trattava, come detto, di un'importante opportunità didattica. E anche di un'occasione per rivedere radicalmente il senso e gli obiettivi della «offerta formativa» (secondo la terminologia ormai in voga) che impegna i romanisti. L'attivazione dei *Fondamenti del diritto europeo* è stata già in questa logica utilissima. Ci ha costretto ad abbandonare ogni supina accettazione di canovacci espositivi consolidati: quelli che, per altri corsi, potevamo in molti casi ereditare dai nostri maestri.

Neppure vi erano, a fronte dei testi più o meno canonici da adottare per *Istituzioni* e *Storia*, manuali specifici – era ad esempio difficile considerare tale, nonostante il significativo spazio che vi è riservato alle soluzioni romane, il libro di Peter Stein¹⁵. Del resto una specifica produzione destinata alla didattica si è venuta sviluppando lentamente, e seguendo vie difformi, spesso con taglio circoscritto, alla stregua di «materiali» inerenti questa o quella area (o macroarea) tematica: come ad esempio nei due volumi di Cannata¹⁶ o nelle diverse versioni dell'indagine che Luchetti e Petrucci hanno intrapreso a ritroso, partendo dapprima dai «Principles of European Contract Law» e poi dal «Draft Common Frame of Reference»¹⁷ (secondo un itinerario¹⁸ che è invece ricondotto

¹⁵ *Fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, trad. it. Milano 1987 e 1995 [ed. or. 1984].

¹⁶ Si veda C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2005 e II, Torino 2008.

¹⁷ Si tratta di G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna 2006; IDD., *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna 2009; IDD., *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010; IDD., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010.

¹⁸ Il quale può invero destare, a mio avviso, qualche perplessità: cfr. E.

all'usuale andamento diacronico, ma mantenendo la medesima opzione tematica, nel recentissimo volume del solo Petrucci)¹⁹. Libri, osservo per inciso, che io stesso – almeno per gli studenti non frequentanti – ho adottato per anni, e con buoni risultati (per quanto è ormai lecito attendersi), prima del mutamento che ho cercato di imprimere all'impostazione del corso²⁰.

Ma qualcosa di simile potrebbe dirsi, ad esempio, anche per i *Testi e percorsi* di Lambertini²¹, coi sondaggi che egli propone su alcuni specifici temi (*traditio*, «proprietà fiduciaria», commorienza, responsabilità del giudice) e per le due edizioni del lavoro di Santucci (con gli approfondimenti attorno a *utilitas contrahentium*, *diligentia quam in suis* e *iniuria* nell'illecito aquiliano)²²; mentre un discorso a parte meriterebbe l'ampio affresco dedicato da Laura Solidoro a *La tradizione romanistica nel diritto europeo*: felice e documentatissima opera di sintesi²³, che deve però in molti tratti farsi inevitabilmente «storia esterna», e col rischio altrettanto ineludibile di sovrapporsi alle trattazioni isagogiche dedicate al diritto

STOLFI, *Rezension* zu G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti del diritto contrattuale europeo*, cit., in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 7.2 (2019), 74.

¹⁹ *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino 2018.

²⁰ Su cui *infra*, § 3.

²¹ Cfr. R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010.

²² Mi riferisco a G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2010 e 2018², di cui trovo fra l'altro apprezzabile il risalto subito attribuito, nel sottotitolo, a una polarità decisiva in qualsiasi narrazione storico-giuridica (soprattutto) di lungo periodo, su cui si veda anche *infra*, § 3. A cura dello stesso Santucci ricorderei anche *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli 2012, da porre a confronto col materiale ancor più eterogeneo, di vari autori e su disparati temi, raccolto in M.P. BACCARI (a cura di), *Fondamenti del Diritto Europeo. Lezioni*, Modena 2008, e soprattutto coi diversi volumi (pur non di taglio strettamente didattico) che da oltre dieci anni sono scaturiti dal laboratorio sui *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*.

²³ Si tratta di L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. I. *Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Torino 2011² ed EAD., *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. II. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010.

medievale e moderno. Senza dimenticare esperimenti interessanti e originali, come quelli realizzati tramite l'apertura al diritto pubblico e il coinvolgimento dell'eredità greca²⁴: al che però necessariamente consegue il ritorno a un'esposizione alquanto selettiva, se non a tratti volutamente rapsodica.

Non vi era dunque, né poteva esservi, alcuna impostazione tradizionale, e neppure una consolidata cernita di argomenti, sulla quale adagiarsi – a meno di non indulgere, come talora è accaduto, in operazioni meramente di facciata, tramite le quali presentare come un discorso didattico inerente ai *Fondamenti del diritto europeo* segmenti di ricerche relative ad argomenti esclusivamente di storia giuridica antica²⁵. In definitiva, ci siamo dovuti faticosamente «inventare» un metodo (e in certa misura anche un oggetto) di insegnamento: ciascuno a suo modo, all'insegna di quel pluralismo di impostazioni e di sensibilità che rimane ai miei occhi una delle grandi ricchezze della nostra disciplina (se, naturalmente, praticato con eguale serietà, e con reciproco rispetto).

²⁴ Penso soprattutto a F. COSTABILE, R. LAURENDI, *Fondamenti Romanistici del Diritto Europeo. Diritto pubblico e diritto privato alle origini della realtà contemporanea dell'Europa*, Reggio Calabria 2015 e F. COSTABILE (a cura di), *Atene e Roma: alle origini della democrazia moderna e la tradizione romanistica nei sistemi di Civil law e di Common law*, Torino 2016. Di «archetipi» o «presupposti fondamentali» della comune cultura giuridica europea – così da includere senz'altro, a sua volta, principi e questioni di diritto pubblico (dal «rapporto fra cittadino e Stato» alle diverse modalità di produzione normativa sino ai modelli ricomponibili in merito all'esercizio della funzione giurisdizionale) – si trattava, sia pure con diverso taglio (e tutt'altro orientamento ideologico), anche in G.L. FALCHI, *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano 2007.

²⁵ Col risultato di conferire nomi nuovi a contenuti sempre eguali, decisamente lontani – a me sembra – rispetto a quanto ci veniva richiesto, e proposto. Confesso ad esempio di non riuscire a cogliere il nesso che col nostro insegnamento, in riferimento al quale il libro pure era scritto e adottato (dall'autore medesimo), avrebbero le pagine di «*exempla*» contenute in F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, Napoli 2007, 71 ss.: dedicate alla condizione femminile della donna a Roma, alla «guerra 'domestica' di Pisone» e alla *diligentia quam in suis* nei (soli) «giuristi romani classici» (pagine riproposte in ID., *Fundamenta*, Napoli 2012², 103 ss., sia pure accanto ad altre che almeno in astratto, guardando ai temi che aspirano a trattare, potrebbero riuscire più pertinenti).

E in questo spaesamento, per certi versi salutare e liberatorio, siamo stati indotti a meditare, interrogarci, sondare differenti itinerari. Ci siamo misurati con varie questioni, di natura metodologica e di efficacia formativa, di ordine sostanziale o espositivo: non escluso il profilo del nostro «appeal», che significa non solo adeguarsi pedissequamente a ciò che i nuovi tempi impongono, ma anche sforzarci di valorizzare il molto che abbiamo, come comunità di studiosi e docenti, e che ci viene da lontano.

2. *Quattro esigenze* – Per tornare ancora alla mia personale esperienza, che pure ovviamente si colloca nel contesto dell'esperienza collettiva appena rievocata, segnalerei almeno quattro esigenze che ho avvertito come preminenti e ho quindi, nei limiti delle mie capacità, cercato di soddisfare.

In primo luogo, e molto banalmente, la necessità di «prendere sul serio» il nuovo insegnamento, sforzandomi di conferirgli uno statuto autonomo e peculiare, che non lo rendesse un mero doppiopione di altri corsi giusantichistici, o solo un pretesto per riproporre in differenti vesti stilemi didattici a me più familiari (e perciò assai più comodi da praticare). Fin da subito mi è apparso evidente che l'opportunità era davvero tale solo se affrontata con la consapevolezza che essa richiedeva una serrata riflessione preliminare, e poi energie, studi preparatori, sperimentazioni – e che non poteva certo risolversi nell'ennesima gherminella gattopardesca tanto cara al costume (non solo accademico) italiano.

In secondo luogo, l'esigenza di evitare il più possibile equivoci, sovrapposizioni o *casus belli* coi comparatisti e soprattutto coi colleghi di IUS 19: anche con quelli fra loro (in verità non numerosissimi) che non si appagano di una storia giuridica «esterna», e rimangono pertanto, almeno potenzialmente, fra i nostri interlocutori privilegiati – laddove, rispetto agli altri, il rischio è di dover assolvere una funzione suppletiva: il che può anche riuscire remunerativo, ma non è particolarmente gratificante, e alla lunga incrementa attriti e incomprensioni.

Da qui ad esempio la necessità – a cui ho sempre cercato di far fronte, nelle prime lezioni, ma che richiederebbe forse una presa di posizione più ampia e condivisa, direi quasi istituzionale – di un chiarimento circa il significato da conferire ai termini più ambigui con cui questo insegnamento è indicato. Il che, in riferimento alla denominazione del corso da me impartito (*Fondamenti romanistici del diritto europeo*), vale forse per l'aggettivo «romanistici»²⁶ ancor più che riguardo al sostantivo «fondamenti» e al sintagma «diritto europeo» (sulla polisemia dei quali il dibattito è stato subito intenso)²⁷. Senza dimenticare che l'idea stessa di «diritto» – non dico la sua definizione: compito dinanzi al quale tende a disperare anche il teorico più raffinato – può essere (anche) nella nostra prospettiva configurata in molteplici vesti, con conseguenti selezioni di ben diversi profili su cui concentrarsi: «diritto (europeo)» potrebbe così indicare il complesso delle norme vigenti, la cultura e tradizione giuridica, il repertorio di concetti e tecniche con cui lavorano i giuristi, i tratti di fondo dei sistemi giuridici, il

²⁶ Da porre inevitabilmente in relazione con un concetto discusso come quello di «tradizione romanistica». Nozione legittima e anche proficua, a mio avviso, laddove non tenda ad alcuna apologia dell'antico né a legittimare ossessive letture romanocentriche, ma miri piuttosto a marcare delimitazioni e distinzioni fra quanto fu proprio dell'esperienza giuridica antica (del «diritto romano dei romani», secondo la felice terminologia di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 457 ss.) e quanto è ascrivibile solo alle sue rivisitazioni posteriori, con la pressione che esse esercitarono sui testi del *Corpus iuris* e le innovazioni teoriche, corpose e talora eclatanti, che ciò comportò. Per qualche indicazione in proposito, posso rinviare a E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica». L'elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in RDR. 2 (2002), 441 ss. ove bibl. e ID., *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 6 ss.

²⁷ Ed è ben riassunto da G. SANTUCCI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo*, cit., 1 s. ove bibl. Francamente non direi che si trattasse (e si tratti tuttora) di un problema esclusivamente nominalistico, come lo liquidava Talamanca (*Relazione*, cit., 36), notoriamente poco incline a questo genere di questioni. Cfr. anche F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, a cura di M.P. Baccari, C. Cascione, II, Napoli 2006, 1949 ss.

complesso dei «formanti» (in senso sacchiano) nella loro diversa incidenza storica, e così via.

La terza esigenza che ricorderei è stata quella di sfruttare appieno l'occasione di un insegnamento avanzato (e nel caso senese obbligatorio), nel quale poter addestrare gli studenti su un duplice versante. Da una parte, tramite il diretto confronto con le fonti – antiche ma anche medievali e moderne, e sempre offerte nella lingua originale, da tradurre insieme, mostrando *per tabulas* come già in questo risieda un fondamentale atto di attribuzione di senso, con scelte delicate e incisive²⁸. Dall'altra, ripercorrendo l'analisi casistica e le modalità di ragionamento dei giuristi del passato: il che rimane ai miei occhi quanto vi sia tuttora di più educativo nel patrimonio testuale che essi ci hanno trasmesso²⁹.

Una duplice prospettiva di lavoro che, soprattutto nel suo secondo elemento (di cui però il primo costituisce l'ineludibile presupposto), mi sembra della massima importanza: oggi ancor più di ieri, sebbene sia invero dagli anni di Scialoja e poi di Betti (ma potremmo agevolmente spingerci molto più indietro) che i nostri *maiores* hanno costruito sul Digesto «l'occhio clinico» di

²⁸ Una scelta (certo non unanimemente apprezzata ...) che mi premuro di spiegare illustrando come la traduzione sia, appunto, senz'altro riconducibile a una forma di interpretazione (quella «riproduttiva», secondo lo schema, discusso ma senza dubbio suggestivo, di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, ediz. corretta e ampliata [a cura di G. Crifò] Milano 1990, 635 ss., spec. 660 ss.).

²⁹ Tanto che non esiterei ancora a sottoscrivere ciò che, quasi novant'anni fa, Emilio Betti scriveva nel presentare un testo destinato alla didattica (si tratta delle sue *Esercitazioni romanistiche su casi pratici. I. Anormalità del negozio giuridico*, Padova 1930): «Sentire il diritto come problema; convincersi che la soluzione dipende essenzialmente dal modo di proporsi la questione; ricreare il caso e la sua decisione come attualità viva e nuova; educarsi alla logica perenne dell'argomentazione giuridica. Ecco quel che importa. Il resto è inerte informazione, e non giova. O, se giova, non ha che una funzione strumentale e subordinata». Su quest'opera del giurista camerte, e sul disegno che vi era sotteso, cfr. G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere», cit., 92 ss. e ora E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, in corso di pubblicazione negli *Atti* del convegno di Bergamo dell'ottobre 2018, intitolato *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*.

generazioni di giuristi. Non escluderei anzi – con buona pace di quanti ritengono che l'avvenire degli studi giuridici dipenda dal dar seguito a slogans del tipo «meno diritto romano, più diritto dell'informatica!»³⁰ – che simili forme di insegnamento possano anche fungere da stimolo per una rimodulazione didattica delle stesse materie di diritto vigente, non di rado ancora inchiodate alla sola illustrazione delle disposizioni generali e astratte che regolano i vari settori, con novità che si esauriscono nell'inseguire l'intervento legislativo più recente anziché coinvolgere l'impianto critico dell'esposizione, e quindi le tecniche tramite le quali l'operatore giuridico lavora con quelle disposizioni, ne fa autentiche norme, ossia misura e canone per le concrete situazioni e gli effettivi interessi via via coinvolti.

Una duplice, arricchente, prospettiva che è esattamente quella cui si è invece costretti a rinunciare, quasi completamente (a meno di confidare nel successo di qualche materia facoltativa), laddove i nostri CFU obbligatori siano tutti spesi nei due tradizionali insegnamenti romanistici di base – *Storia e Istituzioni* – senza mai approdare a un momento formativo più ambizioso³¹: quello dell'*instruere*, se non proprio dell'*audire*³².

³⁰ Nel commentare simili enunciazioni non è facile astenersi dal turpiloquio. Cfr. comunque E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi ad una riflessione*, a cura di L. Loschiavo, B. Pasciuta, Roma 2018, 169 ss., spec. 174 ss.

³¹ Ho esposto la mia opinione al riguardo in E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., 2 s. In particolare, trovo ancora senz'altro condivisibili le osservazioni che, circa il rapporto «fra il modello istituzionale e la metodologia casistica» – rapporto ricostruito nel segno di una «alterità, che ... non comporta necessariamente una conflittualità, anzi non esclude, al di là di una pacifica coesistenza, la loro complementarità» –, formulava M. TALAMANCA, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 335 ss.

³² Presuppongo, evidentemente, la distinzione fra (*instituere*, e poi) *instruere* e *audire* – quali tre stadi progressivi dell'istruzione giuridica –, per come scolpita soprattutto nella testimonianza di Cicerone, ma probabilmente valevole, nella sostanza, per un lungo tratto della trasmissione del sapere fra una generazione e l'altra di *prudentes*. Mi sono soffermato su tutto ciò in E. STOLFI

La quarta e ultima esigenza che ho avvertito, e che vorrei qui richiamare, è quella di riannodare, ma anche impostare in forme nuove, il dialogo con gli altri docenti dei dipartimenti di Giurisprudenza, senza rinunciare alla nostra identità ma neppure alle intersezioni e ai confronti con le materie di diritto vigente – soprattutto (ma non necessariamente solo) civilistiche – e poi con gli altri storici del diritto, i filosofi e i comparatisti. Una finalità che partecipa della tensione, per me fondamentale (perché incide sulla stessa possibilità di un futuro per la nostra disciplina), a liberarci da un'esiziale autoreferenzialità, e che trova (può trovare) proprio nell'insegnamento dei *Fondamenti del diritto europeo* il suo contesto ottimale.

Ma un obiettivo perseguibile, io credo, solo se siamo in grado di tradurre le enunciazioni di principio in effettive pratiche di didattica e ricerca, realizzate sul campo. E condotte sottraendosi all'estenuata riproposizione – tanto più pericolosa laddove inconsapevole, come un canone che stancamente si perpetua, acritico e traluzio – di approcci nella sostanza pandettistici, oppure all'opposta tentazione di farsi puri antichisti (così da perdere molte specificità del nostro campo d'indagine), come pure all'irrealistica convinzione di meritare l'altrui ascolto solo per l'elevato spessore culturale di quanto studiamo e insegniamo.

3. *Obiettivi e pluralità di approcci* – Non solo quest'ultima necessità, ma anche le precedenti – tutte distinte sebbene fra loro visibilmente connesse – mi hanno peraltro condotto in una direzione che è forse diversa da quella seguita, in modo parimenti legittimo, da altri colleghi che impartiscono il nostro insegnamento. E una direzione che mi sembra comunque ben distante da certe sommarie derive «neo-attualizzanti» o «euro-pandettistiche» che studiosi anche autorevolissimi³³ considerano una delle più peri-

Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat, in *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, hrsgg. von C. Baldus, T. Finkenauer, T. Rübner, Tübingen 2008, spec. 18 ss. ove bibl.

³³ Penso soprattutto ad A. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*

colose insidie connesse al (o che troverebbero nuova legittimazione col) lavorare attorno ai *Fondamenti del diritto europeo*.

In realtà ritengo che si possa (e, per quanto mi concerne, si debba) impartire questo corso, e far fronte alle esigenze che ho segnalato, senza affatto cadere, automaticamente e solo per questo, in versioni vecchie o nuove di «Aktualisierung»: ossia senza abdicare all'integrale storicità del nostro oggetto e metodo di indagine. Proprio il dispiegarsi della trattazione su un più ampio arco temporale potrebbe e dovrebbe, al contrario, stimolare la riflessione dei discenti (e, già prima, dei docenti) sulla trama di discontinuità e cesure che la storia (anche) giuridica rivela, accanto a persistenze di lungo periodo riconoscibili nella riproposizione di categorie, scelte lessicali e di metodo, motivi di fondo, principî e segmenti di disciplina³⁴.

Soffermarsi sulle radici della comune identità del diritto europeo non può oscurare la pluralità degli itinerari alle nostre spalle – così come non deve elidere le distanze che tuttora permangono fra le singole esperienze nazionali. La comparazione, nella diacronia non meno che nella sincronia, non può mai condurre all'omologazione, manifesta o latente (e come tale spesso più insidiosa)³⁵. E le deri-

(2000 e poi [con integrazioni] 2002), ora in ID., *Variae*, I, Lecce 2014, 37 ss. e ID., *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua* (2005), ora *ibid.*, 63 ss.: pagine ricche di consapevolezza storiografica e rigore di metodo, anche se con esiti (e toni polemici) che non sempre condividerei. Ne prende nettamente le distanze, ad esempio, C.A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Diritto romano attuale* 6 (2001), 157 ss. Un'impostazione che riesce, per la mia sensibilità, equilibrata e persuasiva è offerta, oltre che da Capogrossi Colognesi (*supra*, nt. 2), da D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova 25-26 novembre 2005*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2007, 51 ss., spec. 57 ss.

³⁴ Mi è occorso in varie occasioni di riflettere su questi aspetti: cfr. almeno E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*. Bologna 2010, spec. 51 ss. ove bibl.

³⁵ Vi ho insistito, da ultimo, in E. STOLFI, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti, A. Somma, Frankfurt am Main 2018, 551 ss., spec. 555 ss. ove bibl.

vazioni genealogiche – spesso le uniche che possano dar conto di certe soluzioni tutt'altro che scontate, e talora persino sorprendenti, cristallizzate negli attuali codici – sono ben lontane dall'esaurire il nostro campo di lavoro. Il cammino non è stato affatto lineare, scontato e univoco.

Quei «fondamenti», risalenti alla fisionomia impressa al *ius* soprattutto nella Roma tardorepubblicana e imperiale, hanno conosciuto innumerevoli rivisitazioni, e i testi che li conservano sono stati interpellati nei modi più disparati da molteplici generazioni di giuristi, oggetto di reinterpretazioni anche disinvolute e creative, originalissime, che non di rado – dallo stesso Giustiniano (con la sua *permutatio legum*, opportunamente posta in evidenza da Filippo Gallo)³⁶ sino alla Pandettistica – ne hanno alterato tratti profondi, al punto di impiegare le soluzioni degli antichi *prudentes* alla stregua di materiali da inserire e piegare entro edifici teorici affatto nuovi.

L'alterità degli scenari, al pari dell'eterogeneità dei percorsi storici, non deve andare perduta nella semplificazione didattica. E con essa la necessaria distinzione fra i tratti specifici che caratterizzarono l'esperienza romana – pensiamo solo alla sua impronta giurisprudenziale, casistica e controversiale; alla pluralità dei piani normativi; alla tendenza a pensare il diritto tramite le azioni processuali – e quanto è esclusivo delle sue riletture posteriori, con un diritto (soprattutto privato) concepito come un sistema, vincolato a inferenze deduttive e costruito su una dogmatica che si disponeva a ridosso del soggetto e del suo corredo di prerogative e poteri riconosciuti sul piano sostanziale. Un soggetto virtualmente universale – l'individuo in senso forte della modernità – ma in realtà senz'altro da identificare col maschio cittadino marito proprietario contraente testatore³⁷: e tale da esigere la messa a punto di una serie

³⁶ Si veda F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010, 1 ss. e ID., *La permutatio legum giustiniana: una rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito*, II, Alessandria 2011, 527 ss.

³⁷ Così da dar vita a quella microidentità – costruita e voluta, mai scontata – che è per molti tratti connessa e compenetrata alla macroidentità cui ha

di figure e soluzioni sino ad allora inedite: dal diritto soggettivo al negozio giuridico, dalla nozione unitaria e compatta della proprietà (in luogo del prisma delle forme antiche di appartenenza o del duplice dominio medievale) sino all'autonomia privata e alla atipicità contrattuale.

Proprio la logica delle alterità – che non sminuiscono spessore e profondità delle radici, ma con esse interagiscono, consentendo di coglierne la valenza problematica – trae vantaggio, facendosi più trasparente e significativa, dal dilatarsi del dato cronologico imposto dal rivolgersi alla tradizione giuridica europea nel suo complesso. Sempre che, ovviamente, si ricordi che *historia iuris* (così come *natura non facit saltus*, e sia perciò senz'altro insoddisfacente risolvere tutto nel meccanico e diretto accostamento fra questo o quel brano del *Corpus iuris* e qualche disposizione di uno dei codici nazionali oggi vigenti o di quelli che si avviano a divenire i testi normativi della nuova Europa³⁸.

Piuttosto, è proprio nel laboratorio della modernità – allorché venne a configurarsi un'idea forte, e nuova, di soggetto (e di razionalità) in campo giuridico, a fronte di un'altrettanto inedita presenza di uno «Stato» in senso compiuto³⁹ –, e poi nell'irrompere

dato vita la (edificazione di una) tradizione giuridica occidentale: come trama e ordito di uno stesso tessuto, secondo l'immagine che ho impiegato in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., 64 ss.

³⁸ Si tratterebbe senz'altro, per insistere nella metafora evocata con le parole latine, di «un salto mortale e, generalmente, mortifero»: così M. TALAMANCA, *Relazione*, cit., 41. Anche per questo non tutto mi convince nella proposta – pur formulata con estrema eleganza e accompagnata da acute esplicazioni nel vivo dell'analisi tecnica – di una «comparazione diacronica» volta all'acquisizione di «una *conoscenza cumulativa*» su cui da qualche anno insiste l'amico Tommaso Dalla Massara. Se ne veda (oltre al saggio in questo volume) *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 111 ss. ove altra bibl.

³⁹ Mi sono più volte soffermato sull'interazione tra questi due fattori, e sulla cesura – davvero epocale – che ne è scaturita, tanto da persuadermi sempre più che se c'è una stagione che ha operato da decisivo spartiacque nella storia giuridica europea, essa è costituita dai decenni centrali del XVII secolo, fra il capolavoro di Grozio e il contributo del giovane Leibniz. Posso rinviare, da ultimo, a E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in

delle codificazioni, che è dato individuare cesure epocali, dalle innumerevoli ripercussioni anche sul ruolo attribuito alla tradizione precedente (romana, in primo luogo), alle sue riletture e richieste di senso. Basti pensare, sul secondo versante, già al venir meno del tratto giurisprudenziale che aveva contraddistinto, prima e dopo Giustiniano, gran parte dell'esperienza dell'Europa continentale, sui cui tempi lunghi è semmai il paradigma assorbente della legge – come volontà del potere politico, che detta quasi ogni regola delle relazioni tra privati – a rivelarsi minoritario, dominante nella nostra sensibilità solo per la casuale circostanza che ci troviamo a vivere l'ultimo e breve segmento di quella vicenda, vecchio di appena due secoli.

Non indugio ulteriormente su questi aspetti e rinuncio a fornirne altri e più specifici riscontri. Vengo, piuttosto, al taglio che, alla luce di simili riflessioni, ho ritenuto più opportuno seguire nel concreto del mio insegnamento. Richiamerei in particolare due profili, relativi all'argomento e al metodo. In primo luogo, ho da subito decisamente risolto l'alternativa evocata in uno dei quesiti che gli organizzatori di questo seminario ci hanno posto: nel senso che ho sempre trovato opportuna una trattazione di carattere monografico, concentrata su un singolo tema (per quanto, come verificheremo fra un attimo, di vasta portata), in modo da evitare anche qualsiasi sovrapposizione con insegnamenti di storia del diritto medievale e moderno (e cercando così di soddisfare una delle esigenze cui accennavo)⁴⁰.

Una simile scelta, in verità, non riesce affatto sorprendente, e sembra anzi collimare con un sentire alquanto diffuso, tanto nelle discussioni di metodo⁴¹ che nella prassi didattica largamente

Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino 2019, 59 ss. ove bibl.

⁴⁰ Cfr. *retro*, § 2.

⁴¹ Si vedano, per tutti, M. TALAMANCA, *Relazione*, cit., 45 (secondo il quale il nostro corso «non può rivestire se non un carattere monografico»); C.A. CANNATA, *Materiali*, I, cit., 3 (che segnalava, e si è poi effettivamente impegnato a soddisfare, l'esigenza di lavorare su singoli temi, i quali «devono corrispondere a problemi particolari, bene individuati», e non coincidere coi «fondamenti complessivi dei nostri

prevalente. E se l'opzione per un argomento privatistico mi è apparsa senz'altro preferibile, per molte ragioni – sia oggettive che dipendenti dalle mie personali inclinazioni –, al suo interno ho ritenuto di focalizzare l'attenzione sulla materia contrattuale⁴² in quanto la considero più idonea a valorizzare un paio di elementi.

Da un lato, essa consente di cogliere in pieno quella dialettica di persistenze e cesure cui accennavo, con la lunga parabola di soluzioni teoriche e normative che si accompagna ad altrettanto incisive discontinuità: da un aspetto di fondo, col cui esame mi misuro ogni anno, ossia il ruolo stesso che nel paradigma del contratto possiamo riconoscere rispetto allo *status* pre-moderno⁴³, sino – per

diritti odierni, né [con] quelli di uno solo di questi ordinamenti», giacché quel che davvero preme illustrare è «la proposizione di un metodo di ricerca»); G. SANTUCCI, *Introduzione*, cit., 3 s. (che ritiene «meglio realizzabile» l'obiettivo cui tende un corso di *Fondamenti del diritto europeo* «se si procede attraverso *exempla* ben circostanziati»).

⁴² O, per dire meglio, degli accordi produttivi di effetti sul piano patrimoniale: in modo da incentrare subito la prospettiva sul nesso nevralgico fra consenso e creazione di vincoli obbligatori.

⁴³ Come già intuito da H. SUMNER MAINE, *Diritto antico*, trad. it. Milano 1998 (ed. or. 1861), 91 ss., spec. 129 s., 229 ss., pur da leggere evitando di indulgere a «una *vulgata* che ha trovato nella formula “from status to contract” il proprio perno» (così M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano 2003, VIII), ossia senza appiattare su di essa gli itinerari ben altrimenti ricchi e complessi di *Ancient Law*, e senza dimenticare che la dialettica evocata con quella famosa espressione vi era tematizzata con riguardo prevalente alle relazioni familiari (di natura patriarcale), anche se nel loro ambito veniva attratta la stessa presenza servile, mentre poi, sul versante opposto, riuscivano tutt'altro che nitidi i riferimenti dello studioso inglese alla «contrattualizzazione del lavoro» dei propri tempi (il che non ha peraltro precluso di combinare alcuni profili della sua impostazione con quella di Marx: cfr. ancora M. PICCININI, *Tra legge e contratto*, cit., X). Per qualche orientamento circa il rilievo che di recente è tornato ad assumere lo *status* – ma al fine di combinarsi col contratto, articolandone la disciplina a beneficio del soggetto stimato più debole, e non certo come alternativa ad esso – basti ricordare le precoci consapevolezze di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Rivista di diritto civile* 19 (1973), 217 ss. e poi, fra i molti, G. ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milano 1992, spec. 5 ss., 97 ss.; ID., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, spec. 31 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Massimario della*

limitarsi a pochi fra gli innumerevoli dati che marcano altrettante svolte – alla dottrina medievale dei *pacta*, al principio cinque-seicentesco per cui *solus consensus obligat*, alla messa a punto (soprattutto a partire da Domat) di un'unitaria nozione di «vizi del consenso», per non parlare della mutevole semantica attribuita a concetti quali equità e buona fede⁴⁴.

Dall'altro, un simile argomento permette di illustrare meglio di altri sia la circolazione, già all'interno del mondo antico, di certi modelli «sovranzionali», che abbracciavano l'intero spazio mediterraneo⁴⁵, sia la funzione essenziale assolta dai magistrati provvisti di *iurisdictio* e dai giuristi. Soprattutto laddove impegnati, questi ultimi, nella costruzione dell'idea stessa di contratto – con le sensibili sfasature che in proposito emergono, come noto, almeno da Augusto ai Severi – e nella messa a punto dei meccanismi con cui attenuare o aggirare il principio di tipicità, a sua volta collocabile (diversamente, anche in questo, da noi)⁴⁶ sul piano della tutela processuale ancor più, o prima, che dei contratti medesimi.

giurisprudenza italiana 63 (1993), spec. 69 ss.; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano 1998, spec. 47 ss.; E. GABRIELLI, *I contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano 2006, 116 ss., spec. 118 ss. ove altra bibl.

⁴⁴ Nella cui illustrazione muovo, a lezione, da alcune ricerche personalmente condotte sull'una e sull'altra. Si veda in effetti E. STOLFI, *Il principio di equità*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furguele, Napoli 2015, 521 ss. e ID., *La legge e i due volti dell'antico*, in *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013)*, a cura di G. Luchetti, Roma 2018, spec. 57 ss. (circa la prima nozione); E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit. e ID., *Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano*, in *Studi Senesi* 129 (2017), 256 ss. (riguardo alla seconda).

⁴⁵ Dalla *pistis* mercantile ad alcune figure del diritto marittimo, da certe forme di sfruttamento commerciale degli schiavi alle prassi delle province ellenofone che influenzarono il diritto tardoantico, senza ovviamente trascurare l'incidenza di notissime costruzioni teoriche, quali la nozione aristotelica di *synállagma*.

⁴⁶ Pur mantenendosi, tra esperienza romana e odierna, un elemento decisivo, ossia la simmetria fra quanto riscontrabile sul piano sostanziale e su quello processuale: la tipicità, su entrambi i versanti, nel contesto tardorepubblicano e imperiale; la atipicità in quello attuale. Esattamente la simmetria che viene meno in altre realtà antiche, quali il diritto attico (per le ragioni che ho cercato

Da qui il secondo profilo cui accennavo, e col quale concludo. Un aspetto di metodo che non era necessariamente connesso alla mia scelta iniziale, ma che si è imposto progressivamente, nel corso di questi anni, conducendomi a dare sempre più spazio alle tecniche adottate dai giuristi – romani, innanzi tutto; ma anche medievali e moderni, sino ad alcune voci posteriori ai codici – nel loro contributo su questa materia: alla loro peculiare analisi casistica, alle forme di ragionamento messe in campo, alle modalità di definizione e classificazione, allo stile interpretativo (ma all’insegna, per un lungo tratto, di una *interpretatio* che è ben altro, e più, della interpretazione dei secoli a noi più vicini)⁴⁷ e alle strategie argomentative più frequentemente impiegate. Così da privilegiare, in definitiva, i loro «attrezzi»⁴⁸, essi sì mai inattuali, anziché (o non esclusivamente) una «storia degli istituti» in senso stretto⁴⁹, sia pure affrontata solo per *exempla*.

Si è così venuta definendo un’impostazione che intreccia analisi delle soluzioni normative e delle modalità tramite le quali esse sono state via via allestite, dimensione privatistica e metodologia giuridica, storia interna alla disciplina degli accordi patrimoniali e problemi di teoria generale del diritto (con specifico riguardo alle relazioni fra pensiero sistematico e approccio casistico, e fra

di illustrare, da ultimo, in E. STOLFI, *Problemi e forme della comparazione*, cit., 568 (ove bibl.): con un regime che, proprio per questa sua radicale alterità, assume ai miei occhi particolare rilievo, anche didattico, consentendo di guadagnare come un punto di vista esterno rispetto alla tradizione in cui più siamo iscritti e della logica che vi presiede, al di là dei capovolgimenti di certi esiti normativi.

⁴⁷ Posso rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Brevi note su interpretatio e auctoritas fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *Interpretatio prudentium* 1.1 (2016), 162 ss. e ID., *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino 2018, 132 ss. e 235 s. ove bibl.

⁴⁸ Secondo la terminologia che ho adottato, a fini diversi (ma non lontanissimi), nel mio ultimo libro: cfr. E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., (ove spec. 1 s.) una spiegazione della formula impiegata sin dal titolo.

⁴⁹ Che è poi non molto difforme dalle *Dogmengeschichten* dell’Ottocento tedesco, essendo gli istituti stessi – come ha scritto di recente M. BRUTTI, *Sulla convergenza fra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 57 – «il sinonimo più debole di dogmi».

attività dell'interprete e momento argomentativo: dal che anche alcune nuove scelte, in riferimento tanto agli studenti frequentanti che a quelli non frequentanti)⁵⁰. Il tutto, ovviamente, alla ricerca di un equilibrio delicato e difficile, da ricalibrare anno dopo anno, nella consapevolezza che si tratta di una proposta didattica estremamente ambiziosa, e fatalmente selettiva. Una fatica autentica: a cui sarebbe irrealistico attendersi che tutti gli studenti siano felici di sottoporsi, ma che affronta volentieri il docente che aspiri, con le sue lezioni, a dare molto a pochi (separabilmente non pochissimi) anziché poco o nulla a molti, di cui blandire e assecondare la pigrizia.

L'approdo a cui (per ora) sono giunto – in una parola, il mio modo d'intendere (l'insegnamento de)i *Fondamenti del diritto europeo* – è solo uno dei molti possibili: certamente congeniale alla mia specifica sensibilità, ma già come tale discutibile, sin dai suoi presupposti. Rispetto ad esso spero tuttavia non faccia difetto almeno la ponderazione da cui è scaturito, e poi la passione con cui sto cercando di trasmettere il senso autentico, di vero e proprio «fondamento», di un itinerario a ritroso nel tempo, che ripercorra alcune tappe, circoscritte ma a loro modo esemplari, lungo la strada accidentata e multiforme da cui procede la nostra identità giuridica.

⁵⁰ Per i primi, infatti, ho reso ancor più forte e trasparente il nesso fra il (modulo del) corso di *Fondamenti romanistici del diritto europeo* e l'insegnamento facoltativo di *Retorica forense*, affidato al valentissimo Giovanni Cossa (in grado, assai meglio di me, di approfondire le radici antiche di teorie e pratiche discorsive in cui interagiscono logica giuridica e tecniche suasorie). Quanto ai secondi, ho da quest'anno consigliato loro un testo (M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017) che, pur ancora pertinente a specifici profili della disciplina contrattuale, nel suo dispiegarsi da Roma a oggi, si presenta dichiaratamente (p. XI) come «un contributo allo studio storico delle argomentazioni giuridiche», per cui «il campo prescelto è l'interpretazione dei contratti» – e in effetti vi gioca un ruolo decisivo proprio il rapporto fra l'attribuzione di significato a un testo e il percorso argomentativo in cui ciò si esplica (previa quella tendenziale identificazione fra argomentazione e ragionamento su cui, peraltro, nutrirei qualche perplessità, alla luce di quanto segnalato in E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., 152 ss., spec. 157 ss., 237 s. ove bibl.).

SINTESI DEGLI INTERVENTI

La relazione di sintesi degli interventi, che ha avuto luogo al termine del colloquio trentino, può dirsi superata dai testi scritti, successivamente resi dai relatori e contenuti nella presente pubblicazione. Inutile dilungarsi sulle limature non solo formali, sulle integrazioni, sugli eventuali aggiustamenti di tiro che la redazione di un testo per il ‘si stampi’ di solito presenta rispetto all’archetipo orale. Tuttavia, l’originario impianto della relazione condotta per argomenti può giustificare il mantenimento in questa sede, forse ancora utile per il lettore che voglia farsi un’idea complessiva delle principali tematiche emerse durante il colloquio.

1. *Denominazione dell’insegnamento* – Da quando i *Fondamenti del diritto europeo* hanno fatto la loro comparsa nel Decreto ministeriale 21 dicembre 1999 n. 537 «Regolamento recante norme per l’istituzione e l’organizzazione delle scuole di specializzazione per le professioni legali», non si è mancato di evidenziare la natura sfuggente di questa denominazione e la sua capacità di aderire a differenti settori disciplinari; e di fatto è stata rivendicata da più parti, con non poche polemiche. Solo il decreto ministeriale 4 ottobre 2000 «Settori scientifico-disciplinari» ha offerto un elemento formale di identificazione iscrivendo l’insegnamento nel settore IUS 18

«Diritto romano e diritti dell'antichità» e parlando dei «fondamenti del diritto europeo che discendono dall'esperienza romanistica e dalla sua tradizione culturale e pratica». Al presente gli studiosi non dubitano che i *Fondamenti*, di cui è parola nella denominazione dell'insegnamento, siano il diritto romano in tutta la sua vicenda storica, e che la materia di insegnamento di cui si tratta si incentri sul confronto dialettico tra diritto romano e diritto europeo, se non mondiale (Saccoccio), alla ricerca per così dire della memoria storica di quest'ultimo. Un insegnamento basato sulla comparazione, dunque, di cui il diritto romano, in tutta la sua pienezza, costituisce un termine e l'altro è determinato dall'intero diritto europeo, nel senso del diritto nazionale dei singoli stati membri e di quello sovranazionale delle fonti del diritto dell'UE, a cominciare dai trattati, passando per le Corti fino al *ius condendum* dei vari progetti di unificazione del diritto privato. Il significato della denominazione, ora detto, porterebbe dunque a configurare un contenuto dei *Fondamenti* vincolato e vincolante per i docenti.

Questa interpretazione è largamente condivisa dai relatori presenti al colloquio, ad eccezione di un ristretto numero di interventi tesi a scorgere nei *Fondamenti* l'opportunità di appropriarsi – a dispetto della denominazione – di contenuti più liberi: abbattendo di fatto i limiti imposti dalla denominazione (e questo non sarebbe possibile fare con gli insegnamenti romanistici tradizionali), si può restituire ai docenti un terreno di ricerca e di insegnamento anche aperto a prospettive non comparative con il diritto europeo, ad esempio l'indagine antropologica del diritto antico (Garofalo. Fiori si è espresso per contenuti più liberi, affermando l'esigenza di essere se stessi).

2. *Contenuti dell'insegnamento* – Stabiliti, dunque, i confini della materia attraverso la sua denominazione, si è parlato in concreto di contenuti. Anzitutto è stata preliminarmente affermata (Cursi, Solidoro) la necessità di rapportarne la scelta al fatto che l'insegnamento si tenga in una Scuola di specializzazione o in un Corso di laurea, per la maggiore esigenza di contenuti professionalizzanti nel primo caso. La sede ideale della materia sarebbe la laurea magistrale (Luchetti).

Ciò premesso, gli interventi hanno largamente espresso la preferenza per temi monografici (istituti, principii, regole), possibilmente di natura privatistica. Non da escludersi a priori anche narrazioni generali della ‘tradizione romanistica’, sicuramente ricca di suggestioni, ma, quanto ad impatto formativo, inferiore alla trattazione di un argomento specifico, colto nel suo sviluppo storico.

3. *Metodo* – La materia dei Fondamenti, di per se stessa, implica – così nella ricerca come nella didattica – l’impiego della comparazione, per lo più diacronica, condotta lungo un asse temporale che unisce un punto di partenza e uno di arrivo (il diritto romano e il diritto europeo), o viceversa (partenze in retromarcia, Stolfi), allo scopo, come si suole dire, di cogliere continuità, abbandoni, assonanze e dissonanze, simmetrie e diversità prodottisi nel corso della vicenda storica. Ed a tal fine, di grande utilità si presenta anche la comparazione sincronica, tra il dato normativo e le influenze culturali e giuridiche coeve.

Viva attenzione ha suscitato l’intervento di Dalla Massara inteso a sottolineare l’effetto retorico e banalizzante di un atteggiamento troppo celebrativo del diritto romano. Come strumento di comparazione è auspicabile, per lo studioso, un impiego del diritto romano in chiave epistemica, non euristica.

Sempre a proposito di metodo, unanimemente si è posto – al centro della ricerca e della didattica dei *Fondamenti* – il contatto e l’impiego ‘senza salti’ delle fonti. Lo sguardo comparativo transnazionale è legittimato dall’essere – la comunità degli studiosi di diritto romano – di tradizionale formazione internazionale (Cardilli).

4. *Valori aggiunti* – L’incontro dell’ ‘altro’ (Cursi). Con la ricostruzione degli istituti condotta lungo l’asse del diritto intermedio fino al presente europeo, il romanista incrocia proficuamente studiosi di altre discipline; ma non di rado può trovarsi nella necessità di sostituirvisi, per l’assenza di una letteratura aggiornata sugli istituti, letteratura che oggi tende a preferire gli studi prosopografici e di

contesto. Occasione per il romanista, quindi, di svolgere nei *Fondamenti* una lodevole funzione vicaria.

Viste le premesse metodologiche, i *Fondamenti* si qualificano come la sede adeguata per la diffusione di un insegnamento critico (Cardilli), attento ai cambiamenti e alle loro ragioni.

5. *Rischi* – a. Autoproiezioni (Cursi). b. Il diritto romano nuovamente trascinato al centro della polemica tra *Historisierung* e *Aktualisierung* (Santucci). Ma nell'attualizzazione e nel neopandettismo, che male c'è? (Stolfi). c. Rischi per i giovani studiosi di sviluppare nei *Fondamenti* una ricerca troppo esclusiva e tematicamente limitata, in vista soprattutto delle valutazioni dei prodotti della ricerca ex IUS/18 (Solidoro).

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
da Rubbettino print – Soveria Mannelli (CZ)