

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 MALY, *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. GRELLE, *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-legalistica. 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 a 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'aporisma 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».