

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 interdisciplinarietà 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 giustinianeici 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.