



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, Sautomatæsq; 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 Cursi <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

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 desunse 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.