



**MARIA MICELI**  
 Università di Palermo

## **Brevi considerazioni su diritto romano, scienza del diritto e identità giuridica europea (leggendo Barberis, *Europa del Diritto*)**

**SOMMARIO:** 1. [Premessa](#). – 2. – [Carattere paradigmatico del diritto europeo nel mondo e diritto romano come paradigma originario del diritto europeo](#). – 3. [Identità giuridica europea e diritto romano](#). – 4. [‘Rechtsgemeinschaft’ e ‘Rechtswissenschaft’](#): [diritto comune europeo e scienza del diritto](#). – 5. [Interpretazione e diritto europeo](#). – 6. [Interpretazione conforme e armonizzazione](#). – 7. [Considerazioni finali](#). – [Abstract](#).

### **1. – Premessa**

In margine alle lezioni del corso di diritto romano, in un seminario di carattere interdisciplinare<sup>[1]</sup>, ci siamo trovati a discutere dei contenuti e delle metodologie dei nostri insegnamenti nell’ambito dell’attuale percorso formativo delle Facoltà giuridiche. Le riflessioni traggono spunto dalla recente necessità di aprire tutti gli insegnamenti impartiti nei Corsi di Laurea in Giurisprudenza anche all’ambito e alla dimensione europea in conseguenza, se non altro, dell’inserimento dell’ordinamento giuridico italiano nell’ambito dell’Unione Europea e di altre entità sovranazionali.

Si tratta di un argomento di ampiezza e complessità di rilievo, che certo esula dall’ambito del presente contributo, sul quale mi permetterò di svolgere solo qualche breve considerazione, traendo spunto da alcune suggestive e interessanti riflessioni contenute nel bel volume di Mauro Barberis *“Europa del diritto”*.

Infatti, visto che trattasi di problematica complessa, articolata e discussa, appare particolarmente interessante considerare il parere di studiosi di altre discipline proprio per evitare rischi di autoreferenzialità o di difesa aprioristica di orientamenti consolidati tra gli studiosi di tali discipline, peraltro non corporativisticamente compatti sulle proprie posizioni, ma protagonisti di un vivace dibattito, animato da differenziate e variegate opinioni sul tema<sup>[2]</sup>.

Con ciò lungi da noi ogni volontà di riprendere il tema dell’ “attualità” del diritto romano e dell’uso del diritto romano come “diritto vigente”, né quella dei Fondamenti del diritto europeo, già oggetto di numerose riflessioni<sup>[3]</sup>, ma semmai svolgere qualche considerazione sul rapporto tra diritto romano e diritto comune europeo, in relazione all’esistenza di una comune identità giuridica europea.

Nel volume di Barberis vengono in considerazione, infatti, alcune interessanti riflessioni sull'identità giuridica europea, sul carattere paradigmatico svolto dal diritto romano nella costruzione del diritto europeo, e sul carattere paradigmatico del diritto europeo nel mondo.

Non vi è dubbio, infatti, che alla luce dei notevoli mutamenti ordinamentali sovranazionali, si rinnova la considerazione del ruolo delle discipline storiche nell'ambito della formazione del giurista che oggi non può che qualificarsi e accreditarsi come 'giurista europeo'.

D'altronde, già Paolo Grossi[4] nella premessa al volume 'L'Europa del diritto' non esitava ad affermare che : «...da sempre ho avuto la coscienza precisa che lo sguardo dello storico del diritto dovesse essere ampio, sia per ricomprendere i tempi medievale, moderno e contemporaneo, sia per ricomprendere l'intero spazio europeo (almeno europeo). Solo così la storia del diritto poteva assolvere (come oggi può assolvere) la sua ineliminabile funzione formativa».

## **2. – Carattere paradigmatico del diritto europeo nel mondo e diritto romano come paradigma originario del diritto europeo**

Barberis[5], nell'esordio della sua trattazione sull'Europa del diritto, prende le mosse dal testo di una conferenza tenuta da Carl Schmitt presso alcune Università europee dal titolo "*La Condizione della scienza giuridica europea*"[6], in quanto lo considera il prologo ideale ad un libro sull'identità giuridica europea. La Conferenza, infatti, sebbene tenuta negli anni 1943-44, sulle macerie dell'Europa ancora dilaniata dallo scontro bellico tra le Nazioni europee, lascia emergere in maniera sorprendente l'esistenza di una comunità giuridica (*Rechtsgemeinschaft*) e di una scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) ancora autenticamente europee.

Per comprendere l'importanza e il carattere lungimirante delle considerazioni di Schmitt basta valutare che solo pochi anni dopo si perverrà alla creazione della Comunità Economica Europea e poi all'Unione Europea che, per definizione degli stessi Trattati, è Spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

Bene, Carl Schmitt incentra la sua trattazione – come ricorda Barberis [7] - anzitutto sul carattere originario nella storia del mondo del diritto europeo, figlio del diritto romano, nonostante il suo carattere composito frutto di prestiti e recezioni fra le diverse culture giuridiche europee. Poi, sul ruolo decisivo giocato dalla scienza del diritto, originariamente nata nell'esperienza storica del diritto romano e poi rinata nelle università medievali, che egli considera l'autentica custode delle fonti del diritto, se non la fonte del diritto per eccellenza. Infine, oggetto della sua attenzione è la crisi irrimediabile del concetto di legalità fino ad allora adottato, legato in maniera inscindibile al positivismo giuridico.

Quando Schmitt scrive[8], infatti, sembrava proprio che parlare di una scienza del diritto europeo fosse inammissibile e addirittura 'non scientifico', in quanto il positivismo giuridico, dominante nella cultura giuridica europea, poteva ammettere solo un diritto tedesco, francese, spagnolo, svizzero, o comunque relativo a un unico Stato; in mancanza di un comune Stato europeo e di una volontà normativa europea – secondo la visione positivista – non sarebbe potuto esistere alcun diritto europeo né una scienza giuridica europea. Lo stesso diritto internazionale privato, che

Savigny aveva considerato espressione di una comunità giuridica europea, era stato ormai ridotto dai giuspositivisti a mero diritto interno statale. Pertanto – conclude Schmitt – quello stesso diritto che i giuristi europei, per millenni, avevano concepito come unitario e tendenzialmente universale, per i teorici giuspositivisti fra otto e novecento sarebbe ormai definitivamente venuto meno.

Al contrario, l'Autore[9], pone in evidenza che invece, almeno dal punto di vista dell'ordinamento concreto, il senso e il contenuto di concetti situazioni essenziali dei popoli europei coincidono in modo sorprendente, mostrando in maniera evidente da questo punto di vista l'esistenza una Comunità del diritto europeo.

E a tal proposito, non a caso, utilizza l'espressione '*Rechtsgemeinschaft*' - già usata da Savigny e Otto von Gierke, che verrà poi significativamente ripresa dal primo Presidente della Commissione della Comunità economica europea, Walter Hallstein[10], e poi dalla stessa Corte di Giustizia Europea[11].

In tal modo per Schmitt[12] si configura l'esistenza «di un'identità giuridica europea, che consiste proprio in questo groviglio di somiglianze e differenze: frutto di una storia comune di incontri e di scontri, di secolare cooperazione e di sempre latenti conflitti ».

In realtà, lo stesso Schmitt[13] ammette che l'intera storia e l'intero sviluppo del diritto dei popoli europei è da migliaia di anni una storia di reciproche recezioni: dove per 'recezione' non si intende un'accettazione distratta e priva di fantasia, ma un processo di alterne incorporazioni, adattamenti, e perfezionamenti. Pensa però soprattutto alla recezione del diritto romano sul continente, e, ad esempio anche alla recezione europea, e poi mondiale, del costituzionalismo liberale inglese.

L'identità comune troverebbe, infatti, la sua matrice più profonda nel diritto romano, o meglio nella scienza giuridica romana.

Così, Barberis[14], sempre sulla scorta del pensiero di Carl Schmitt [15]: «Le matrici comuni del diritto europeo – tanto di civil law, quanto di common law – stanno per Schmitt nel diritto romano: o meglio nella dottrina o scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) romana», precisando inoltre, che «nella ricezione del diritto romano[...] non si è trattato semplicemente della recezione di un diritto, ma della recezione di una scienza giuridica».

Continua Barberis[16] ritenendo che l'argomento migliore addotto a sostegno del ruolo di paradigma originario del diritto europeo, giocato dal diritto romano, non è né la sua perdurante vigenza, né la sia persistente influenza, ma piuttosto il fatto che è divenuto un sorta di «grammatica giuridica elementare, implicita in qualsiasi discorso dei giuristi». Riferisce così per esteso ancora una volta le parole di Schmitt, che vogliamo riportare integralmente in questa sede in quanto ci sembrano davvero significative:

«In tutta Europa – anche nel diritto comune dei paesi che non hanno recepito il diritto romano nel proprio diritto – innumerevoli e influenti autori, con titoli o denominazioni quali 'diritto di natura', 'diritto razionale', *ius gentium* e 'teoria generale del diritto', hanno inserito con un lavoro di secoli forme concettuali del diritto romano nella scienza giuridica di ogni paese, producendo in tal modo un inventario di concetti fissi tradotti in ogni lingua europea. Con il lavoro dei giuristi di tutti i popoli europei il diritto romano è diventato un

vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il modello riconosciuto del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, un common law concettuale e spirituale europeo, senza il quale non sarebbe neppure teoricamente possibile una comprensione fra i giuristi delle diverse nazioni. L'edificio culturale qui eretto dallo spirito europeo poggia su tale base comune, prodotta da una comune scienza del diritto europea [...] Il processo infinitamente vario e ricco di conseguenze della cosiddetta recezione del diritto romano, operante sino ai nostri giorni in ogni ambito della vita culturale, già da solo ci autorizzerebbe a parlare ancor oggi di una scienza del diritto europea»[17].

Le forme concettuali del diritto romano sono dunque state inserite nella scienza giuridica di ogni paese europeo a prescindere dalle diverse concezioni del diritto vigenti nei vari momenti storici: giusnaturalismo, razionalismo ecc. Pertanto, in Europa il diritto romano è diventato un 'vocabolario comune', 'la lingua della comunità della scienza giuridica', 'il modello riconosciuto del lavoro concettuale giuridico' e, in tal modo, 'un common law concettuale e spirituale europeo', senza il quale non sarebbe neppure teoricamente possibile una comprensione fra i giuristi delle diverse nazioni.

Schmitt da, dunque, per scontata la storicizzazione del diritto romano, e, valuta, pertanto, positivamente la possibilità che, venuta meno definitivamente la sua validità pratica e positiva, possa considerarsi pienamente invece «il significato europeo della scienza del diritto romano»[18].

Barberis[19] concorda pienamente con questa opinione ed è disposto a difenderla anche contro le recenti critiche mosse da chi tenta di confutare le 'radici occidentali' del mondo moderno, riportandole a quelle multiculturali di origine afroasiatica[20].

Tale ipotesi auspica, infatti, una 'deromanizzazione' della giurisprudenza, connessa con la decapitazione dell'ideologia occidentale, dichiarandosi espressamente contraria a una strategia di legittimazione del 'primato occidentale' nel campo giuridico attraverso la storia del diritto romano. Il tentativo perseguito sembra quello di cercare di confutare le radici occidentali del diritto moderno, allo scopo di concludere che il ruolo centrale finora assegnato alla storia del diritto romano nella tradizione giuridica occidentale avrebbe dovuto da tempo essere sostituito da radici multiculturali, prodotte da varie civiltà afroasiatiche. Questo 'approccio diffusionista' contro un 'modello evoluzionista' si dispiega in un attacco al modello di originalità e superiorità del diritto romano, nonché alla sua utilità nella continuità e nel rinnovamento[21].

Ebbene, Barberis[22] si oppone a tale posizione dottrinale in quanto ritiene che poco importi che quanto la tradizione europeo-occidentale ha chiamato diritto romano fosse in realtà laziale, o etrusco, o assiro-babilonese: ogni identità nasce da ibridazioni e contaminazioni.

Il punto davvero importante, a suo parere, ...«non è normativo o valutativo, ma concettuale: riguarda la possibilità stessa di, nonché le condizioni alle quali è possibile ricavare dal concetto di diritto in senso stretto della tradizione giuridica europeo-occidentale un concetto di diritto talmente generico – come fa il maestro di Monateri, Sacco – da poterlo poi ritrovare in qualsiasi cultura. Il punto è se, in assenza delle Dodici Tavole,

della *iusprudentia* e soprattutto del *Corpus Iuris* l'Occidente, e più specificatamente l'Europa, avrebbe mai annoverato il diritto fra le sue radici. Forse il totem da noi oggi venerato sotto il nome di diritto sarebbe solo quella cosa un po' bizzarra che sono, per gli europei, i 'diritti' altrui: e parlare di un'Europa del diritto, allora, suonerebbe pressappoco come parlare di un'Europa dei cavilli e delle parcelle degli avvocati»[23].

### 3. – Identità giuridica europea e diritto romano

In realtà, ormai pacificamente si riconosce che la storia giuridica dell'Occidente prende origine dal diritto del mondo antico, e in parte anche dal diritto romano. In particolare, l'idea dell'ordine, della coerenza delle soluzioni giuridiche sostenuta dalle tecniche della *scientia iuris*, costituisce la caratteristica fondamentale della tradizione giuridica occidentale e affonda le sue radici nell'esperienza antica.

Basti ricordare quanto scrive, infatti, Schiavone[24] «Da un lato, l'idea greca di fondare lo spazio pubblico su un'architettura costituzionale espressione del primato dell'assemblea e dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge....Dall'altro, la vocazione romana a catturare la nuda vita - sotto l'aspetto delle relazioni fra persone private - entro i protocolli e i parametri di procedure verificabili e disciplinanti, in un reticolo di misure e di formalismi concettuali oggetto di una conoscenza peculiare, a statuto forte - la scienza giuridica - concepita come un'analitica del potere e della sua normalizzazione razionale. La parabola del pensiero giuridico antico ci mette dunque di fronte a un fenomeno di lunghissima durata e di portata tendenzialmente universale. Un sapere senza incanti, duro e difficile, in ogni epoca direttamente accessibile soltanto a una cerchia ristretta di specialisti, è riuscita a segnare il nostro senso comune, si è depositato in strati profondi di mentalità estese e condivise, dall'ultimo universo medievale [...] sino all'epoca della Rivoluzione americana e di quella francese, al trionfo del capitalistico e borghese, per arrivare poi almeno a lambire gli anni centrali del Novecento.[...]Uno strato tenacissimo di concetti e di pratiche che avrebbero raggiunto quei laboratori politici e istituzionali dei cui prodotti noi siamo i diretti eredi».

Ma vi è di più. In tal senso già Orestano[25] nel definire il diritto romano precisava che vi sono almeno cinque significati che non possono essere ridotti ad unità:

- il diritto romano come "diritto romano dei romani" cioè convenzionalmente nei suoi svolgimenti dalle origini alla compilazione Giustiniano
- il diritto romano come tradizione romanistica
- il diritto romano come diritto comune europeo
- il diritto romano come Pandettistica
- il diritto romano come romanistica cioè lo studio del diritto romano dei romani

Ovviamente si tratta di significati e realtà che pur se distinti e distinguibili, si intrecciano, si intersecano, costituendo diversi riflessi prismatici di un'unica realtà[26].

D'altronde il grande Maestro[27] preliminarmente chiariva efficacemente che «il 'problema del diritto romano' va visto sotto un duplice profilo:

-come 'problema del diritto romano' considerato della sua storicità, con i suoi condizionamenti, le sue connessioni, i suoi svolgimenti nell'ambito dell'esperienza romana vera e propria;

-come 'problema del diritto romano' considerato nelle sue conseguenze rispetto alle esperienze successive (compresa, oggi, la nostra) e nei diversi significati che hanno avuto e hanno i suoi molteplici procedimenti di studio».

Una considerazione del diritto romano che non è solo dei moderni, ma che si presenta come un problema antico, addirittura già dai tempi di Giustiniano, che ne fu al tempo stesso una manifestazione e una soluzione [28].

Questi diversi significati, difatti, sono legati dal loro ruotare intorno al *Corpus Iuris* anche se, rispetto al primo – diritto romano dei romani – la compilazione Giustiniana costituisce punto di arrivo, mentre rispetto agli altri significati, anche se con notevoli differenze, punto di partenza[29]. Ma per ciò stesso è evidente che sono *diversi i significati e i problemi*, riferendosi ciascuno a processi distinti, *i quali richiedono una diversa e appropriata considerazione*.

Ritiene, infatti, Orestano[30] giustamente che «parlare genericamente di 'diritto romano' per nominare questi diversi processi che concretano realtà eterogenee è non solo errato, ma impedisce di vedere le particolarità delle singole formazioni e dei loro movimenti. Si confondono i problemi del 'diritto romano dei romani' con i problemi delle successive manifestazioni del giuridico nei vari luoghi e nelle varie epoche; si finisce per considerare la 'storia del diritto' di gran parte dell'Occidente come uno 'svolgimento' ulteriore del 'diritto romano dei romani', una specie di suo incremento all'infinito, assumendo esperienze plurime, complesse e mutevoli come se fossero lo sviluppo di un unico 'organismo'».

Affermando ciò, tuttavia, non vuole disconoscere che da Giustiniano a noi il *Corpus Iuris* abbia rappresentato l'asse intorno al quale hanno ruotato gran parte del diritto e delle scienze giuridiche dei popoli con esso entrati a contatto. Anzi, afferma con decisione, che la tradizione di Roma e l'interpretazione del *Corpus Iuris* costituiscono 'la trama e l'ordito' di gran parte delle singole scienze giuridiche dell'Europa continentale, quale si sono volute svolgendo e componendo del mondo medievale e moderno.

«Di esse» – precisa ancora Orestano – «le vicende dell'interpretazione del *Corpus Iuris* costituiscono una sorta di canovaccio ideale e pur senza essere l'unico aspetto sotto cui possano venir studiate forniscono una delle chiavi migliori per la comprensione dei loro svolgimenti. La Tradizione del *Corpus Iuris* per la sua relativa costanza e onnipresenza rappresenta una specie di coordinata massima, che permette di accertare e differenziare di tempo in tempo e di luogo in luogo i movimenti del diritto e delle dottrine attraverso la loro posizione di fronte a quella. E tale rapporto è fra i più significativi e illuminanti per la valutazione degli orientamenti fondamentali di ciascuna esperienza e in ciascun tempo e quindi anche nel nostro»[31].

In tal senso lo studio del diritto romano, in tutta la sua poliedricità, consente non solo la comprensione della tradizione giuridica europea ma anche del «diritto comune europeo»[32], e in particolare, del comune modo

di ragionare sul diritto[33], sulla base di una scienza del diritto che accomuna le nazioni europee[34].

#### **4. – ‘Rechtsgemeinschaft’ e ‘Rechtswissenschaft’: diritto comune europeo e scienza del diritto**

Infatti, se è vero che la storia giuridica dell’Occidente prende origine dal diritto del mondo antico, e in parte anche dal diritto romano[35], va tuttavia considerato che *la peculiarità del modello romano si è risolto e concretizzato tuttavia nella recezione non di un diritto ma di una scienza giuridica*[36].

Pertanto, se possiamo affermare che esiste ancora oggi una ‘Rechtsgemeinschaft’ europea, - pur nella profonda diversità - è perché questa si basa sulla condivisione del senso e del contenuto di concetti e istituzioni giuridiche essenziali, e che questo dipende - se non esclusivamente - principalmente da una comune tradizione giuridica fondata su uno *statuto scientifico forte*[37].

Ed è proprio tale connotato ha fatto sì che la tradizione giuridica europea si caratterizzasse per l’esistenza di una ‘grammatica giuridica fondamentale’ che ha determinato il *carattere di paradigma originario* giocato dal diritto romano nell’ambito della storia europea e, a sua volta, il *valore paradigmatico del diritto europeo nella storia del mondo*[38].

D’altronde, nella storia, i concetti, le categorie e principi derivanti dal diritto romano e dalla tradizione romanistica *non hanno fornito ‘soluzioni’*, ma hanno contribuito principalmente a orientare l’attività degli interpreti in connessione all’esigenza di *‘predisporre ed articolare modelli teorici di comprensione della realtà giuridica’*, che si ponessero anche come *‘strumenti concreti di razionalizzazione’ della stessa*.

*L’identificazione dello ‘strumentario concettuale comune della scienza giuridica europea’, infatti, non ha finalità meramente teoriche ma è funzionale al rafforzamento del dialogo e dell’integrazione. L’intento non è quello di cercare le somiglianze né le differenze in modo descrittivo, né quello di cercare la soluzione migliore da imporre alle altre, l’intento è quello di trovare strumenti comuni di dialogo, confronto e interazione tra giuristi.*

Si tratta di creare dei ‘riferimenti comuni’ sottratti alla disponibilità, alla mutevolezza o all’arbitrio dei singoli legislatori o delle singole prassi determinatesi in particolari momenti storici.

D’altronde, se il fenomeno giuridico è un fenomeno *essenzialmente storico*, nel senso che il fenomeno giuridico non è identificabile in astratto ma va colto e individuato in relazione ad un preciso contesto politico, sociale, economico culturale etc., è impossibile per il giurista registrare e osservare la molteplicità, senza individuarne caratteristiche, cause e dinamiche fondamentali.

In tal senso ci piace ricordare ancora una volta le parole di Orestano che risultano emblematiche al riguardo[39] «... in nessun momento storico la concezione della storicità del diritto si è imposta al pensiero giuridico come nel presente, dimostrandosi l’unica idonea a spiegare, oltre se stessa e il proprio fondamento, anche altre posizioni, in ciò che implicano, nei condizionamenti che le determinano in quelli che esse generano».

«Certo» – continua l’Autore[40] – «non si può disconoscere la forza e il peso che questi condizionamenti continuano ad esercitare sulla scienza

giuridica dell'Europa continentale, soprattutto quelli derivanti dall'idea razionalista, cui è così intimamente legato il dogmatismo tradizionale; condizionamenti che sono anch'essi elementi e dati dell'esperienza, della nostra stessa esperienza. Ma come fu luminosamente affermato dal De Francisci... anche i 'principi domatici non possono essere afferrati nella loro interezza se non attraverso la storia'. Appunto nel solco di questa profonda intuizione la romanistica più recente è venuta chiarendo la genesi e il valore storico delle categorie giuridiche e le loro connessioni con strutture e procedimenti logici anche se storicamente condizionati».

Così, in fine, «tutto il bagaglio tradizionale dei concetti su cui si è fondata per secoli e millenni la conoscenza giuridica viene a prospettarsi, infatti, negli studi più nuovi e vivi sotto un profilo rilevatore: precisamente come materia di conoscenza e pertanto oggetto, anch'esso, di indagine. Un'indagine rivolta non solo a ricercare dietro i concetti la vita, ma pure la storicità dei concetti stessi e le loro connessioni con la vita che attraverso di essi in essi si esprime»[41].

È possibile, dunque, che in tale prospettiva anche oggi la riflessione dello storico del diritto possa dare un proprio contributo alla più ampia e rinnovata riflessione cui sono chiamati tutti i giuristi europei all'interno delle singole esperienze nazionali, nella realizzazione di un'attività interpretativa del diritto sempre più complessa, che si è recentemente arricchita di un'imprescindibile attività di mediazione tra principi sovranazionali e tradizioni giuridiche interne.

## 5. – Interpretazione e diritto europeo

E, in effetti, uno degli aspetti più rilevanti del diritto sovranazionale è rappresentato proprio dall'*incremento dei luoghi di creazione e di tutela dei diritti tramite la valorizzazione e il coinvolgimento più soggetti nel processo d'interpretazione e creazione del diritto*.

Si è dato origine, così, a un vero e proprio processo dialettico e circolare tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti interni che ha decisamente moltiplicato i soggetti chiamati a svolgere un ruolo nella formazione e nell'applicazione dei principi giuridici[42].

Tale processo si lega certamente all'allargamento dei confini del diritto – per determinati aspetti – verso orizzonti mondiali (*weltrecht*)[43] e alla conseguente destrutturazione del concetto di Stato e sovranità nazionale, a cui inevitabilmente si legano la crisi di democraticità dello stesso procedimento legislativo e, di riflesso, della legge, sempre meno considerata parametro fondamentale di giuridicità[44].

D'altro canto, il primato del diritto comunitario, che si impone ai diritti nazionali, ha frantumato la sistematicità già precaria degli stessi, senza però sostituirvi un nuovo ordine formale. Ha determinato l'affermarsi, più genericamente, di un sistema giuridico sovranazionale sempre più basato su una pluralità di fattori di produzione che non si sviluppa ed articola unicamente secondo criteri puramente formali, ma secondo un modello giuridico complesso e peculiare, di recente definito in termini di *multivel constitutionalism*[45].

Si è determinata, così, la creazione, dunque, di una 'formazione a rete' in cui le scelte giuridiche sono il prodotto di un'attività collettiva, di una



pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva di reciproca integrazione.

Il processo descritto ha determinato, di conseguenza, l'accresciuto ruolo della funzione giurisdizionale come anello di congiunzione fra tali molteplici realtà, così come spesso esplicitato nelle decisioni delle Corti europee[46], e ora anche dalla nostre Supreme Corti[47].

Sembra pertanto condivisibile l'idea che processo interpretativo possa costituire il momento centrale *dell'europeizzazione del diritto*[48].

In conseguenza dei profondi e radicali elementi di cambiamento del diritto il giurista è, infatti, chiamato a riappropriarsi di un *ruolo-guida* nel processo di *comunicazione e armonizzazione* dei vari piani ordinamentali della realtà giuridica.

Per far questo, tuttavia, deve essere in grado di possedere e coltivare conoscenze nazionali e soprannazionali, e, al tempo stesso, capace di cogliere, ove possibile, gli spunti derivanti dal diritto sovranazionale anche come occasioni di arricchimento del proprio sistema giuridico nella prospettiva dell'accrescimento della qualità tecnica della propria normazione, dell'integrazione delle scelte di carattere contenutistico e valoriale e, al contempo, delle forme e dei mezzi di tutela[49].

È necessario, infatti, oggi per il giurista procedere valorizzando la peculiarità dei singoli diritti nazionali, pur armonizzandoli e inserendoli prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

## 6. – Interpretazione conforme e armonizzazione

Le nuove prospettive dell'interpretazione sono, infatti, quelle dell'interpretazione costituzionalmente orientata e quella dell'interpretazione conforme al diritto europeo[50] che assegnano al singolo giudice nazionale [51] il potere ma anche l'obbligo di operare una costante rilettura del proprio ordinamento giuridico alla luce dei valori costituzionali, ma anche del diritto sovranazionale europeo.

Si tratta di un compito immane, che comporta padronanza del proprio ordinamento ma anche dell'ordinamento sovranazionale, ma ancora della più ben complessa attività di mediazione, integrazione e armonizzazione tra normative, principi, interpretazioni stratificate e consolidate.

E spesso in questo compito il singolo interprete si trova in prima linea, essendo ormai superati i rigidi steccati del sindacato accentrato di costituzionalità.

Pertanto, gli interpreti, nel compiere tale attività, potrebbero e dovrebbero tener conto del dato fondamentale che i nostri attuali sistemi giuridici nazionali sono già tra loro fortemente legati anche da una comune tradizione storica che ha determinato la formazione di un patrimonio comune di concetti, principi e modelli giuridici (*Rechtsgemeinschaft*[52]).

Può certamente essere utile considerare, ad esempio, la stessa stratificazione presente nelle nostre fonti codicistiche[53], che sono frutto in realtà dell'integrazione dei principi e dei concetti derivanti da tale patrimonio comune, ascrivibile alla tradizione, e le determinazioni della volontà legislativa del diritto statale.

I codici nazionali, infatti, sono il prodotto dell'opera dei legislatori ma nei contenuti spesso riproducono le soluzioni della tradizione giuridica che li

precede, tanto che la frattura con le esperienze storiche che li precedono non è poi così profonda, come usualmente si ritiene.

Di conseguenza, gli interpreti – nella prospettiva del dialogo e dell'armonizzazione dei principi nazionali con quelli provenienti dagli ordinamenti sovranazionali – potrebbero operare una rilettura interpretativa dei nostri testi codicistici che ne attui e concretizzi il significato al di là del dato formale.

In tal modo è possibile, e forse anche necessario, dare concretezza e vita alle soluzioni tecniche contenute nei nostri codici, nella consapevolezza che essi non sono unicamente il frutto di scelte politiche compiute in un momento storico determinato, ma sono anche il frutto di secoli di elaborazione teorica e applicativa.

Si tratta, infatti, di soluzioni tecniche che hanno in sé grandi potenzialità, ma che vanno, tuttavia, calibrate e adattate ai mutamenti dei tempi. La loro importanza è costituita proprio dall'essere il frutto di 'processo secolare di elaborazione e sedimentazione', che ha visto coinvolti tutti i paesi dell'area europea. Sono, pertanto, dotate della forza di riproporsi per alcuni aspetti in maniera immutata e, al tempo stesso, in forme sempre nuove nell'adattarsi alle diverse esigenze storiche[54].

E, in effetti, negli ultimi decenni si sono incrementati i tentativi d'identificazione di tale 'grammatica giuridica europea'. Va considerato, inoltre, che si tratta di iniziative non solo di natura dottrinale[55], ma anche giurisprudenziale e legislativa, che si articolano a loro volta in ulteriori e molteplici indirizzi e criteri metodologici[56].

Per quanto riguarda le iniziative istituzionali una particolare attenzione va riservata al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), ormai alla seconda edizione (Sellier, 2009), che scaturisce da un' iniziativa istituzionale, promossa dalla Commissione, che ha affidato a due gruppi di studio, lo *Study Group on a European Civil Code* e al *Group on EC Private Law (Acquis Group)*, la raccolta di "*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*".

Si tratta di una raccolta di principi, definizioni e regole-modello per la formazione di un Quadro comune di riferimento, in conformità alle prescrizioni della Commissione europea[57], che ha dato avvio a un piano d'azione per realizzare un ravvicinamento della legislazione privatistica patrimoniale dei paesi membri dell'Unione Europea, e, in particolare, una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo anche in vista di un' eventuale progettazione di 'un codice civile europeo'.

L'idea è quella di procedere all'armonizzazione delle discipline privatistiche nazionali non tramite una disciplina imposta 'dall'alto', ma prendendo invece le mosse 'dal basso', dalla ricognizione dei principi, delle definizioni e delle regole-modello che sono già comuni e condivisi, anche partendo dal presupposto che «il diritto privato è uno di quei campi del diritto, che sono, o almeno dovrebbero essere, basati su e guidati da principi profondamente radicati»[58].

Inoltre, negli ultimi anni, anche presso le nostre supreme giurisdizioni si è diffusa una crescente sensibilità e attenzione per l'identificazione e tutela dei principi generali o dei diritti fondamentali, sia facendo riferimento alle Carte e Convenzioni che ne cristallizzano i contenuti[59], ma anche adottando e rendendo ordinario *il metodo del confronto e della comparazione fra ordinamenti per ricercarne le matrici comuni o i segni distintivi che possano confermarne l'universalità e la generalità*[60].

Si tratta di assicurare il rispetto e l'effettivo riconoscimento di tutto un sistema di protezione dei diritti fondamentali che è stato rafforzato dalle previsioni del Trattato di Lisbona. In esso si prevede infatti la piena equiparazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ai Trattati, l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU – il cui processo è peraltro ancora in corso – e la qualificazione dei diritti fondamentali previsti nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri come principi generali dell'Unione europea[61].

Infatti, nell'ambito dell'interpretazione costituzionalmente orientata, o interpretazione adeguatrice, si è parimenti consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale anche in relazione ai diritti fondamentali l'interpretazione in questione deve ora arricchirsi, tenendo conto che il parametro di costituzionalità va integrato con principi e valori provenienti da ordinamenti sovranazionali[62].

E ciò vale anche per i principi e valori che non sono riconducibili in senso stretto al diritto comunitario[63], e, dunque, al principio del suo primato sul diritto interno. Il riferimento primario è, dunque, a tutte quelle Convenzioni, Carte e disposizioni internazionali di carattere pattizio che rappresentano la cristallizzazione dei principi fondamentali della tradizione giuridica europea, e in particolare dunque alla CEDU.

Si può quindi affermare che l'interpretazione conforme rappresenta «una sorta di via nazionale alla tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto sovranazionale»[64]. D'altronde, l'obbligo di interpretazione conforme non vincola solo lo Stato-governo ma anche per lo Stato-apparato, e dunque tutti i soggetti che ne fanno parte, in primo luogo i giudici, che sono tenuti ad interpretare la norma interna in conformità alle disposizioni e ai principi del diritto europeo.

Deve d'altronde riconoscersi che di fatto si è già realizzato un percorso di reale integrazione tra le Carte Costituzionali. Già secondo risalenti pronunce della Consulta[65] tutte le Carte si integrano reciprocamente nella interpretazione, e perciò uno stesso diritto può essere fatto oggetto di convergenti discipline da parte di più carte, con la conseguenza che l'applicazione diretta della Costituzione si converte e risolve in applicazione diretta di altra Carta e viceversa ovvero pure di una 'tradizione costituzionale comune'[66].

L'ulteriore svolta è costituita dall'abbandono del criterio strutturale di risoluzione delle antinomie, che riguarda il carattere auto applicativo ovvero non auto applicativo delle norme dell'Unione, a vantaggio di un criterio assiologico-sostanziale, volto a dare rilievo alla carica di valore espressa dalle norme stesse.

Si tratta di un' affermazione di straordinario rilievo che impone un autentico ripensamento di metodo che attiene all'assetto complessivo delle relazioni inter ordinamentali. «Il criterio strutturale, che riguarda appunto al modo di essere degli enunciati, viene risolutivamente messo da canto per far posto ad un criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme di incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento, di darvi voce e assicurarne l'inveramento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – nell'esperienza[67].

La Consulta evoca a tal proposito anche il canone della '*massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico*' di cui all'articolo 53 della carta dell'Unione[68].

La Corte[69] chiarisce, infatti, che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come *'una sovraordinazione gerarchica'* delle norme CEDU – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione, e che d'altronde, con riferimento ai diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, invece, costituire *strumento efficace di «ampliamento» della tutela stessa.*

Nelle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, l'obbligo dell'interpretazione conforme grava su tutti gli attori della scena giuridica, legislatore, giudice comune, Corte Costituzionale e non si fonda su un criterio gerarchico di prevalenza ma su una *'combinazione virtuosa'* delle reciproche attività interpretative, che si risolve nel non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico interno una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela rispetto a un diritto fondamentale tutelato nelle fonti sovranazionali, né d'altra parte consentire l'applicazione di una norma sovranazionale quando comporti un livello di tutela inferiore rispetto alla norma interna[70].

«Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento – sempre a parere della Corte[71] – deve essere tale da determinare *'incremento di tutela'* per tutto il sistema dei diritti fondamentali, effettuando una continua *'comparazione'* con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla *'continua e dinamica integrazione del parametro'*, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost. Il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve dunque essere effettuato mirando alla *'massima espansione delle garanzie'*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno a oggetto i medesimi diritti».

Quello descritto è un caso paradigmatico della complessità dei percorsi interpretativi. Oggi dunque al giudice, ma in realtà al giurista, in tutte le sue vesti, spetta un compito assolutamente non facile. Gli si richiede, infatti, non solo una piena conoscenza e consapevolezza del diritto interno e sovranazionale nelle sue diverse articolazioni, ma anche dei diversi diritti stranieri con i quali di volta in volta si viene a contatto, con una conoscenza che non può limitarsi unicamente alla dimensione formale e legislativa, ma deve estendersi anche a quella interpretativa ed applicativa.

Il giurista, inoltre, è chiamato a leggere il diritto proprio e il diritto straniero alla luce dei principi sovranazionali, per valutarne la conformità ad essi, pur nella diversità delle soluzioni in concreto prospettabili.

Si tratta di effettuare una continua *'comparazione'* con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla *'continua e dinamica integrazione del parametro'*, mirando alla *'massima espansione delle garanzie'*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno a oggetto i medesimi diritti.

Si tratta di un intreccio complesso e articolato d'interpretazioni giurisdizionali, che – pur nel rispetto delle reciproche competenze – debbono collaborare fattivamente per garantire l'effettività non solo del diritto comunitario ma anche dei principi contenuti nella CEDU, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e dei principi generali dell'Unione europea[72].

L'orientamento descritto mira a valorizzare, così, sia il ruolo del giudice comune, riconducendolo nell'alveo dell'interpretazione adeguatrice, come parte di una complessa rete giurisdizionale di cui fanno parte anche le nostre Corti Supreme e le Corti europee. E, al tempo stesso, conduce a un pieno riconoscimento dei principi generali del diritto comunitario, su indicazione delle Corti Europee, come importanti strumenti di rilettura di norme interne, anche costituzionali.

## **7. – Considerazioni finali**

Ebbene, nell'ambito di questo complesso e articolato sistema europeo multilivello, lo studio del diritto romano, ma anche delle altre discipline storiche, può fornire ancora strumenti utili anche per la comprensione della realtà giuridica attuale, caratterizzata da una complessità non solo degli ordinamenti ma anche delle soluzioni normative, giurisprudenziali e interpretative.

In particolare l'osservazione e la comprensione delle singole problematiche giuridiche oggi non può sottrarsi innanzitutto alla considerazione degli orizzonti complessivi della realtà giuridica caratterizzata del pluralismo dei valori e degli ordinamenti giuridici.

In tal senso la lettura e comprensione anche in chiave storica del pluralismo che caratterizza oggi la vita del diritto può fornire al giurista ulteriori elementi di valutazione[73]. Si tratta, infatti, di una realtà complessa che necessita per la sua piena comprensione di approcci molteplici e diversificati[74].

D'altronde, lo studio e la consapevolezza storica degli strumenti giuridici fondamentali a sua disposizione possono orientare l'interprete e renderlo più consapevole nel suo sempre più importante e centrale ruolo di strumento di razionalizzazione e miglioramento del sistema giuridico.

La ricerca dell'identità giuridica europea, di un diritto europeo comune, di una scienza giuridica comune, non rappresentano un mero esercizio retorico o dottrinario, ma una necessità imprescindibile nell'ottica del dialogo, dell'integrazione e armonizzazione dei nostri diritti europei.

Vi è, dunque, da ritrovare gli elementi d'identità che possono favorire integrazione e armonizzazione, ma vi è un altro importante compito da assolvere: la riconduzione ad un'unità del sistema per evitare le derive particolaristiche.

La scienza del diritto, in particolare, la scienza dell'interpretazione, assume centrale importanza nel panorama delle fonti nazionali e sovranazionali come strumento di razionalizzazione e miglioramento del sistema giuridico nel suo complesso.

Il problema, infatti, non è certo costituito dall'arricchimento del catalogo dei diritti, delle soluzioni giuridiche e dei mezzi di tutela, quanto piuttosto dalla necessità di procedere all'identificazione di nuovi criteri di 'gestione' e di 'composizione sistematica' della loro molteplicità[75].

Il sistema giuridico in cui viviamo fa appello, più di prima, al profondo senso di responsabilità del giurista, in connessione all'esigenza di predisporre e articolare modelli teorici di comprensione di questa realtà, che si pongano anche come strumenti concreti di razionalizzazione di un sistema sempre in precario equilibrio tra opposte e conflittuali tendenze e spinte [76].

D'altronde, la scienza giuridica ha giocato un ruolo decisivo nei momenti cruciali della storia giuridica europea, e forse anche oggi può rivestire un ruolo determinante. Basti pensare alla fondazione originaria[77], che ha segnato l'inizio della stessa tradizione giuridica occidentale, e successivamente alla rinascita studi giuridici, e poi ancora alla pandettistica.

Va valutato, inoltre, che oggi si sta realizzando una 'rifondazione' della scienza giuridica, nel senso più ampio e generale, e, in particolare, di una scienza giuridica costituita non da un 'sistema' di concetti astratti, ma da un 'sistema prudenziale'.

Non possiamo che concordare in proposito con l'autorevole giudizio di G. Zagrebelsky[78] nella misura in cui esplicitamente ravvisa «negli ordinamenti contemporanei, aspetti del diritto premoderno». Si legge infatti testualmente nel magistrale saggio sul 'diritto mite' che «..contro ogni consapevolezza gli autori delle Costituzioni vigenti, hanno posto le condizioni di un rinnovamento del diritto nel segno della tradizione antica, mostrando ancora una volta che uno sviluppo lineare delle concezioni del diritto si rivela un'infondata ideologia».

Il riferimento esplicito alla tradizione è rappresentato proprio dalla *iuris prudentia* antica, di origine romanistica, quale espressione di una razionalità materiale orientata ai valori, da contrapporre ad una razionalità formale tipica dell'ultimo tratto dell'esperienza moderna.

Si tratta di una *ratio practica*, di un *sistema prudenziale*, a fronte di una *ratio speculativa*, che rende persuasivo e non semplicemente coerente il discorso giuridico, che mette in opera procedure leali trasparenti e responsabili che consentono il confronto tra principi in gioco, e che necessita della selezione di una classe giuridica capace di rappresentare principi e non solo nudi interessi o mere tecniche[79].

D'altronde come ricorda Grossi[80] «...la scienza è la sola fonte che, in assenza di un potere politico compiuto, può raccogliere, organizzare, unificare un enorme materiale fattuale sparso, ossia può conferire quel carattere ordinativo che è la cifra intima del diritto, di ogni dimensione giuridica. Con questo non piccolo vantaggio: che, mentre la norma autorevole del principe non può che tradursi in comandi generali necessariamente rigidi, le categorie teoriche e i principi, di cui è portatrice una riflessione scientifica, hanno una loro elasticità che li rende particolarmente congeniali a un'esperienza giuridica in perenne cammino. Come opportunamente si precisava più sopra, la scienza armonizza non sopprimendo le diversità ma riconducendole nell'alveo delle grandi linee direttrici quali elementi di arricchimento».

### **Abstract**

The article contains some considerations on the relationship between Roman law and 'European Common Law', in relation to the existence of a 'common European legal identity'. In fact, some reflections on the European legal identity, on the paradigmatic character of Roman law within the European legal tradition, and on the paradigmatic character of European law in the world are taken into consideration. The gaze of the legal historian should be broad, both to re-understand the medieval, modern and contemporary times, and to embrace the entire European (at least

European) space. Only in this way can the history of law absolve its indispensable formative function.

Nell'articolo si svolgono alcune considerazioni sul rapporto tra diritto romano e diritto comune europeo, in relazione all'esistenza di una 'comune identità giuridica europea'. Vengono in considerazione, infatti, alcune interessanti riflessioni sull'identità giuridica europea, sul carattere paradigmatico svolto dal diritto romano nell'ambito della tradizione giuridica europea, e sul carattere paradigmatico del diritto europeo nel mondo. Lo sguardo dello storico del diritto dovrebbe essere ampio, sia per ricomprendere i tempi medievale, moderno e contemporaneo, sia per ricomprendere l'intero spazio europeo (almeno europeo). Solo così la storia del diritto può assolvere la sua ineliminabile funzione formativa.

---

[Per la pubblicazione degli articoli della sezione "Tradizione Romana" si è applicato, in maniera rigorosa, il procedimento di *peer review*. Ogni articolo è stato valutato positivamente da due *referees*, che hanno operato con il sistema del *double-blind*]

[1] Si tratta di seminario un interdisciplinare tenuto insieme a colleghi di Diritto Costituzionale e Diritto Europeo in occasione dell'inizio dei corsi dell'anno accademico 2017-2018, allo scopo di confrontarci su metodologie e contenuto dei nostri insegnamenti, ma soprattutto di fornire agli studenti una visione unitaria degli obiettivi formativi complessivi del Corso di Laurea in Giurisprudenza di Palermo. L'interesse degli studenti è stato notevole e ha determinato sia un vivace dibattito, sia richieste di successivi e ulteriori approfondimenti. Tali circostanze ci hanno indotto alla decisione di pubblicarne i contenuti. Il presente contributo rappresenta, infatti, il testo della relazione tenuta in occasione del seminario, ulteriormente integrata da una bibliografia minima sui temi trattati.

[2] F.P. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, *Labeo* 40 (1994) 161 ss.; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino 1997; ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano 1999, 41 ss.; L. LABRUNA, "Ius europaeum commune". *Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Napoli 1999, 1 ss.; G. CRIFÒ, *Prospettive romanistiche per l'Europa unita*, in *Droit romain et identité européenne*, Bruxelles 1994, 125 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index* 30 (2002) 163 ss.; ID., *Luci e ombre del processo di integrazione giuridica europea*, in *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari 1997, 91 ss.; S. SCHIPANI, *Intervento di sintesi. Traduzione del Digesto, riflessione sui fondamenti del diritto in Europa*, in *Atti del Convegno di Studi Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano*, Sassari 22-23 novembre 1996, Milano 2001; M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano*, Copanello 3-7 giugno 2000, Napoli 2004, 341 ss.; O. TROIANO, G. RIZZELLI, M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Foggia, 20-21 giugno 2003, Milano, 2004, 3 ss.; L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1 /2004, 53.ss.; F. LAMBERTI, *Giusromanistica e formazione del giurista europeo*, in O. TROIANO, G. RIZZELLI, M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history?*, cit., 74.ss.; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e diritto privato*, 3/2004, 907 ss., ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. [Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi]*, Padova 2005, 117 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica del diritto europeo. Lezioni*, I e II, Torino 2001; 2003; O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)* in *Rivista di diritto civile* 51.2, Parte II (2005) 113.ss.

[3] Da ultimo sul tema F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index* 33 (2005) 83 ss., ora in *Fundamenta*,

Napoli 2007, 21 ss.; 61 ss a cui si rinvia per l'ampia e dettagliata rassegna bibliografica sul tema.

- [4] P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, premessa, 8.
- [5] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 15.
- [6] C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)*, trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma 1996. Sul pensiero di C. Schmitt v. anche L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la "Wissenschaft des Römischen Rechts"*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo [Il Giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi]*, Padova 2008, 57 ss.
- [7] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14.
- [8] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 15.
- [9] C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 37.
- [10] W. HALLSTEIN, *Die europäische Gemeinschaft*, Düsseldorf-Wien, Econ, 1973.
- [11] cfr. in proposito G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006, 122 ss.
- [12] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 16.
- [13] C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 39-40.
- [14] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 19.
- [15] C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 42.
- [16] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 20. L'Autore è pronto a riconoscere l'importanza e l'alto valore rivestito dal diritto romano nell'ambito della scienza giuridica europea, pur non risparmiando qualche notazione critica agli studiosi della disciplina. Afferma, infatti, che «gli argomenti addotti da Schmitt per sostenere il carattere di paradigma originario giocato dal diritto romano nei confronti del diritto europeo e mondiale, sono diversi e migliori, da quelli impiegati da molti romanisti».
- [17] C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 47.
- [18] C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 49; M. BARBERIS, *loc. ult. cit.*, 20.
- [19] M. BARBERIS, *loc. ult. cit.*, 88 ss.
- [20] cfr. P. G. MONATERI, *Gaio nero* in P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma 2005, 19 ss.
- [21] cfr. F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni*, cit., 35-36, a cui si rinvia per le considerazioni critiche in proposito e per una rassegna delle repliche.
- [22] M. BARBERIS, *loc. ult. cit.*, 91.
- [23] M. BARBERIS, *loc. ult. cit.*, 91.
- [24] A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, 5 ss.
- [25] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, 1987, 456.
- [26] L. PEPPE, *Usi e ri-usi del diritto romano*, Torino 2012, 7 ss.
- [27] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 455.



- [28] R. ORESTANO, *loc. ult. cit.*, 455.
- [29] S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924). Diritto romano e diritto moderno*, a cura di G. Falcone, Torino 2004, 17 ss.; L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il corpus Iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino 2002, 13 ss.; 107 ss.
- [30] R. ORESTANO, *loc. ult. cit.*, 457-458.
- [31] R. ORESTANO, *loc. ult. cit.*, 458
- [32] Sul tema in senso problematico L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino 2010, 281 ss.
- [33] L. GAROFALO, *Carl Schimtt e la «Wissenschaft»*, cit., 74.
- [34] L. GAROFALO, *Carl Schimtt e la «Wissenschaft»*, cit., 76.
- [35] A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto*, cit., 12.
- [36] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit, 14.
- [37] P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino 1997, 45 ss.; L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, già in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 263 ss. ora in L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi*, Torino 2015, 137 ss.; L. LANTELLA - E STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, 157 ss.
- [38] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14; 19-20.
- [39] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 567. Sul tema anche L. PEPPE, *Uso e ri-uso*, cit., 2 ss.
- [40] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 568.
- [41] R. ORESTANO, *loc.ult. cit.*, 568.
- [42] Già da tempo si sostiene che l'elaborazione delle *tradizioni costituzionali comuni* e la stessa *Costituzione europea* non devono avere un unico centro propulsivo ma essere «il prodotto di un'attività collettiva, con una pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva...Alla 'Costituzione europea' corrisponderebbe così 'una giustizia costituzionale europea' strutturata in forma 'reticolare'»; cfr. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania-Ridola, Torino 2001. Sul tema, tra i contributi più recenti v. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2009 cit., 1 ss.; nonché G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, II, 2009, 195 ss.; G. PITRUZZELLA-BIN, *Le fonti del diritto*, Torino 2009, 97 ss.; in proposito v. anche *infra*, nt. 66.
- [43] Si pensi solo alla tendenza sempre più accentuata all'internazionalizzazione e 'sovrannazionalizzazione' degli ordinamenti costituzionali e, con essa convergente, alla 'costituzionalizzazione' degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale. In particolare v. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008.
- [44] Particolarmente significative ci sembrano in proposito le considerazioni di G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI (2007). Nello stesso senso autorevolmente S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, 2008, 29 ss., il quale discute addirittura di un «*diritto senza stato*».

[45] I. PERNICE, *Multilevell constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.; WEILER, *The trasformation of Europe*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, 19 ss.

[46] In ambito europeo la giurisdizione ha assunto un ruolo di particolare rilievo non solo nell'ambito di applicazione ma anche di creazione del diritto comunitario. La stessa definizione della struttura giuridica del sistema comunitario e dell'effettività del medesimo diritto – a fronte di ritardi e inceppamenti dell'integrazione politica – è prevalentemente frutto di un complesso processo interpretativo svolto in primo luogo dalla Corte di Giustizia che ha messo in atto un vero e proprio processo di costituzionalizzazione dell'Unione; sul punto T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino 2009, 148 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2009, 1; F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, 351 ss. e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

[47] Si è dunque realizzato un complesso intreccio interpretativo tra le giurisdizioni di diversi livelli che cooperano per garantire l'effettività del diritto comunitario. Sull'interessante e complessa tematica v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, *Quad. della Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli 2008; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 581 ss.; R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, e V. SCARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

[48] In tal senso cfr. M. MICELI, *Validità e effettività del modello romanistico della proprietà nell'esperienza giuridica attuale*, in *IUSTEL, Revista General de Derecho Romano*, 27 (2016), § II.

[49] v. in proposito L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati*, cit., 21 ss.; ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 71 ss.

[50] R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comparato europeo*, 1999-I, 383 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 1995, 309 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2008, 191; C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. Cost.*, 2008, 136; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *associazione de i costituzionalisti.it*; E. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2012, 17 ss.; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 26 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, par. 5.2, 10 ss.

[51] E' ormai pienamente riconosciuto dalle Corti nazionali e sovranazionali il ruolo del singolo giudice nazionale chiamato contemporaneamente a un'interpretazione conforme del diritto interno al dato costituzionale e del diritto interno alle norme comunitarie, in veste di «giudice comunitario di diritto comune» (cfr. Concl. Avv. Gen. Saggio 15 dicembre 1999, causa *Océano gruppo editoriale*, Cause riunite da C-240/98 a C-244/98) e del diritto interno alla CEDU, quale «giudice comune della Convenzione» (sent. 348-349 *Corte Cost.*). Sul tema v. R. CONTI., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. diritto*, 2007, 3, 377 ss.; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del*

*giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, I, 2008, 595 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, *Dir. un. Eur.*, II, 2009, 218 ss.; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 41 ss.; 285 ss.

[52] v. *supra*, §§1.2; 1.4

[53] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 42 ss.; G. WESENBERG - G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it. a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova, 1999; L. GAROFALO, *Una nuova dogmatica*, cit., 71 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011, 28 ss. Sul tema anche gli interessanti volumi *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Jovene, Napoli. Di notevole interesse, inoltre, quanto si legge nella Presentazione della Rivista *Europa e Diritto Privato*, 1 (1998), 2-3 si legge «...L'Europa come idea dinamica che di momento in momento si storicizza ha bisogno dell'opera diurna dei cultori di diritto, che all'idea fornisca le strutture relazionali nelle quali prendere forma concreta. La scienza del diritto privato, che ha costruito i modelli originari di tali strutture nelle quali i singoli Paesi hanno potuto riconoscersi come parti di un intero anche nei momenti in cui le forme statuali le predicavano divise quando pure non avversarie, più di ogni altra è deputata a dare conferma e nuovo impulso a tale unitarietà... (p. 2) Occorrerà sempre ricordare, invece che il diritto europeo nasce su una base comune ma come diritto nuovo, rivolto al futuro e come tale esso deve essere accolto, anche quando questo comporti sommovimenti più o meno significativi rispetto al dato normativo (legislativo e giurisprudenziale) nazionale o ai modelli interpretativi o sistematici invalsi nelle culture giuridiche di ciascuno dei Paesi uniti. L'unità europea, insomma va inverata e ribadita di pari passo al suo stesso esserci... Nell'alternativa tra un' Europa dei codici e un codice per l'Europa.... l'occhio a una realtà di divisione che ancora sembra sovrastare non puoi esimerci dal cogliere tutto quanto pur in essa è anticipazione di un futuro antico (p. 3)».

[54] cfr. *supra*, §§ 1.3; 1.4.

[55] Tra le iniziative maggiormente significative ricordiamo quella dell' "Italian Group" dell'Università di Pavia, presieduto dal Prof. Giuseppe Gandolfi, il "Trento Project on the Common Core of European Private Law" e la "Commissione di diritto europeo dei contratti", comunemente nota come Commissione Lando dal nome del suo presidente. Quest'ultima, merita senza dubbio un richiamo approfondito, in quanto i Principles of European Contract Law (PECL) da essa redatti, hanno trovato largo eco non solo dottrinale, ma anche in sede giurisprudenziale e legislativa.

[56] Per un quadro articolato delle diverse posizioni sul tema cfr. ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Milano 2005. In proposito v. anche C. CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 445 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary law, European law, The civilian Tradition today*, Oxford, 2001; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *I fondamenti del diritto privato europeo*, I, cit., 3 ss.

[57] *Comunicazione* del 12 febbraio 2003 [COM (2003) 68 def.]; *Comunicazione* dell'11 ottobre 2004 [COM(2004) 651 def.].

[58] cfr. C. VON BAR – E. CLIVE, *Definitions an Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR)*, Full edition, Munich 2009, I, 12 ss. In proposito LUCCHETTI - PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010, 9-28.

[59] Si tratta principalmente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata dal Consiglio Europeo di Nizza nel Dicembre del 2000, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che ha sancito un complesso di diritti fondamentali incentrati sulla dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia; a tal proposito v. in particolare *Corte Cost.* n. 393 del 2006.

[60] M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma 2013, §§ 6.2; 6.3.

[61] *Corte cost.* n. 80 del 2011.

[62] *Supra*, nt. 50.

[63] Adottiamo l'espressione 'diritto comunitario' per designare, in conformità ad opinione corrente, il diritto relativo alla Comunità Economica Europea e, oggi, all'Unione Europea.

[64] R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, cit., 388.

[65] *Corte cost.* n. 388 del 1999.

[66] A. RUGGERI, *Svolta della consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'unione self executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3 (2017) 237 e bibliografia ivi citata. In tal senso già RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Va ricordato inoltre che la stessa decisione (*Corte cost. n. 269 del 2017*) precisa che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di essere interpretata in armonia con le "tradizioni costituzionali" pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (punto 5.2, *cons. in dir.*). Sul decisivo valore delle tradizioni costituzionali nella risoluzione delle antinomie tra diritto interno e europeo v. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali. Il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla corte dell'unione*, In AA. VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo inter giurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Torino 2015, 93 ss.

[67] A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., 234-235.

[68] Da ultima *Corte cost. n. 269 del 2017* (punto 5.2, *cons. in dir.*).

[69] *Corte cost.*, n. 317 del 2009 ( punto 7, *cons. in dir.*)

[70] *Corte cost.*, n. 317 del 2009 ( punto 7, *cons. in dir.*): «Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne un'interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi d'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali».

[71] *Corte cost.*, n. 317 del 2009 ( punto 7, *cons. in dir.*)

[72] *Corte cost.* n. 348 del 2007; n. 317 del 2009; n. 269 del 2017.

[73] M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico*, cit., 15ss e ulteriore bibliografia ivi citata.

[74] F. VIOLA, *Introduzione in Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, (a cura di F. Viola) 2012, Il Mulino, 18 ss.

[75] In proposito v. *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre, 27-28 novembre 2008, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

[76] In tal senso M. MICELI, *Editoriale*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, 5-7. Sul tema autorevolmente L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione*, cit., 53 ss.; EAD., *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, cit., 115 ss.

[77] A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto*, cit., 5 ss.

[78] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 169.

[79] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 168-169.

[80] P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 45-46.