

Modelli teorici e metodologici **5** nella storia del diritto privato

Salvatore Antonio Cristaldi Maria Floriana Corsi
Tommaso dalla Massara Riccardo Fercia
Paolo Ferretti Giovanni Finazzi Peter Gröschler
Paola Lambrini Maria Miceli Pascal Pichonnaz

a cura di

Maria Floriana Corsi Roberto Fiori
Paola Lambrini Gianni Santucci

Estratto

Jovene Editore
2021

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2021

ISBN 978-88-243-2728-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

MARIA MICELI

DIRITTO ROMANO E DIRITTO CIVILE:
LE RAGIONI DI UNA RINNOVATA RIFLESSIONE STORICA
SUI MODELLI TEORICI E METODOLOGICI

A PROPOSITO DEL VOLUME DI GUIDO ALPA,
DIRITTO CIVILE ITALIANO. DUE SECOLI DI STORIA

1. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia: le ragioni di una rinnovata riflessione.*

Nell'accogliere l'invito a pubblicare nuovamente nella collana dei *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, e in considerazione delle difficoltà, a causa dell'emergenza sanitaria, di accesso alle nostre biblioteche per il consueto lavoro sulle fonti, mi sono dedicata alla redazione del presente contributo, prendendo spunto da alcune significative pagine del libro di Guido Alpa *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*¹, per svolgere alcune considerazioni relative al diritto romano e al ruolo, più in generale, della storia del diritto nello studio e riflessione sul diritto civile.

Quello di Alpa è un recente volume di notevole interesse e pregio, realizzato da uno dei principali studiosi e interpreti del diritto civile del nostro tempo, che si occupa degli ultimi due secoli di storia del diritto civile, ma esordisce con un richiamo anche al diritto romano.

In particolare, ci è sembrato rilevante leggere «il diritto romano ha molto da dire ai giuristi del nostro tempo»².

E, in effetti, il riferimento al diritto romano si inserisce in una visione complessiva del diritto privato degli ultimi due secoli di storia che è davvero di notevole interesse.

¹ G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018.

² ALPA, *Diritto civile*, cit., 23.

Innanzitutto, risulta particolarmente rilevante che l'Autore, nell'occuparsi del diritto civile italiano, abbia voluto trattare non solo degli ultimi sviluppi dello stesso, ma valutare complessivamente quelli avvenuti negli ultimi due secoli, riconoscendo e valorizzando, così, la dimensione storica del diritto come strumento fondamentale di comprensione dello stesso, nelle sue dinamiche fondamentali³.

Così, a fronte di un fenomeno giuridico quale quello del diritto civile, nel suo complesso profondamento mutato e trasformato, l'intento è quello di riprendere «i fili» e le trame fondamentali del suo sviluppo storico per tentarne una più profonda disamina.

Il punto di partenza dell'Autore⁴ è, infatti, rappresentato dalla considerazione che il diritto civile italiano non si presenta «in modo lineare» né dal punto di vista dei confini della materia, né dal punto di vista delle scansioni temporali, e neppure dal punto di vista del metodo.

«Quanto alla materia» – sostiene Alpa⁵ – «per più di un secolo e mezzo il diritto civile è coniugato con il codice civile, e il suo ambito corrisponde alle partizioni del codice; fino alla codificazione dell'Ottocento appare dominato dal diritto romano, da cui eredita terminologie, concetti, istituti; per un secolo poi rimane diviso dal diritto commerciale, anche se i commercialisti applicano alla scienza del loro diritto le categorie elaborate per lo studio del diritto civile; da un quarantennio è integrato dalla applicazione dei principi costituzionali e da alcuni decenni è inciso dal recepimento del diritto comunitario che introduce le sue proprie categorie».

Quanto ai confini della materia⁶, anche essi sono mobili, in quanto, ad esempio, molti dei fenomeni del secolo scorso presentano

³ Sul tema della storicità del diritto mi permetto di rinviare al volume di recente scritto insieme al Prof. Pietro Cerami, mio Maestro, P. CERAMI - M. MICELI, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, Fonti, Codici. Prospettive romane e moderne*, Torino, 2018, 1-500. A lui dedico questo contributo, già in corso di redazione nel momento in cui è improvvisamente scomparso, nel mese di aprile 2021. Lo dedico alla sua memoria, al suo indiscutibile valore come studioso e Maestro, alla sua estrema sensibilità storica e interdisciplinare che ha sempre guidato e ispirato il suo lavoro.

⁴ ALPA, *Diritto civile*, cit., 13.

⁵ ALPA, *Diritto civile*, cit., 13 ss.

⁶ ALPA, *Diritto civile*, cit., 14.

aspetti che oggi incidono sul diritto costituzionale, anche se all'epoca in cui si verificarono vennero ascritti all'area del diritto civile. Tanto è vero che la stessa distinzione fra diritto pubblico e diritto privato diventa sempre più relativa, tanto da indurre a considerare se attualmente abbia ancora senso insistere su questa bipartizione.

D'altronde, pensare alla storia del diritto civile significa, per i più, pensare alla storia degli *istituti* del diritto civile e, quindi, alla storia della disciplina della proprietà, del contratto, della responsabilità civile, considerando una storia «interna» al sistema giuridico; tuttavia – avverte Alpa⁷ – gli oggetti della storia diritto civile sono molteplici e implicano anche una dimensione «esterna».

Pertanto, per molti, storia del diritto civile significa anche *storia delle codificazioni*⁸ e, quindi, anche storia dei testi normativi, ma anche delle fonti del diritto che complessivamente incidono nella formazione del diritto privato, così come l'interpretazione giudiziale e dottrinale.

Di conseguenza, la storia del diritto civile significa anche *storia del metodo* e potrebbe anche significare *storia dei contesti*, entrambe volte a identificare il substrato economico e sociale delle norme, delle decisioni e delle prassi. «Ma questo», ancora Alpa⁹, «è un problema di metodo connesso con la concezione del diritto che sta alla base dell'analisi storica proposta dai giuristi». Non vi è dubbio, infatti, che la storia del diritto civile si interseca profondamente anche con la storia delle professioni giuridiche, che hanno svolto una funzione determinante per la costruzione e per l'evoluzione del diritto civile nel nostro paese.

Per quanto riguarda, poi, *le scansioni temporali*, usualmente la storia del diritto civile viene identificata con la storia delle codifica-

⁷ ALPA, *Diritto civile*, cit., 14-15.

⁸ Sui profili generali si fa rinvio a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999. In relazione al tema specifico, R. BONINI, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973; N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991; C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990; A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in R. SACCO (dir.) *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 1998.

⁹ ALPA, *Diritto civile*, cit., 15.

zioni, «risalendo i rami» dal 1942 alle codificazioni preunitarie del 1865, e da queste, al codice civile Napoleonico¹⁰. Non c'è dubbio, tuttavia, che «i fili culturali usati dai giuristi sono molto resistenti e attraverso varie epoche», perché la cultura giuridica del Settecento fonda le sue radici nella tradizione medievale del diritto comune e si proietta nel futuro per tutto l'Ottocento, sicché quei confini apparentemente netti, affidati alle due codificazioni civili, via via finiscono per dissolversi, o per estendersi fino ad abbracciare almeno due secoli.

«D'altra parte – afferma Alpa¹¹ – i civilisti inseguono la storia non solo per amore di cultura e certo non per un semplice gioco intellettuale: leggono nella storia le radici della propria materia».

E in tal senso, *quanto al metodo*, ritiene, infatti, che «la storia del diritto civile non sia appannaggio soltanto degli studiosi del diritto civile, necessariamente attratti dall'attualità e prestati alla storia da una funzione vicaria: è terreno di elezione degli storici del diritto italiano, che hanno finalmente superato il confine immaginario del diritto comune per spingersi fino alla codificazione vigente; dei cultori del diritto romano, che perseguono istituti e categorie concettuali costruiti nel diritto giustiniano e pervenuti fino a noi; dei filosofi del diritto che considerano le codificazioni dal punto di vista delle tecniche di organizzazione della società e dal punto di vista delle tecniche di trasmissione del sapere; dei cultori del diritto comparato, che illustrano la circolazione dei modelli giuridici in senso sincronico e in senso diacronico»¹².

Pertanto la storia del diritto civile si può raffigurare nella nostra esperienza come *un mosaico*, che si caratterizza anche per il fatto che si tratta di «un mosaico che tante volte è stato composto, scomposto e ricomposto», con la conseguenza finale che «la nostra cultura giuridica non è affatto provinciale: ha un autentica vocazione europea» e

¹⁰ ALPA, *Diritto civile*, cit., 15; cfr. C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari 1985; A. PADOA SCHIOPPA, *Dal codice civile napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Torino, 1994, 923 ss.

¹¹ ALPA, *Diritto civile*, cit., 17.

¹² ALPA, *Diritto civile*, cit., 18. Il riferimento principale è a G. GORLA, *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 501 ss.; C. A. CANNATA - A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*⁴, Torino, 1989.

che «la storia nazionale si deve estendere, quindi, alla storia della cultura giuridica europea atteso che proprio il diritto civile ha svolto un ruolo determinante nella formazione della cultura giuridica europea»¹³.

Interessante appare, inoltre, la considerazione che «assumendo la storia del 'diritto' in un'accezione lata, si deve sottolineare che un conto sono i testi normativi, altro conto sono i percorsi della cultura giuridica che quei modelli è chiamata a redigere, ad interpretare e ad applicare, o ad apprezzare al fine di predisporre gli strumenti formativi del giurista. Alla circolarità dei *modelli* si accompagna inoltre la circolarità delle *idee*, ed entrambi questi fattori debbono fare i conti con le realtà istituzionali, politiche, economiche e sociali. In questa prospettiva si riscontrano fatti curiosi: continuità di idee, concetti, nozioni, tecniche tale da superare i confini nazionali e le stesse epoche storiche e sovrapporsi ai testi normativi, e agli stessi codici in vigore, per 'edificare il giuridico'; la radicata conoscenza del diritto romano e la sua utilizzazione per soddisfare le esigenze della vita economica e sociale mediante opportuni adattamenti; il ricorso a strumenti didattici avulsi dalla storia e dalla propria originaria destinazione, e tanti altri fenomeni, che lo storico deve assumere ad oggetto ricerche e delle proprie meditazioni ... Come si vede, la ricostruzione storica non è agevole: si deve tener conto dei testi normativi, ma anche dei movimenti culturali, dell'opera creatrice della giurisprudenza, degli strumenti didattici e di tanti altri fattori»¹⁴.

2. *L'«eredità del diritto romano».*

Ebbene, nell'ambito del contesto delineato, Alpa¹⁵ dedica all'eredità del diritto romano un intero paragrafo, che si inserisce perfetta-

¹³ Vengono ricordati in proposito: C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* (trad. it.), Roma, 1996; P. KOSCHACHER, *L'Europa e il diritto romano* (trad. it.), Firenze, 1962; A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991; W. M. GORDON, *European Legal History*, London, 1994; H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998; G. WESEMBERG - G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa* (trad. it.), Padova, 1999; J. L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999.

¹⁴ ALPA, *Diritto civile*, cit., 21-22.

mente nell'ambito della visione generale del diritto civile prospettata nei paragrafi precedenti.

«I civilisti» – ricorda Alpa¹⁶ – «sono diuturnamente coinvolti nell'uso di termini, concetti, riferimenti ricollegabili al diritto romano», tuttavia, chiedere loro quale sia l'incidenza dei 'giuristi romani' nella cultura giuridica contemporanea, è ormai una domanda estremamente problematica. Le ragioni sono svariate, ma discendenti soprattutto dal fatto che gli studi del diritto romano si sono frastagliati seguendo indirizzi e metodi diversi, che spesso sfuggono agli studiosi delle altre discipline.

D'altronde, è possibile riscontrare una certa 'relatività' delle concezioni del diritto romano. La stessa di nozione unitaria di 'diritto romano' considerato come «*unico blocco imperante*» per secoli, prima come diritto positivo, poi come fonte storica da cui reperire risposte alle questioni giuridiche, poi come modello in parte contrapposto al diritto canonico, poi come modello di riferimento per il diritto naturale, e infine, come radice delle codificazioni moderne, è venuto meno.

Tutto ciò ovviamente si legava alla visione del diritto che era proprio del primo Novecento nell'Europa continentale, un diritto formale, poco lambito da problemi sociali, poco incline alla considerazione della fattualità e degli orientamenti della giurisprudenza¹⁷. Un diritto a base prevalentemente normativa, che si identificava prevalentemente con la legge, poco sensibile ai valori, in cui scienza giuridica, giurisprudenza e interpretazione erano disunite, frammentate¹⁸, e in cui le fonti erano ben ordinate, e ogni ordinamento chiuso entro i propri confini.

Fatte, dunque, queste doverose premesse, l'Autore si pone una fondamentale domanda: cosa si conserva ancora del lascito del diritto romano nella seconda metà del XX sec.?

¹⁵ ALPA, *Diritto civile*, cit., 22 ss.

¹⁶ ALPA, *Diritto civile*, cit., 23.

¹⁷ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; P. PERLINGERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 199.

¹⁸ F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in «Osservatorio AIC» 3 (2014).

Ebbene per il diritto civile, certamente la terminologia, anzi lo stesso «alfabeto giuridico» del civilista e gran parte dei concetti giuridici. Se apriamo il codice civile – ricorda Alpa¹⁹ – già i titoli dei suoi libri richiamano termini latini e i concetti formati nella cultura giuridica romana, anche se gli stessi hanno subito profonde trasformazioni.

Va considerato, però, che dobbiamo al diritto romano molto di più, cioè «la stessa trasfigurazione della realtà nei concetti giuridici che è la cifra dei giuristi romani, in generale del diritto romano, di cui i civilisti si avvalgono in modo per così dire naturale, senza riconoscerne l'origine». Il ricordo è principalmente rivolto a Riccardo Orestano²⁰, che ne aveva avuto piena coscienza e aveva ammonito il giurista di oggi in tal senso, ricordandogli il mirabile passo di Pomponio: *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cotidie in melius produci*.

In terzo luogo, va considerato – sempre a parere di Alpa – che oggi si discute della distinzione fra regole e principi, e non si pensa che gran parte dei principi generali deriva dalle *regulae iuris* del libro 50 del Digesto²¹. Al contempo, sempre al diritto romano, dobbiamo il ragionamento giuridico e il metodo²².

È vero, tuttavia, che la tradizione del diritto romano, che aveva pervaso la civilistica dell'Ottocento, aveva condotto ad una visione del diritto trasfigurato dai pandettisti, il diritto romano degli «attualisti»²³.

¹⁹ ALPA, *Diritto civile*, cit., 24.

²⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 417.

²¹ P. STEIN, *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966.

²² Il riferimento principale è per F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze, 1966.

²³ A tal proposito, l'Autore (ALPA, *Diritto civile*, cit., 27) richiama il pensiero di A. WATSON, *La formazione del diritto civile* (trad. it.), Bologna, 1986, 191: «il processo di 'alienazione' del diritto romano è favorito dal fatto che quanto più lo studio del diritto romano diventa storico, tanto meno rilevanti diventano per esso le opere dei commentatori medievali, rinascimentali e successivi. Anche gli studiosi che desiderano scoprire il significato dei testi giustinianeî raramente trovano illuminanti le opere di questi giuristi più tardi, poiché dal Medioevo in poi i giuristi desideravano non tanto trovarne il significato, storicamente esatto, dei tempi di Giustiniano, quanto trovare una soluzione utilizzabile nella pratica del loro tempo».

Sarà il risveglio dei civilisti dal sonno dogmatico²⁴, e la scoperta della Costituzione, con la possibilità di applicare direttamente le norme costituzionali ai rapporti fra i privati, il motore della rifondazione del diritto civile contemporaneo.

Così, per i civilisti della seconda metà del Novecento il diritto romano significa soprattutto *tradizione*, perché, per l'insegnamento della scuola che raffigura il diritto romano in termini storici, e non attualistici, seguendo l'insegnamento di Riccardo Orestano, i termini, i concetti, le definizioni, sono da collocarsi nella loro epoca e non sono da assumersi come assoluti, ma in senso relativo²⁵. Di qui nasce, così, la critica al negozio giuridico e alla sua storicizzazione²⁶.

Ebbene, il diritto romano è, pertanto, storicizzato e relativizzato²⁷, e non poteva che essere così, ma sempre riconosciuto come fonte ispiratrice delle culture giuridiche di tutti i paesi dell'Occidente, anche quelli che, almeno apparentemente se ne sono distaccati da molti secoli. I giuristi inglesi e nord-americani ne riconoscono l'influenza sulla vita moderna, sull'educazione dei giovani²⁸. Il contributo del diritto romano all'edificazione del *common law* è assodato, la sua influenza sul *common law*, un *topos* della letteratura del diritto comparato²⁹.

Conclude, pertanto Alpa³⁰, sostenendo che «la storia d'Europa ne

²⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

²⁵ ALPA, *Diritto civile*, cit., 26.

²⁶ F. GALGANO, *Negozio giuridico*, in «ED», XXVII, Milano, 1977, 941; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in «Quaderni Fiorentini» 19 (1990) 557 ss.; M. BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico*, Torino, 2013.

²⁷ ALPA, *Diritto civile*, cit., 28, pone in evidenza che «proprio il nuovo millennio inizia con una riflessione sui codici: i codici del passato, i codici dell'Ottocento, i codici del Novecento e i codici a venire, come l'auspicato 'codice civile europeo'. La nuova stagione del diritto comincia con una consapevolezza comune, la consapevolezza che la codificazione ottocentesca, pur facendosi foriera di termini, concetti, ragionamenti impiegati da giuristi romani, rappresenta una vera e propria cesura con la tradizione».

²⁸ F. WIEACKER, *The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought*, in «Boston College International and Comparative Law Review» 4 (1981) 2, 257; E. D. RE, *The Roman Contribution to the Common Law*, in «Fordham L. Rev.» 29 (1961) 3, 447 ss.

²⁹ ALPA, *Diritto civile*, cit., 29.

³⁰ ALPA, *Diritto civile*, cit., 29.

è intrisa in modo indelebile³¹. Il diritto romano costituisce dunque un 'bene comune' ed un valore universale».

Così, d'altronde, basta leggere il *Draft Common Frame of Reference*³² per rendersi conto che l'armonizzazione degli ordinamenti del diritto civile dei paesi membri è strutturato con moderni significati di termini, concetti, finzioni in larga parte debitori della cultura giuridica romana. La stessa Corte di Giustizia ne fa largo uso e cita anche le *regulae iuris*.

In definitiva: «le fonti del diritto sono cambiate. Gli ordinamenti nazionali si fondano sullo Stato democratico di diritto, sulla *rule of law*, sono mutati e ammodernati i valori, ma il peso la tradizione si sente tutto, nella sua insopprimibile maestà»³³.

3. *Diritto civile tra dimensione costituzionale e sovranazionale: frammentazione e particolarismo, pluralismo e controversialità.*

Ebbene, la scelta di affrontare lo studio del diritto privato italiano ripercorrendo la storia degli ultimi due secoli, risulta effettivamente strategica e d'importanza decisiva per una piena comprensione del fenomeno nella sua attualità, perché apre a considerazioni più ampie relative alle linee di evoluzione interna del diritto privato degli ultimi secoli che si intrecciano con quelle più antiche, ripercorrendo all'indietro la tradizione fino al diritto romano, e quelle più recenti, che involgono l'ordinamento giuridico italiano nel suo percorso di integrazione con la dimensione costituzionale, sovranazionale e internazionale. Inserire la valutazione del presente all'interno di questo lungo percorso storico costituisce davvero il miglior modo per coglierne appieno la realtà.

Negli ultimi decenni, infatti, si sono determinati numerosi e notevoli fattori di trasformazione del diritto idonei a mutarne radicalmente natura e assetti.

Innanzitutto, l'allargamento dei confini del diritto fino a raggiungere – per determinati aspetti – orizzonti mondiali (*Weltrecht*)

³¹ P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999.

³² ALPA, *Diritto civile*, cit., 29-30. Sul punto cfr. *infra*, § 5.

³³ ALPA, *Diritto civile*, cit., 30.

con la conseguente destrutturazione del concetto di Stato e Sovranità³⁴, accentuata dal primato del diritto comunitario che si impone ai diritti nazionali, frantumando la sistematicità già precaria degli stessi, senza sostituirvi un nuovo ordine formale.

L'affermarsi, più genericamente, di un sistema giuridico sovranazionale sempre più basato su una pluralità di fattori di produzione che, inoltre, non si sviluppa ed articola unicamente secondo criteri puramente formali, ma secondo un modello giuridico complesso e peculiare, definito in termini di *multivel constitutionalism*³⁵. La conseguente 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 integrazione³⁶.

Ne è derivata una forte accentuazione della crisi delle codificazioni e dello stesso modello codificatorio, ma anche del procedimento legislativo e, di riflesso, della legge ordinaria, sempre meno conside-

³⁴ P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, Bari, 1998; S. CASSESE, *Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, 1998; ID., *Il mondo nuovo del diritto. Il giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 29 ss., il quale discute addirittura di un «diritto senza Stato», identificando i diversi fattori che determinano «la forza declinante dello Stato» che si sostanziano nelle sempre più numerose «reti di poteri infrastatali e sociali», legati al «grado elevato di istituzionalizzazione dell'arena giuridica globale nel quale proliferano sia organismi transnazionali, in quanto costituiti 'orizzontalmente' da istituzioni organismi nazionali, sia organismi globali, istituiti da governi nazionali o da altri organismi globali, ma operanti in una posizione superiore a quella degli Stati nazionali. Questi ultimi specialmente, non operano come agenti degli Stati, indirizzano le norme che producono sia ai governi nazionali, sia ai privati, influenzano in tal modo le strutture interne degli Stati».

³⁵ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* in «Common Market Law Review» (1999) 703 ss.; J. H. H. WEILER, *The trasformation of Europe*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, 19 ss.

³⁶ A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in «Dir. Un. eur.» (2010) 869 ss.; ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in «Politica del diritto» (2010) 3 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in «Dir. Un. eur.» (2011) 849 ss.; F. IPPOLITO, *Diritti, giuristi e giudici per l'Europa*, in E. FALLETTI - V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Napoli, 2016, 563; in senso più approfondito v. *infra*, ntt. 40-41; 47-48.

rata parametro fondamentale di giuridicità a fronte del ruolo sempre più prevalente assunto dalle norme costituzionali³⁷, in piena conformità alla tendenza sempre più diffusa all'internazionalizzazione e «sovrnazionalizzazione» degli ordinamenti costituzionali e al fenomeno, con essa convergente, alla «costituzionalizzazione» degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale³⁸.

In tale contesto, si assiste ad un progressivo accrescimento del ruolo della giurisdizione come anello di congiunzione fra tali molteplici realtà³⁹, così come spesso esplicitato nelle decisioni delle Corti europee, e ora anche dalle nostre Supreme Corti.

In ambito europeo, infatti, 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 del sistema comunitario e l'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'Unione⁴⁰.

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 39 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

³⁸ I. PERNICE - F. MEYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 44 ss.; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza stato*, in «Diritto pubblico» 2 (2001) 405 ss.; A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo 'intercostituzionale'*, in «Dir. pubbl. com eur.» (2001) 544 ss.; ID., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed 'europeizzazione') della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, in «Rivista AIC» 4 (2010) 1-28; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in «Diritto penale contemporaneo» 3 (2013) 1-18.

³⁹ S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, online in www.corte-costituzionale.it (2009) 5 ss.; G. TESAURO, *Sessant'anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell'Unione*, in www.questionegiustizia.it (25 marzo 2017).

⁴⁰ Sul punto v. WEILER, *The transformation of Europe*, cit., 21 ss.; G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*,

Si è dunque realizzato un complesso intreccio interpretativo tra le giurisdizioni di diversi livelli che cooperano per garantire l'effettività del diritto comunitario⁴¹.

Ebbene, si tratta di cambiamenti che sono descritti, il più delle volte, in termini di crisi, destrutturazione, perdita di sistematicità⁴². La domanda da porsi è se si tratti unicamente di fenomeni di crisi, da valutare in termini meramente negativi, che implicano l'abbandono definitivo di modelli precedenti, determinando effetti destrutturanti del sistema giuridico, o se si tratti di una 'nuova vita', di una trasformazione profonda del diritto che, nell'adattarsi al nuovo contesto storico, pur vivificandosi e alimentandosi nel passato, si realizzi e manifesti in forme parzialmente nuove nei contenuti e nei metodi.

4. Interpretazione conforme e diritto europeo: il «nuovo» e l'«antico».

Così, seguendo lo schema proposto da Alpa⁴³, per quanto riguarda la storia degli *istituti, categorie e concetti* del diritto civile, si rinnova la consapevolezza che i codici moderni sono profondamente legati alla tradizione antica, e al contempo, rappresentano lo strumento di trasmissione della stessa alle epoche successive.

in «Riv. dir. cost.» (2004) 271; T. GIOVANETTI, *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 ss.; F. FONTANELLI - G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'dialogo nascosto' fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in «Riv. trim. dir. pubbl.» 2 (2008) 35 ss. e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

⁴¹ Sull'interessante e complessa tematica v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, 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.; A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it (29 novembre 2014); R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in www.consultoonline.org (2015); F. IPPOLITO, *Diritti, giuristi e giudici per l'Europa*, in FALLETTI - PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele*, cit., 563.

⁴² Cfr. *supra*, ntt. 34-38.

⁴³ *Supra*, § 1.

L'Autore⁴⁴ ci ricorda, così, che «il codice napoleonico (*Code civil*) non è il frutto immaginifico di uno scelto manipolo di giuristi: è un documento ed un atto formale che chiude il processo rivoluzionario e quindi, per il futuro, segna il distacco dall'*Ancien Régime*, conservando però le impronte delle ordinanze reali del Settecento, della cultura giuridica romana, della sistematica di Pothier; si ricollega anche al pensiero di Domat, e attraverso quest'ultimo, al pensiero di giusnaturalisti dell'epoca moderna. Il *Code* ipotoca il futuro delle compilazioni di gran parte dei paesi europei ed extra europei».

Nelle grandi codificazioni dell'Ottocento, infatti, non si compendia solo la tradizione romanistica ma anche tutta la tradizione secolare, che prende avvio da essa per giungere sino alle soglie del XIX secolo.

I nostri codici moderni sono frutto, in realtà, della commistione tra una scienza tecnica elaborata nei secoli, che per un tratto è stata patrimonio comune a tutti i territori interessati dal diritto romano e dalla tradizione romanistica, e la volontà legislativa del diritto statale. Essi, infatti, sono il prodotto dell'opera dei legislatori nazionali, ma nei contenuti spesso riproducono le soluzioni dell'elaborazione scientifica che li precede⁴⁵. La frattura con le esperienze storiche che li precedono non è poi così profonda, come usualmente si ritiene⁴⁶.

⁴⁴ ALPA, *Diritto civile*, cit., 20.

⁴⁵ In proposito cfr. M. MICELI, *Validità e effettività del modello romanistico della proprietà nell'esperienza europea attuale*, in «Justel. Revista General de Derecho Romano» 27 (2016).

⁴⁶ Cfr. P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio (Atti del Convegno di Firenze, 26 -28 ottobre 2000)*, Milano, 2002, 61; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in «Europa e diritto privato» 3 (2004) 907 ss., ora in L. GAROFALO - M. TALAMANCA (dir.), *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. Il giurista europeo*, Padova, 2005, 117 ss.; ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *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)*, in «Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.» 15 (2006) 71 ss., ora in L. GAROFALO - M. TALAMANCA (dir.), *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo. Percorsi formativi*, Padova, 2008, 45 ss.; L. SOLIDORO, *Codici antichi e codici moderni*, in *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino, 2011, 1 ss.

Di conseguenza, gli interpreti – proprio per evitare l'isterilirsi del diritto codicistico – dovrebbero valutare adeguatamente la necessità di un continuo confronto interpretativo ed evolutivo che ne attui e concretizzi il dato formale.

In tal modo è possibile, e forse anche necessario, dare concretezza e vita a soluzioni tecniche – frutto di secoli di elaborazione teorica ed applicativa – che hanno in sé, dunque, potenzialità enormi, ma che vanno, tuttavia, calibrate e adattate ai mutamenti dei tempi. Si tratta, infatti, di soluzioni tecniche la cui importanza è costituita proprio dal fatto di essere il precipitato storico di un processo millenario di elaborazione e sedimentazione, e come tali idonee a riproporsi, per alcuni aspetti, in maniera immutata e, per altri, in forme sempre nuove per adattarsi alle diverse esigenze storiche.

Ed è proprio a questo compito, d'altronde, che sembra chiamarci la contemporaneità nella misura in cui apre il diritto privato all'interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁷ e all'interpretazione conforme al diritto europeo⁴⁸.

⁴⁷ G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in «Foro italiano» 5 (1998) 101 ss.; E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'*, Torino, 2002, 420 ss.; F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 65 ss.; ID., *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in «Giur. it.» (2010) 1961 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in www.federalismi.it (21.7.2011) e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della Costituzione alla legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa (Atti del XXI Convegno dell'Associazione dei Costituzionalisti, Roma 27-28 ottobre 2006 - 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana)*, Napoli, 2010; A. RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue mutazioni genetiche*, in «Quaderni costituzionali» 4 (2014) 845 ss.

⁴⁸ Cfr. R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in «Dir. pubbl. comparato europeo» 1 (1999) 383 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Verona, 2008, 191 ss.; C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in «Giur. Cost.» (2008) 1368; A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in

Non vi è dubbio che si affermano nuovi valori, nuove categorie, nuovi metodi del pensiero e dell'azione giuridica, ma le nostre codificazioni, o meglio il grande patrimonio concettuale e tecnico di cui sono il portato, consente un'opera di adattamento che possa preservarne l'essenza, pur consentendone l'adattamento alle mutate esigenze della società.

Per quanto riguarda, in particolare, l'interpretazione conforme al diritto europeo, ALPA riconosce che «a differenza di quanto è avvenuto per le altre intersezioni che non ne avevano alterato né la terminologia e concetti, né la struttura, salvo il fenomeno della 'commercializzazione' del diritto civile avvenuta con il codice del 1942, l'incidenza del diritto comunitario ha travolto categorie risalenti e ne ha introdotte di nuove o reintrodotte di antiche⁴⁹».

E, effettivamente, non vi è dubbio che le grandi trasformazioni ordinamentali relative al diritto europeo hanno determinato mutamenti più profondi rispetto agli altri fenomeni di cambiamento passati; tuttavia, se in essi c'è del *nuovo*, c'è anche indubbiamente dell'*antico*.

5. *'Tradizione giuridica' e ordinamenti sovranazionali.*

Negli ordinamenti sovranazionali europei, e più in generale nell'ambito della cultura giuridica europea, vi è, infatti, grande attenzione

taonline.it 16, e ivi ampia bibliografia; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and Interpretation in Conformity with the Constitution, EU Law and the ECHR*, in «Rivista A.I.C.» 4 (2012); G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine nella prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 50; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema di sistemi' come problema*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra le giurisdizioni, in Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016; V. SCIARABBA, *L'interpretazione conforme' tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in «Forum Quaderni costituzionali» (14.5.2019), 1-18; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in «European papers» (22.4.2021), 1-20.

⁴⁹ ALPA, *Diritto civile*, cit., 13.

per il mantenimento e il richiamo alla *'tradizione'*, con la piena consapevolezza dell'esistenza di elementi di continuità e discontinuità.

Si registrano, così, interventi legislativi, orientamenti giurisprudenziali e anche iniziative di natura dottrinale⁵⁰, articolati, a loro volta, in ulteriori e molteplici indirizzi e criteri metodologici⁵¹. Anche gli studiosi del diritto romano si sono ampiamente occupati del tema, seppur con articolate e plurime posizioni metodologiche⁵².

⁵⁰ 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 in ambito dottrinale, ma anche in sede giurisprudenziale e legislativa. In proposito cfr. M. J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, versione italiana*, Roma, 2004, in www.unidroit.org; C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II-III, edizione italiana*, Milano, 2001-2005; G. LUCHETTI - A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, 2006.

⁵¹ Per un quadro articolato delle diverse posizioni sul tema cfr. G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in G. IUDICA - P. 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 diritto privato», (1999) 445 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary law, European law, The civilian Tradition today*, Oxford, 2001; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale del diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, 3 ss.

⁵² F. P. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, in «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 e 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 *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano (Atti Sassari 22-23 novembre 1996)*, Milano, 2001; M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea (Atti Copanello 3-7 giugno 2000)*, Napoli, 2004, 341 ss.; O. TROIANO - G. RIZZELLI - M. N. MILETTI, *Harmonisation involves*

Per quanto riguarda le iniziative istituzionali una particolare attenzione va riservata – come ricordato anche da Alpa⁵³ – al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), ormai alla seconda edizione (Sellier, 2009)⁵⁴, 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 europea⁵⁵, 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’,

history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia (Atti 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 TROIANO - RIZZELLI - 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 GAROFALO - TALAMANCA (dir.), *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, cit., 11 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica del diritto europeo. Lezioni*, I, Torino, 2001; II, Torino, 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.; 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.; S. RANDAZZO, *Roman Law vs US Law? Il contributo del diritto romano ad un dialogo possibile*, in «JUS», 1-2 (2010) 5-36. Di recente si segnala G. SANTUCCI - P. FERRETTI - S. DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del Diritto europeo. Esperienze e prospettive* (Atti del Convegno Trento, 13-14 dicembre 2018), Trieste, 2019 e ampia bibliografia ivi richiamata e discussa.

⁵³ *Supra*, § 2.

⁵⁴ Cfr. G. ALPA - G. IUDICA - U. PERFETTI - P. ZATTI (a cura di), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, 3 ss.

⁵⁵ *Comunicazione* del 12 febbraio 2003 [COM (2003) 68 def.]; *Comunicazione* dell’11 ottobre 2004 [COM(2004) 651 def.].

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»⁵⁶.

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 contenuti⁵⁷, ma anche adottando e rendendo ordinario il metodo del confronto e della comparazione fra ordinamenti per ricercarne le ma-

⁵⁶ Cfr. G. LUCHETTI - A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna, 2010, 13. In proposito, v. C. VON BAR - E. CLIVE, *Definitions an Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR)*, Full edition, Munich, 2009.

⁵⁷ 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, nel loro complesso, hanno sancito e consacrato un importante ‘catalogo’ di diritti fondamentali incentrati sulla dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia; a tal proposito v. in particolare R. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012. La tendenza è quella di ravvisare nelle Codificazioni e nelle Carte dei diritti fondamentali la cristallizzazione della Tradizione, e in particolare di una Tradizione comune. D'altronde, nell'ambito delle istituzioni comunitarie viene riconosciuto un ruolo estremamente significativo ai Principi generali e alla Tradizione. Basta guardare all'art. 6 del Trattato Unione Europea per rendersene subito conto; fra tutti G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Verona, 2008, 106 ss. L'A., in particolare, afferma che «le diverse espressioni utilizzate – principi generali del diritto, principi comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri o principi del diritto internazionale – o i brocardi ripresi da più antiche esperienze, come quella del diritto romano, sembrano quasi volere sminuire la portata di tali principi, sottolineandone l'origine esterna al sistema giuridico comunitario e con essa la natura non comunitaria. È ben chiaro, viceversa, che tale prospettiva non ha un serio fondamento. Si tratta di principi propri del diritto comunitario, a tutti gli effetti e a titolo originario, che non sono affatto presi soltanto a prestito di volta in volta da altri sistemi giuridici; l'unica differenza possibile è semmai tra principi che trovano espressa sanzione nei trattati e principi che sono invece il risultato di una mera rilevazione da parte del giudice, come accade in qualsiasi esperienza giurisprudenziale nazionale».

trici comuni o i segni distintivi che possano confermarne l'universalità e la generalità⁵⁸.

In tal senso, è allora evidente, che realizzare un'interpretazione conforme al diritto europeo non significa negare la tradizione giuridica precedente, sia di carattere nazionale sia sovranazionale, ma collocarsi nell'alveo della stessa, pur nella consapevolezza dei necessari elementi di discontinuità derivanti dalla peculiarità del momento storico attuale.

D'altronde, l'interpretazione conforme alla Costituzione e, più recentemente, al diritto europeo pongono al giurista non solo problemi relativi ai *contenuti* e ai *valori*, ma – come sottolinea Alpa – anche e soprattutto al *metodo*.

La prospettiva del *metodo* appare ancora più interessante proprio in considerazione del ruolo di assoluta *centralità* assunto, nell'ambito dell'attuale sistema giuridico, dall'interpretazione, affidata *in primis*, al giudice e dalle giurisdizioni, ma anche alle professioni giuridiche e alla dottrina, soprattutto laddove quest'ultima si fa carico di proporre una riflessione scientifica realmente ancorata alle problematiche del diritto attuale.

6. *Storia e scienza del diritto: metodi e tecniche del giurista.*

E, in realtà, la centralità dell'interprete rappresenta la vera novità del sistema attuale, quello idoneo a determinare le maggiori trasformazioni, ma anche le più rilevanti criticità⁵⁹.

Attribuire centralità all'interprete, può comportare dei rischi in ordine al particolarismo delle soluzioni e alla frantumazione dei sistemi giuridici⁶⁰, ma se l'interprete si muove all'interno e nell'alveo

⁵⁸ Sul tema e per ulteriori riferimenti bibliografici v. M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, 2013, §§ 6.2; 6.3 e bibliografia ivi citata. Sul punto cfr. *supra*, ntt. 40-41; ntt. 47-48.

⁵⁹ Cfr. *supra*, § 3.

⁶⁰ Cfr. F. VIOLA, *Debolezza della volontà e incertezza della ragione*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 22-23, il quale non ha esitazioni nel riconoscere che «il pluralismo giuridico designa una situazione normativa in cui differenti ordini giuridici concorrono e competono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insieme di azioni aventi lo stesso

della tradizione, e in particolare della tradizione scientifica, il rischio non si corre.

Una riflessione sul *metodo*, infatti, ci riporta alla *scienza del diritto*, e la scienza del diritto ci riporta, innanzitutto alla *storia* del diritto e della sua *tradizione*.

La storia del diritto ci consente di recuperare modelli e tecniche antiche dell'interpretazione giuridica, di cui anche la modernità è profondamente intrisa, non sempre con l'adeguata consapevolezza⁶¹.

Ci permette di attingere anche ad un modello di diritto che ci consente, innanzitutto, di recuperare una *visione pluralistica e aperta del diritto*, e di superare, inoltre, rigide divisioni tra *scienza e prassi*⁶², che altro non sono che le due facce di una stessa medaglia, unite da un rapporto di complementarità organica nell'ambito di un sistema condiviso di regole e valori.

Così, la chiave di volta contro l'incertezza e il disorientamento della nostra contemporaneità potrebbe ritrovarsi, ancora una volta, nel recupero della *storicità del diritto*.

Abbiamo già visto come Alpa⁶³ acceda a questa prospettiva e, sul tema, si è nuovamente e magistralmente espresso anche P. Grossi⁶⁴ in

oggetto. Gli ordini giuridici interessati non sono né totalmente indipendenti l'uno dall'altro, né totalmente subordinati l'uno all'altro. Le rispettive competenze in linea di principio non sono esclusive e danno luogo a sovrapposizioni normative senza distinguibili gerarchie delle fonti del diritto. In questo panorama confuso le regole giuridiche irrompono da ogni parte e in ogni tempo, perseguono direzioni contrapposte e si mescolano fra di loro in modo sempre più complesso. I giuristi e i giudici sono sradicati dai loro punti di riferimento usuali e dai loro tradizionali contesti normativi. Il sapere giuridico deve così far fronte a sfide del tutto nuove. Il risultato è quello di un enorme accrescimento dell'incertezza della ragione giuridica che lo stato costituzionale di diritto non riesce più a padroneggiare adeguatamente che i processi democratici stentano a controllare».

⁶¹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 169; cfr. *infra*, ntt. 85-86.

⁶² In particolare, mi permetto di rinviare al volume L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi* (Atti del Convegno Aristec, Palermo 26-28 novembre 2009), Napoli, 2011, in cui è inserito anche un mio contributo, M. MICELI, *Scienza e prassi: il diritto di proprietà come caso paradigmatico dei nuovi circuiti di legalità e del funzionamento del sistema integrato delle fonti. Tradizione giuridica, prassi interpretativa e riflessione scientifica*, 91 ss.

⁶³ Cfr. *supra*, § 1.

⁶⁴ M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020.

una recentissima pubblicazione nata dal dialogo con Marina Timoteo.

La studiosa comparatista⁶⁵ ricorda al Maestro la metafora – da lui stesso più volte utilizzata – della linea e del punto⁶⁶, per porre in evidenza che tutto è storia, che anche il diritto è, prima di tutto, intimamente un fatto storico. Lo storico è un uomo del presente che è conscio del fatto di non essere un punto isolato ma «un punto dentro una linea». Così, «anche se viviamo in un preciso momento storico, la nostra esistenza è condizionata dal passato e condiziona il futuro».

Di risposta, Grossi ricorda che «la storia è un mistero, perché si improvvisa continuamente. Soprattutto è misteriosa nell'intrecciarsi di continuità e discontinuità, e noi giuristi questo lo tocchiamo quasi con mano. ... Così si susseguono le varie e diverse esperienze giuridiche: quella romana antica, quella medievale quella moderna e quella posmoderna. Al di sotto di questi grandi tessuti esperienziali sono situazioni particolari che il diritto ordina secondo le peculiarità emergenti. Ma queste esperienze non sono realtà insulari. Ogni esperienza giuridica è un corpo vivo, e ognuna è collegata all'altra, non da un fossato invalicabile, ma da un decrescere e, insieme, un crescere. Si incrinano i vecchi valori, mentre cominciano a percepirsene di nuovi ... Questo è il vero tempo della storia e questo è anche il vero tempo del diritto, che vive, sì, nel quotidiano, ma i cui valori portanti sono profondi e, per così dire, radicali (come per un grande albero, che deve avere – in quanto grande – radici che affondano nella terra)»⁶⁷.

Ebbene, tornando, allora, all'affermazione iniziale di Alpa⁶⁸: cosa può allora dire il diritto romano ai contemporanei, cosa può rappresentare nella nostra contemporaneità del diritto?

Nessuno dubita che rappresenti – sempre utilizzando una felice espressione di Grossi⁶⁹ – la «piattaforma autoritativa» dei principali

⁶⁵ TIMOTEO, *Grammatiche del diritto*, cit., 15 ss.

⁶⁶ P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in G. REBUFFA - G. VISENTINI (a cura di), *L'insegnamento del diritto oggi (Atti del convegno organizzato dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova 4-6 maggio 1995)*, Milano, 1996.

⁶⁷ TIMOTEO, *Grammatiche del diritto*, cit., 16-17.

⁶⁸ Cfr. *supra*, § nt. 2.

⁶⁹ Così P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in E. COR-

concetti e categorie della tradizione giuridica occidentale ma, la risposta nel suo complesso non è facile, presenta molteplici sfaccettature e dimensioni.

Ravvisare in esso i fondamenti, le radici del diritto europeo, della tradizione giuridica occidentale, allora può significare, non solo individuare la grammatica, l'alfabeto fondamentale del giurista attuale, ma qualcosa di più⁷⁰.

Simbolicamente il diritto romano e la sua tradizione possono ancora oggi essere considerato alla stregua di una *'luce prismatica'* che permette di riflettere, ampliare e potenziare aspetti della nostra realtà giuridica che meritano di essere meglio compresi e valorizzati.

Così, con la consapevolezza dello storico, possiamo forse renderci conto che, se per un verso è vero che ci troviamo nell'ambito di un sistema giuridico caratterizzato dal particolarismo, dalla crisi delle codificazioni, della legge e della sovranità⁷¹, è pur vero, al contempo, che ci troviamo in un contesto idoneo a determinare, l'accrescimento dei luoghi di creazione del diritto, il recupero della dimensione valoriale del diritto, e della maggiore vicinanza e aderenza dello stesso alla società nel suo rapido divenire.

La tendenza prevalente è quella di scorgere i rischi connessi alla pluralità degli ordinamenti giuridici e alla centralità interprete e, in particolare, la deriva particolaristica, l'incertezza giuridica, la crisi del diritto incapace di assicurare regole e decisioni caratterizzate da certezza e prevedibilità⁷².

Si tratta, però, di una visione forse ancora prevalentemente suggerita da una concezione del diritto accentrata, unitaria, basata ancora su una rigida divisione tra l'interpretazione e la produzione del diritto, ereditata dalla tradizione pandettistica e dalla visione statualistica e normativistica della prima parte del Novecento.

Un recupero storico del diritto romano e della tradizione giuridica nel suo complesso, ci consente di attingere ai diversi modelli del

TESE (a cura di), *La proprietà e le proprietà (Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto, Pontignano, 30 Settembre-3 Ottobre 1985)*, Milano, 1988, 245.

⁷⁰ Cfr. *supra*, § 2; *infra*, §§ 8-9.

⁷¹ Cfr. *supra*, § 3.

⁷² Cfr. *supra*, § 3; § 6, nt. 60.

diritto in esso presenti. Ci permette di attingere anche ad una diversa visione del diritto, di *impronta casistica e giurisprudenziale*⁷³, che valorizza la *pluralità delle soluzioni giuridiche*, la ‘*controversialità*’⁷⁴, l’*interpretazione orientata ai valori*, vedendo in essa un elemento di ricchezza e non di crisi, di impoverimento del diritto.

In particolare, il recupero della dimensione storica del diritto romano, della sua poliedricità e multiforme esperienza, dal punto di vista del *metodo* e dei *contesti*, ci permette di attingere oltre che alla visione centralistica e unitaria del diritto codificato, caratterizzante l’età del Dominato, anche a quella pluralistica, connessa al lavoro della giurisprudenza e della scienza giuridica romana delle età precedenti⁷⁵.

Ci consente, così, di assumere piena consapevolezza di un modello diverso di diritto che riscopre la valenza positiva di una concezione del diritto maggiormente pragmatica, della ricchezza del diritto ‘controversiale’ basato sulla centralità e libertà dell’interprete, e, in fine, del ruolo unificante e razionalizzante della scienza che non conduce necessariamente alla creazione di un sistema dogmatico chiuso, organizzato more geometrico.

Esiste un concetto di ‘scienza’ che ordina senza irrigidire in schemi astratti e dogmatici, che razionalizza senza sopprimere il molteplice, che coniuga astrattezza e empiria.

⁷³ M. TALAMANCA, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Napoli, 2008, 331 ss., ha messo in guardia dal pericolo della «sopravalutazione moderna del modello istituzionale» rispetto alla «metodologia casistica», dovuta «... alle vicende che la scienza del diritto privato ebbe fra l’Ottocento ed il Novecento ... meccanicamente riflesse sul mondo romano» (ivi, 335); T. GIARO, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studii L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, 2235; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976; ID., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006; G. LUCHETTI (a cura di), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell’esperienza antica (Atti del Convegno Bologna-Ravenna 9-11 maggio 2013)*, Roma, 2018.

⁷⁴ Si tratta di tema di grandissimo interesse nell’ambito romanistico, legato allo stesso metodo dei giuristi romani, che qualifica il sistema giuridico nel suo complesso. Basti considerare, tra gli altri, l’interessante e ricca raccolta di studi sul tema e l’ampia bibliografia ivi richiamata; v. V. MAROTTA - E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi (Atti del Convegno, Firenze 21-23 ottobre 2010)*, Roma, 2013.

⁷⁵ In proposito cfr. CERAMI - MICELI, *Storicità del diritto*, cit., 409 ss.

7. *Scienza giuridica romana e tradizione.*

Così, la centralità dell'interprete non diviene una forza disgregante e di 'perdita di sistema' se il giurista è in grado di recuperare la sua funzione di elemento di raccordo tra le esigenze pratiche di aderenza al caso concreto, e, al tempo stesso, di coerenza e razionalità del sistema nel suo complesso.

Si tratta, infatti, di guardare alla figura di un giurista chiamato a riappropriarsi di un *ruolo-guida* nel processo di *comunicazione* e *armonizzazione* dei vari piani ordinamentali della realtà giuridica. Si tratta di un interprete che deve essere in grado di possedere e coltivare conoscenze nazionali e sovranazionali, 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.

Un'attività complessa e articolata in ordine alla quale il giurista romano può rappresentare un modello fondamentale di riferimento.

L'idea delle radici, richiamata da Alpa⁷⁶, ci riporta all'idea dei 'fondamenti'⁷⁷ che *permangono e strutturano saldamente*, che donano certezza e solidità, ma che, al tempo stesso, *vivificano e alimentano*, rinnovando crescita e sviluppo.

Si tratta di fondamenti che derivano e si legano, però, soprattutto alla *storia del metodo*, e, in particolare, al *metodo* della giurisprudenza romana⁷⁸.

⁷⁶ ALPA, *Diritto civile*, cit., 29.

⁷⁷ Cfr. *supra*, nt. 52.

⁷⁸ A. SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza*, Roma-Bari, 1976; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971; C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1971; ID., *Per una storia della scienza giuridica europea*. I. *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989; D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dai pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario)*, Torino, 1996; D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini (Atti del II Seminario)*, Torino, 1997; GAROFALO - TALAMANCA (dir.), *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, cit.; L. GAROFALO, *Fondamenti*

Siamo in presenza di una storia complessa e articolata, multiforme e eterogenea, che in questa sede possiamo solo richiamare, ricordando alcuni segmenti della significativa ricostruzione che ha realizzato Aldo Schiavone, il quale, nell'identificarne i caratteri fondamentali, esprime innanzitutto l'auspicio che la sua ricerca sulle forme teoriche antiche non abbia solo un «valore antiquario». L'Autore⁷⁹ ritiene, infatti, che «... scavare a fondo tra questi resti, può acquistare, oggi, un significato particolare, quando ormai la straordinaria durata moderna della 'forma romana del diritto' si va esaurendo, e possiamo guardare alle sue origini da un 'presente giuridico' che, finalmente, sta rompendo del tutto con un passato vicino molto al di là di quanto la cronologia non faccia supporre. Ancora una volta, la critica del presente permette di guardare con occhi nuovi alla nostra storia».

Si tratta di una storia che collega mondo greco e mondo romano in un indissolubile nesso che ha posto le fondamenta del metodo giuridico di tutta la tradizione giuridica occidentale.

Infatti, l'applicazione costante degli schemi diaretici, da parte dei giuristi romani del I sec. a.C., fece sì che «segmento dopo segmento l'intero *ius civile* veniva a essere chiuso in una complessa armatura diaretica»⁸⁰. «Il '*constituere generatim*' ... è l'indice della nascita di un meccanismo logico del tutto nuovo, cui è indissolubilmente legato, e che conduce direttamente ad un sapere giuridico qualitativamente diverso rispetto a quello della giurisprudenza del secondo secolo: un sapere in cui il *ius civile* è pensato per la prima volta come un sapere tipico di concetti astratti, scanditi entro schemi diaretici»⁸¹.

Va, inoltre, considerato che la novità consiste «nel fatto che forme astratte diventano dominanti non più all'interno di un sapere meramente speculativo (riflesso, cioè, di una mediazione solo ideale

e svolgimenti della scienza giuridica. *Nuovi saggi*, Torino, 2015; G. LA PIRA, *La genesi del sistema della giurisprudenza romana. I. Problemi generali*; ID., *La genesi del sistema della giurisprudenza romana. II. L'arte sistematrice*; ID., *La genesi del sistema della giurisprudenza romana. III. Il metodo*; ID., *La genesi del sistema nella giurisprudenza. IV. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*, in P. GIUNTI (a cura di), *La fondazione romanistica. Scritti di diritto romano*, II.2, Firenze, 2019, 321 ss.

⁷⁹ A. SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza*, Roma-Bari, 1976, vi.

⁸⁰ SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 118.

⁸¹ SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 121.

degli uomini tra loro e con la loro storia), ma nella costruzione di un *sapere sociale positivo, determinato e specifico*, percepito ormai come distinto dall'immediatezza dell'agire politico, ma tuttavia profondamente radicato (e per questo finora non astratto) nel tessuto della vita reale della città. Per la prima volta, una *forma astratta* definisce, entro un sapere *autonomo*, rapporti sociali storicamente determinati, senza dissolverli nella loro immaginaria idealità, ma per riprodurli sino in fondo come reali, sia pure da un particolare punto di veduta, nel concreto del pensiero, ai fini della loro disciplina normativa. In tal modo, l'astrazione diventa non apertura verso una razionalità di tipo 'filosofico' (nel senso *classico* di questa parola) ma *immediata forma di padronanza e di dominio* di un mondo sociale definito e concreto. Positività sociale e astrazione si legano così in modo nuovo e specifico»⁸².

È tutto un modo nuovo e specifico di concepire il diritto, capace di coniugare eccellentemente caso e sistema⁸³, astrattezza e concretezza⁸⁴, razionalità e praticità.

⁸² SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 121-122.

⁸³ Di recente v. F. COSTABILE, *Il tramonto della giurisprudenza nel III secolo: dai pregiudizi di Arangio-Ruiz all'analisi contemporanea*, in L. FRANCHINI (a cura di), *Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, Napoli, 2020, 250. «Per parte mia, ritengo si fossero ormai esauriti, dopo i Severi, la vitalità, la duttilità e il dinamismo di quel sistema sociale, che aveva portato alla nascita e allo sviluppo plurisecolare della giurisprudenza come forma di un sapere continuamente esercitato sulla pratica dei casi, frutto di un'esperienza formulata sulla realtà economica e politica per la composizione dei conflitti d'interesse in essa insorgenti ... Non è un caso che l'Augustalità, espressione della costosa ambizione di ascesa sociale del ceto medio, dell'impegno nelle funzioni e nei munera pubblica, nel lealismo verso lo 'Stato' attraverso il culto imperiale, venne meno proprio in concomitanza con l'inaridirsi della giurisprudenza. Nella stessa epoca, l'appello di Ulpiano (D. 1.1.1.2) alla *vera philosophia*, per cui l'impegno del giurista è un sacerdozio, contro la falsa (simulata) filosofia che induce all'astensione dal *servitium rei publicae*, è specchio della disaffezione degli stoici, in sintonia con i cristiani, dalle cariche pubbliche. Sul tema G. FALCONE, *La vera philosophia dei sacerdotes iuris. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in «AUPA» 49 (2004) 3 ss.; V. MARROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura: una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», 29 (2006) 285 ss.

⁸⁴ In tal senso, espressione tipica dell'esperienza romana è quella delle *regulae iuris*, di cui anche Alpa ricorda l'importanza e la centralità; cfr. *supra*, §. 2, nt. 21. In proposito cfr. C. MASI DORIA, *Variazioni in tema di regulae iuris (a mò di introduzione)*, in C. CASCIONE - C. MASI DORIA - C. NITSCH (a cura di), *Regulae iuris. Ipotesi*

L'importanza di tale modello è d'immediata percezione. D'altronde, diversi elementi e prospettive ci riportano 'centralità' della scienza giuridica romana, del suo modello di lavoro, nell'ambito della tradizione giuridica occidentale⁸⁵.

Così, anche Zagrebelsky⁸⁶ ravvisa «negli ordinamenti contemporanei, aspetti del diritto premoderno». Si legge, infatti, testualmente

di lavoro tra storia e teoria del diritto, Napoli, 2016, 1-2. «Dalla definizione, che prevalentemente offre una rappresentazione anomalista del diritto, si passa alla costruzione di *regulae*, proposizioni non solo descrittive, ma normative (eppure controvertibili, secondo l'idea di instabilità tipica degli *ius controversum*), tese a governare le situazioni concrete che all'interprete sembrano far riferimento a una stessa *ratio*. L'evoluzione delle *regulae* in *maximae* (o *regulae generales*) avviene attraverso procedure che conferiscono al principio enucleato dal rapporto con la prassi un valore di orientamento, seppure non cogente. Dal punto di vista metodologico l'analisi dei *generalia* favorisce la comprensione delle strutture del ragionamento giuridico, essenziali nel bagaglio ermeneutico del giurista (del giurista vero, provvisto di una solida cultura del diritto), mediante il contatto con le tecniche logico-argomentative utilizzate dai giureconsulti romani e continuamente rielaborate in contesti diversi e perciò rigeneranti nella tradizione postgiustiniana». D'altronde, come non condividere le conclusioni di C. CASCIONE, *Profondità e margini di una ricerca*, in CASCIONE - MASI DORIA - NITSCH (a cura di), *Regulae iuris*, cit., 212, che chiude il suo interessante contributo, a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia, utilizzando «la paradossale storia letteraria (minima) di una nota metafora sulle *regulae iuris*: se esse sono passate dall'essere considerate 'saburra juris' a 'suburra iuris', cioè da necessario momento di bilanciamento per la riflessione scientifica del giurista (e della conseguente sua attività pratica) a luogo malfamato (per antonomasia poco frequentabile), bisognerebbe oggi recuperare il primo valore e pensare che il secondo posizionamento sia stato – in fondo – solo un errore di trascrizione nella storia millenaria dell'esperienza giuridica». Sul tema anche G. SANTUCCI, *Il sistema aperto del diritto romano*, Torino, 2016, 35 ss.

⁸⁵ In proposito l'interessante raccolta di studi curata da L. GAROFALO, *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo (Incontro di studio Padova 25-26 novembre 2005)*, Napoli, 2007; L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino, 2002; R. CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, Torino, 2004; 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 2*, Napoli, 2006, 127 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, in L. GAROFALO - M. TALAMANCA (dir.), *Il Giurista europeo*, Padova, 2006; A. D. MANFREDINI, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2013; M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*², Napoli, 2021.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 169.

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 è alla *iuris prudentia*, quale espressione di una razionalità materiale orientata ai valori, da contrapporre ad una *scientia juris*, intesa come razionalità formale, tipica dell'ultimo tratto dell'esperienza moderna. Una concezione, quest'ultima, propria del giusnaturalismo razionalistico, ereditata poi dal positivismo legislativo di tradizione continentale, in base alla quale si poteva coerentemente perseguire il compito di una scienza del diritto, costruita secondo dimostrazione *more geometrico*, a immagine e somiglianza delle discipline logico formali. A questa si contrappone, invece, la rivalutazione attuale 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 tecniche⁸⁷.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 167-168. E, così, ancora più di recente, nell'interessante volume *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 306, lo stesso Autore non ha esitazioni nel ritenere che l'interpretazione giuridica non può che essere qualificata come «esperienza di risoluzione di problemi», e specificamente, come «...attività mossa da finalità essenzialmente pratiche, poiché essa si giustifica con l'esistenza di fatti concreti da regolare ed è finalizzata non alla conoscenza ma all'azione, cioè all'applicazione tramite decisione. Se non esistessero problemi pratici da risolvere, nessuno si rivolgerebbe al diritto; se non ci fosse nulla da giudicare, non ci sarebbe il diritto. In questo orientamento problematico, si è detto, consiste il carattere del *diritto come esperienza*, una formula forse oscura a prima vista, che potrebbe far pensare ad atteggiamenti esistenzialistici, ma che semplicemente significa che la scienza del diritto è 'conoscenza applicata' e 'condizionata dalla concretezza del fine'. 'La controversia è produttiva di diritto', è stato detto giustamente, e lo spazio della controversia è, per l'appunto, quello in cui si genera l'interpretazione». Il riferimento esplicito è al pensiero di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 32. In proposito, L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in «Europa e diritto privato» 4 (2000) 1071 ss.

Nello stesso senso, risulta di notevole interesse quanto si legge nella Presentazione della Rivista *Europa e Diritto Privato*⁸⁸. «... 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».

Così va valutato, al contempo, che «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 può esimersi dal cogliere tutto quanto pur in essa è anticipazione di un futuro antico»⁸⁹.

D'altronde, anche la giurisprudenza, soprattutto quella più avveduta⁹⁰, ritiene che «la dimensione reticolare del diritto globale porta ad accogliere una metodologia complessa e una diversa concezione della legalità, secondo cui non sembra possibile contrapporre certezza ed incertezza, ma suggerire solo costanti relazioni e reciproche contaminazioni tra diversi livelli di produzione normativa ...».

Inoltre, emerge con chiarezza che il richiamo ai valori e alle tecniche della scienza giuridica, anche di carattere storico, è perfetta-

⁸⁸ J. BONELL - C. CASTRONOVO - A. DI MAJO - S. MAZZAMUTO, *Presentazione*, in «Europa e Diritto Privato» 1 (1998) 2 ss.

⁸⁹ BONELL - CASTRONOVO - DI MAJO - MAZZAMUTO, *Presentazione*, cit., 3.

⁹⁰ G. DE AMICIS, *Il ruolo del giudice penale nel sistema europeo delle fonti*, in AA.VV., *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)*, in «Nuove Autonomie. Rivista di dir. pubbl.», 15 (2006) 174 ss.

mente coerente con la prospettiva adottata dalla Corti sovranazionali, che tendono ad una concezione del diritto che non si affida prevalentemente a enunciati formali di carattere legislativo, quanto piuttosto alla razionalità intrinseca delle soluzioni giuridiche ispirate a criteri di ragionevolezza, proporzionalità, equo bilanciamento tra principi e diritti⁹¹. È l'idea – già richiamata – del 'diritto mite'⁹², cioè di quel diritto che si afferma non per la forza della sua cogenza ma per la forza della sua 'persuasività', in virtù dei principi e dei valori che rappresenta.

8. *Storia del diritto e 'modelli giuridici'*.

La storia del diritto ci riporta, così, alla storia dei 'modelli giuridici', e quindi, alla loro creazione, rielaborazione e diffusione, che impegnano il giurista in un costante, incessante lavoro di confronto con gli stessi, e che lo riconducono, a loro volta, ai valori e alle tecniche della scienza del diritto.

E, effettivamente, tutta la storia della tradizione giuridica occidentale si basa sulla condivisione di valori, tecniche e modelli, che de-

⁹¹ Si tratta di tecniche interpretative in uso soprattutto presso la Corte Europea dei diritti dell'uomo, presso la quale la teoria del cd. margine di apprezzamento e del giudizio di proporzionalità degli interessi in gioco mostra tutta la sua validità, ma ormai ampiamente diffuse e praticate anche presso le nostre Corti supreme; v. sul punto S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.it. In tal senso, proprio in relazione all'argomento da noi trattato, la Corte Costituzionale italiana (Corte cost. n. 348/2007), nel delineare l'efficacia delle sentenze della Corte europea di Strasburgo, non ha mancato di rilevare, ad esempio, che il controllo di costituzionalità deve ispirarsi al «ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». Sul tema cfr. G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in M. D'AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative (Atti del Convegno di Milano 6-7 giugno 2008)*, Torino, 2009, 139 ss.; L. MONTANARI, *Interpretazione conforme a Convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità e adeguatezza*, *ibid.*, 487 ss. Per ulteriori specificazioni v. A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze 'gemelle' della corte costituzionale*, in «Osservatorio sulle fonti», 1 (2018), disponibile in www.osservatoriosullefonti.it. Sul punto anche *supra*, ntt. 40-41; ntt. 47-48.

⁹² Sul tema v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 11 ss.

terminano il nostro stesso modo di pensare e concepire il diritto, e che, in gran parte, derivano anche dal diritto romano e la sua tradizione. Tale tradizione ha determinato una «scienza giuridica comune» (*Rechtswissenschaft*) che, a sua volta, ha determinato l'esistenza di una «comunità del diritto europeo» (*Rechtsgemeinschaft*)⁹³.

E a tal proposito, non a caso, si 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 Hallstein⁹⁴, e poi dalla stessa Corte di Giustizia Europea⁹⁵.

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 un 'forte statuto scientifico'⁹⁶.

Ed è proprio tale circostanza che 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»⁹⁷.

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'at-

⁹³ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 15 ss.; 19 ss., che richiama e ripercorre i tratti fondamentali del pensiero di SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 33 ss.

⁹⁴ W. HALLSTEIN, *Die europäische Gemeinschaft*, Düsseldorf-Wien, 1973.

⁹⁵ Cfr. in proposito G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 122 ss.

⁹⁶ L. VACCA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1971; P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997, 45 ss.; L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, già in VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, cit., 263 ss. ora in GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi*, cit., 137 ss.; L. LANTELLA - E. STOLFI, *Profili diachronici di diritto romano*, Torino, 2005, 157 ss.

⁹⁷ BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14; 19-20.

tività degli interpreti in connessione all'esigenza di *predisporre ed articolare modelli teorici di comprensione della realtà giuridica*, che si potessero 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 ritrovare i 'riferimenti comuni', sottratti all'arbitrio dei singoli legislatori o alla mutevolezza delle singole prassi che si determinano nei diversi momenti storici⁹⁸.

Infatti, come ci ricorda Schmitt⁹⁹, almeno dal punto di vista dell'ordinamento concreto, il senso e il contenuto di concetti concetti e istituzioni essenziali dei popoli europei coincidono in modo sorprendente, mostrando in maniera evidente da questo punto di vista l'esistenza di una comunità del diritto europeo.

L'identità comune trova, infatti, la sua matrice più profonda nel diritto romano, o meglio nella scienza giuridica romana, che rappresenta la matrice comune del diritto europeo – tanto di *civil law*, quanto di *common law* – in quanto la recezione del diritto romano non si è risolta semplicemente nella recezione di un diritto, ma nella recezione di una «scienza giuridica» (*Rechtswissenschaft*)¹⁰⁰.

Si configura, pertanto, 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»¹⁰¹.

L'intera storia e l'intero sviluppo del diritto dei popoli europei è da migliaia di anni una storia di reciproche recezioni: dove per 'rece-

⁹⁸ M. MICELI, *Brevi considerazioni su diritto romano, scienza del diritto e identità giuridica europea* (leggendo Barberis, «Europa del Diritto»), in «Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana» 16 (2017), §§ 4-5.

⁹⁹ SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 37. In proposito, cfr. di recente L. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, Bologna, 2020, 44 ss.

¹⁰⁰ SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 42; BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 19.

¹⁰¹ BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 16.

zione' non si intende un'accettazione distratta e priva di fantasia, ma un processo di alterne incorporazioni, adattamenti, e perfezionamenti¹⁰².

Schmitt, dunque, da 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»¹⁰³.

Così anche Bretone, a parere del quale «ripensare il diritto, e la scienza del diritto, come un momento della cultura antica – con la consapevolezza, quindi della loro distanza da noi – vuol dire respingere, da un lato la pretesa di attualizzarli (l'illusione di Savigny), dall'altro la pretesa di ereditarli e custodirli semplicemente come tradizione. Per questa via, la romanistica (quella adulta e inquieta) può ancora incontrarsi, in modo non diretto e su un nuovo piano, con la riflessione giuridica moderna; la quale si viene liberando, con giustificata insofferenza, delle sue «basi romanistiche»¹⁰⁴.

Nello stesso senso, d'altronde, anche Orestano, il quale ritiene che «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»¹⁰⁵.

In definitiva, lo studio del diritto romano, in tutta la sua poliedricità, consente non solo la comprensione della tradizione giuridica

¹⁰² SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 39-40.

¹⁰³ SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 49; BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 20.

¹⁰⁴ BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., X-XI.

¹⁰⁵ ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 458.

europea ma anche del ‘diritto comune europeo’¹⁰⁶, e in particolare, del comune modo di ragionare sul diritto¹⁰⁷, sulla base di una scienza del diritto che accomuna le nazioni europee¹⁰⁸.

In tal modo si spiega e comprende il ‘ruolo paradigmatico’ assunto dal diritto romano nella tradizione europea e nel mondo, quale ‘modello’ di schemi concettuali, categorie, visioni stesse del diritto e della sua stessa configurazione.

9. *La scienza del diritto e la riflessione sui modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato.*

In conclusione, non possiamo guardare alla scienza romana semplicemente come ‘una lontana tradizione’ perché *i suoi metodi e pratiche vivono in noi*, nel nostro modo di essere giuristi, nel nostro stesso modo di pensare il diritto.

D'altronde, l'acquisizione di questa consapevolezza, non è fine a se stessa, ma può indurci a meglio operare, riappropriandoci – in qualità di giuristi – della nostra importanza e centralità nell'ambito del sistema, senza dover rinunciare a concepirlo, tuttavia, come un tutto ordinato e razionale, idoneo di assicurare certezza e prevedibilità delle sue regole e delle soluzioni concrete. Tutto sta nel rideterminare lo stesso concetto di ‘ordine’ e ‘razionalità’.

Così, solo con questa prospettiva, l'interpretazione può divenire *l'elemento ordinante* della nuova realtà giuridica caratterizzata dal particolarismo, dalla frantumazione e moltiplicazione di poteri e so-

¹⁰⁶ 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.; EAD., *I ‘Fondamenti del diritto europeo’: una provvida intuizione*, in FRANCHINI (a cura di), *Armata Sapientia*, cit., 874 ss., in cui richiama le interessanti considerazioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su i fondamenti del diritto europeo: una occasione da non sprecare*, in «Iura» 51 (2000) 163 ss.; L. FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma, 2013; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018.

¹⁰⁷ L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Rechts»*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 74.

¹⁰⁸ L. GAROFALO, *Carl Schmitt*, cit., 76.

vrantà. E, in effetti, l'unico elemento ordinante, che si concilia perfettamente con la pluralità e la ricchezza del molteplice, è rappresentato proprio dalla scienza.

D'altronde, come ricorda Grossi¹⁰⁹, «... 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».

Si tratta di una scienza del diritto che non si risolve in dogmi, precetti astratti, organizzati more geometrico, ma in concetti, categorie, modelli capaci di contenere e armonizzare, ordinandoli, gli elementi del molteplice concreto.

L'obiettivo è quello di non sopprimere e annullare il molteplice, ma trovare elementi di comprensione e razionalizzazione del molteplice, che diventino strumenti condivisi dell'azione del giurista, pur nella diversità di vedute e prospettive. Si tratta di realizzare coesione e unità, capaci di preservare, al tempo stesso, pluralità e molteplicità¹¹⁰.

Ebbene, in questo contesto, l'esperienza dei *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, in cui si inserisce anche questo volume¹¹¹, costituisce un momento di grande interesse sul fronte dell'attività scientifico-letteraria, una felice sintesi tra diverse concezioni del diritto romano, ma, più in generale, del diritto. E, in parti-

¹⁰⁹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 45-46.

¹¹⁰ CERAMI - MICELI, *Storicità del diritto*, cit., 19 ss.

¹¹¹ Si tratta di una significativa esperienza scientifica e didattica, con la collana dei *Quaderni*, per la quale dobbiamo ringraziare principalmente i Colleghi che vi hanno voluto dar vita, che oggi fanno parte del Comitato Direttivo, Floriana Cursi, Roberto Fiori, Paola Lambrini e Gianni Santucci, ma anche tutti coloro che negli anni hanno contribuito con i loro interessanti e approfonditi lavori.

colare, un possibile punto di equilibrio tra le concezioni che tendono ad accentuare la prospettiva individualizzante, dell'irriducibile singolarità di ogni fenomeno storico, e quelle, che all'opposto, tendono ad accentuare, invece, gli elementi di continuità e ripetizione ciclica degli eventi.

E, in tal senso, è possibile così conciliare diverse 'visioni' del diritto romano che, per un verso, fanno riferimento alle sue categorie, alla stregua di realtà dotate di una sorta di 'virtuale sovrastoricità'¹¹², che ne rende possibile quasi una forma di immutabilità e invarianza, e, per un altro, richiamano, invece, in maniera forte la 'storicità' delle stesse, accentuandone l'individualità e la singolarità, in relazione al contesto specifico di cui sono diretta espressione. Appare, così, legittimo riconoscere del vero in entrambe queste posizioni che, altrimenti, qualora assunte nella loro configurazione più radicale giungerebbero a prospettarne una natura quasi contraddittoria.

E, in realtà, già nel secolo scorso, pur mantenendo consapevolezza degli elementi di continuità con l'esperienza antica, la ricerca romanistica si è orientata verso una progressiva storicizzazione dello studio del diritto romano.

Nell'attuale contesto del diritto, la spinta verso la sintesi delle due prospettive è ancora praticata e auspicabile, in quanto idonea a condurci, per un verso, al superamento della dogmatica giuridica – *more geometrico* ma, per altro verso, anche della visione 'iperstoricistica', che giunge ad abbandonare l'aspetto tecnico, definitorio, problematizzante, coesistente al ragionamento giuridico¹¹³.

¹¹² V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 1993, 5 ss. L'Autore ricorda che il recupero del diritto antico non sempre è stato disinteressato «e l'idea della continuità col passato, cui talvolta la storiografia si è adeguata, può avere portato a corroborare il diritto moderno anche quando esso era contestato e contestabile perché inadeguato ai nuovi rapporti politico-economici. Inoltre, la sperimentata possibilità di impiego delle categorie giuridiche romane tanto oltre la società ed i tempi rispetto ai quali erano state pensate ha tentato qualche teorico ad attribuire a quelle categorie una loro virtuale sovrastoricità. Ma non è più così. Ogni cosa ha i suoi tempi. Ciò non vuol dire che non sia vero che molti istituti sono strutturati ancora secondo quel distillato di esperienze. Non vuol dire che talvolta non possa essere utile pensare certi istituti dopo averli misurati con il metro della sapienza antica».

¹¹³ Sulle diverse prospettive in questione di recente SOLIDORO MARUOTTI, 'Fon-

In tal senso, l'esperienza dei *Modelli* costituisce un interessante punto di equilibrio in quanto consente di coniugare le due prospettive (prospettiva storica e quella tecnico-giuridica in senso stretto), riconoscendo la pluralità e l'unicità dei vari fenomeni giuridici, nel loro radicarsi nei singoli contesti storici con l'innegabile esistenza, al tempo stesso, di elementi di continuità costituiti da schemi, modelli, categorie, principi che superano la singolarità dei singoli eventi, costituendo elementi di confronto tra esperienze differenti, idonei a determinare una migliore valutazione e coscienza critica degli stessi.

Effettivamente, gli storici del diritto hanno già fornito un significativo contributo in tale senso determinando – nella seconda metà del XX sec. – un radicale ripensamento delle impostazioni neoconcettuali e dogmatiche che hanno caratterizzato lo studio del diritto nel XIX e nella prima metà del XX sec. E, anche più di recente hanno proposto nuove tendenze interpretative volte a prospettare differenti visioni della complessa materia, valorizzando gli aspetti relativi al pluralismo e alla pluridimensionalità del fenomeno giuridico.

L'impostazione antiformalistica è da attribuire, infatti, anche a una forte spinta proveniente dagli studi storici, comparatistici, e anche dall'approccio interdisciplinare dell'analisi economica del diritto, complessivamente volti a mettere a fuoco il pluralismo giuridico che caratterizza la materia a fronte dell'approccio monistico e positivista precedente¹¹⁴.

In tal senso ci piace ricordare ancora una volta le parole di Orestano che risultano emblematiche a tal proposito¹¹⁵ «... 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».

damenti del diritto europeo: una provvida intuizione, cit., 877 ss. e bibliografia ivi richiamata.

¹¹⁴ In proposito cfr. U. MATTEI, *Proprietà*, in «*Digesto delle Disc. Priv.*», sez. civ., XV, Torino, 1997, 433 e bibliografia ivi citata.

¹¹⁵ ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 567. Sul tema anche L. PEPPE, *Uso e riuso del diritto romano*, Torino, 2012, 2 ss.

«Certo» – continua l'Autore¹¹⁶ – «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 dommatici 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».

D'altronde, in definitiva «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»¹¹⁷.

In tal senso, risulta in fine esemplare il pensiero di Grossi¹¹⁸ a proposito dei modelli giuridici: «il comparatista o lo storico del diritto non devono avere dei modelli ideali da trapiantare, ma soltanto soluzioni diverse da studiare in un ossigenante confronto dialettico. Io come storico del diritto ho sempre preteso da me stesso di non abdicare al mio presente. Soltanto in questo modo ho potuto guardare al passato rispettando il passato, cogliere il patrimonio di messaggi che da quel passato aveva da darmi, una ricchezza non da trapiantare, ma da mettere a confronto con la mia ricchezza di uomo ad oggi. In altre parole, se lo storico del diritto fa il suo mestiere fino in fondo, intensifica le rispettive tipicità, la tipicità dell'oggi e la tipicità da ieri».

Il tutto, ovviamente, in considerazione del fatto che il recupero della storia, come poneva in evidenza già Orestano, prima che recu-

¹¹⁶ ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 568.

¹¹⁷ ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 568.

¹¹⁸ TIMOTEO, *Grammatiche del diritto*, cit., 57.

però delle tecniche e delle procedure, è soprattutto recupero dell'umanità e dei valori, che ad essi sono sottesi¹¹⁹.

Pertanto, non possiamo che concludere, con le mirabili parole di P. Grossi¹²⁰ che da sole esprimono il senso più profondo degli studi storici e del loro valore: «il diritto è, infatti, da considerarsi una realtà radicale, che attiene le radici di una società, manifestandosi alla superficie in forme diverse, ma che, proprio perché in realtà radicale, può svolgere la sua funzione di ordinante sociale. Materie come la storia la comparazione, con gli strumenti metodologici che sono stati affinati negli ultimi cinquanta anni, contribuiscono a formare un giurista critico, capace di guardare e vedere lontano e in profondità, al di sotto della coltre superficiale delle norme autoritative. Quando si guarda in profondità, si scende sino ai fatti e, più oltre, si entra nello strato dei valori. Lo strato più radicale di un ordinamento è quello dei valori supremi di una civiltà storica. Lì è situato il diritto, lì sta il cuore del diritto e il cuore della tipicità di un'esperienza giuridica, quella che innerva e dà un senso a tutte le regole, anche le più tecniche, di un ordinamento».

¹¹⁹ M. SERIO, *Ancora oggi 'history involves comparison' e viceversa. Marina Timoteo in dialogo con Paolo Grossi in 'Grammatiche del diritto'*, in «Giustizia insieme. Diritto e società» (20.12.2020), il quale ritiene che, nel dialogo istaurato, sono state sviluppate una congrua serie di idee che gettano una luce chiarificatrice sul fenomeno giuridico in generale: «esse, variamente e persuasivamente illustrate, si compendiano in alcuni fondamentali postulati, ciascuno lucidamente fatto affiorare. In primo luogo, il carattere storico del diritto viene elevato al rango dei suoi caratteri contraddistintivi, e la sua assenza ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la comprensione. Alla storicità indissolubilmente si accompagna, nella comune opinione dei conversanti, la centralità nella vicenda giuridica della persona umana e del sistema dei valori che ad essa nel tempo afferiscono. Questa visione rivela, ancora una volta secondo un pensiero da entrambi condiviso, il possesso di una solida caratura comparatistica, nel preciso senso che svolgimento in chiave storica di una ricerca giuridica ed effettuazione della stessa in funzione comparatistica sono attività intellettuali reciprocamente implicanti, secondo la nota espressione di Maitland 'History involves comparison', da Gorla poi convertita nel suo opposto». In proposito, sulla storia e la 'misura umana' del diritto cfr. anche L. GAROFALO, *Tradizione e misura umana del diritto: considerazioni sulla figura del giurista a partire da Giuseppe Grosso*, in GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, cit., 233 ss.

¹²⁰ TIMOTEO, *Grammatiche del diritto*, cit., 59.