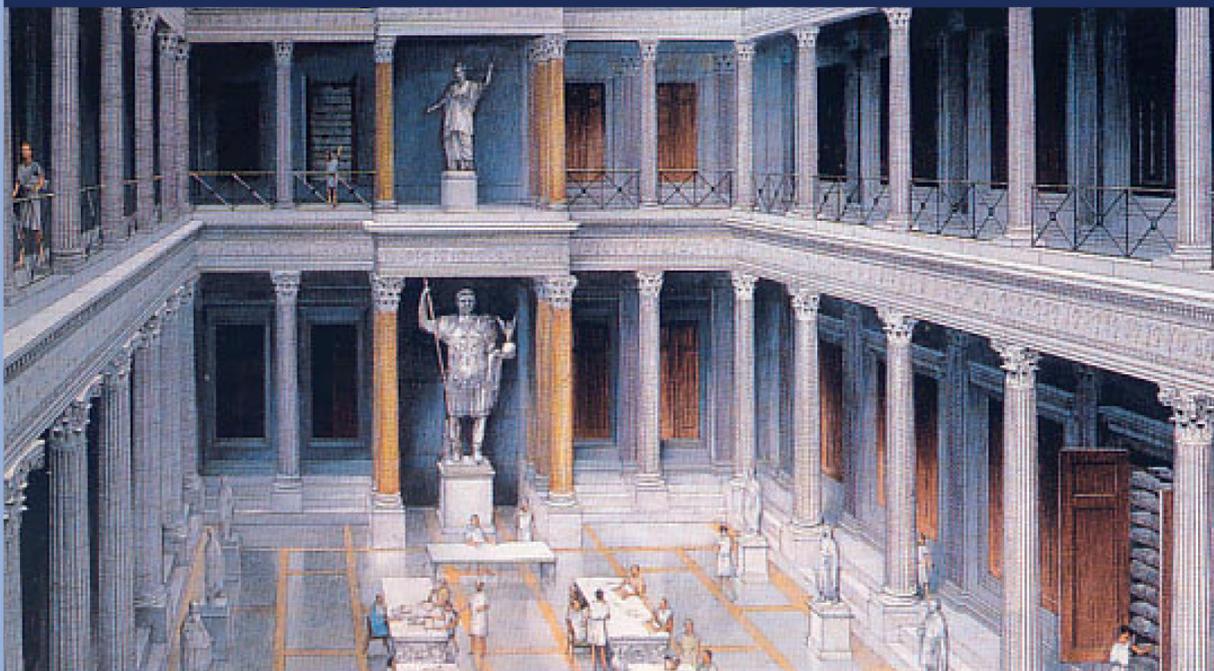


Pietro Cerami - Maria Miceli

# Strutture costituzionali, fonti e codici nell'esperienza giuridica romana

Storicità del diritto

Prospettive antiche e moderne



**Giappichelli**

## PRESENTAZIONE

L'intento sotteso alla realizzazione del presente volume – che si ricollega a precedenti studi realizzati nel corso degli anni – è quello di ripercorrere sinteticamente i tratti fondamentali della storia costituzionale romana individuando, al contempo, “forme concettuali” e “prassi consolidate” che, seppur sviluppate in quell'esperienza storica, hanno segnato anche le sorti di tutta la Tradizione giuridica successiva, e pertanto, dell'intera Tradizione giuridica Occidentale<sup>1</sup>.

Si tratta, infatti, di «uno strato tenacissimo di concetti e di pratiche» che hanno raggiunto «quei laboratori politici e istituzionali dei cui prodotti siamo i diretti eredi», secondo un percorso «di lunghissima durata e di portata tendenzialmente universale»<sup>2</sup>.

Le forme concettuali del diritto romano sono state inserite nella scienza giuridica di ogni paese, a prescindere dalle diverse concezioni del diritto vigenti nei vari momenti storici (giusnaturalismo, razionalismo e così via) producendo «un inventario di concetti fissi tradotti in ogni lingua europea», che ha fatto sì che il diritto romano diventasse «un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il modello riconosciuto del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, un common law concettuale e spirituale europeo, senza il quale non sarebbe neppure teoricamente possibile una comprensione fra i giuristi delle diverse nazioni». Ne è derivata la conseguenza che le «matrici comuni del diritto europeo – tanto di civil law, quanto di common law – stanno nel diritto romano: o meglio nella dottrina o scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) romana», in quanto «nella recezione del diritto romano ... non si è trattato semplicemente della recezione di un diritto, ma della recezione di una scienza giuridica». Una *Rechtswissenschaft* che ha determinato una *Rechtsgemeinschaft*, una “scienza giuridica”, dunque, che ha determinato una “comunità di diritto” che comprende tutti quei territori e comunità in cui il diritto romano è stato applicato o studiato. Ed è proprio questa la ragione che ha determinato *il valore para-*

---

<sup>1</sup> In proposito cfr. P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it., Firenze, 1962; F. WIEACKER, *The importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought*, in *Boston College International Comparative Law Review*, 4, 1981, 2, 257.

<sup>2</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 12-13.

*digmatico del diritto romano nell'ambito dell'esperienza giuridica occidentale, e il valore paradigmatico della stessa nell'ambito dell'esperienza giuridica mondiale*<sup>3</sup>.

Esiste pertanto una *scienza giuridica* che costituisce il presupposto di un'*identità giuridica europea comune* che trova la sua matrice più profonda nel diritto romano, o meglio nella scienza giuridica romana, e che svolge ancora oggi un ruolo determinante nell'ambito del sistema giuridico mondiale.

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

Così, oggi, l'identificazione di uno “*strumentario concettuale comune della scienza giuridica europea*”, non ha finalità meramente teoriche ma è funzionale al rafforzamento del dialogo e dell'integrazione. L'intento non è quello di individuare somiglianze o differenze in modo descrittivo, ma quello di individuare *strumenti comuni di dialogo, confronto e interazione tra giuristi*.

Così, recentemente Alpa<sup>4</sup> in maniera significativa afferma che «il diritto romano ha molto da dire ai giuristi del nostro tempo», non esitando a riconoscere che «il diritto romano è relativizzato, ma anche riconosciuto come fonte ispiratrice delle culture giuridiche di tutti i paesi dell'Occidente, anche quelli che, almeno apparentemente, se ne sono distaccati molti secoli fa ... La storia europea ne è intrisa in modo indelebile. Il diritto romano costituisce dunque un “bene comune” ed un valore universale».

Pertanto, come ci ricordano i nostri Maestri<sup>5</sup> «... 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 e in quelli che esse generano ... 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 e in essi si esprime».

---

<sup>3</sup> C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-1944), trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996, 42 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 19 ss.

<sup>4</sup> G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, in *Le vie della civiltà*, Bologna, 2018, 23, 29.

<sup>5</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 567-568.

Un particolare ringraziamento, in tal senso, va al Maestro, prof. Pietro Cerami, per il prezioso contributo dato in questi anni allo studio del diritto romano, e per avermi concesso il privilegio e l'onore di scriverne insieme.

Questo nuovo volume editato dopo la sua scomparsa, avvenuta prematuramente l'8 aprile del 2021, è a lui dedicato.

Un grazie anche a Giuseppe Romano, anch'egli suo allievo diretto, collega ed amico, per l'apporto dato alla revisione finale del lavoro.

MARIA MICELI

Palermo, 17 settembre 2023



# INTRODUZIONE

## 1. STORICITÀ DEL DIRITTO E DIRITTO ROMANO

Le ragioni che giustificano oggi lo studio del **diritto romano** sono molteplici e si legano non solo all'essenziale "storicità" del fenomeno giuridico, ma anche all'importante ruolo svolto dallo stesso sia nella formazione della Tradizione giuridica Occidentale (*Western Legal Tradition*) – nella duplice forma del *civil law* e del *common law* – sia più specificamente, nella formazione del **diritto comune europeo** e, dunque, dell'*identità giuridica europea*<sup>1</sup>.

Il fenomeno giuridico è, infatti, un fenomeno *essenzialmente storico*, nel senso che non è identificabile in astratto ma va colto e individuato di volta in volta in relazione ad un preciso contesto politico, sociale, economico, culturale. Infat-

---

<sup>1</sup> 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 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 del Convegno di Studi, Sassari, 22-23 novembre 1996, Milano, 2001; M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano, Copanello 3-7 giugno 2000, Napoli, 2004, 341 ss.; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2004, 907 ss., ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. Il giurista europeo*, Collana diretta da L. Garofalo-M. Talamanca, *Percorsi formativi*, Padova, 2005, 117 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica del diritto europeo. Lezioni*, I e II, Torino, 2001, 2003; O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 51.2, Parte II, 2005, 113 ss.; P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997; M. SERIO, *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami-M. Serio, Torino, 2011, 12 ss.; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018.

ti, è impossibile per il giurista registrare e comprendere i fenomeni da disciplinare senza individuarne caratteristiche, cause e dinamiche fondamentali.

Pertanto, l'osservazione, lo studio e la comprensione delle singole problematiche giuridiche non possono prescindere dalla considerazione degli orizzonti complessivi in cui s'inseriscono, senza tuttavia dimenticare i contesti da cui si sono originate e le proiezioni che in prospettiva ne deriveranno. Il giurista deve possedere e coltivare *una profonda sensibilità storica*, intesa come capacità di comprensione delle principali dinamiche di creazione, sviluppo e trasformazione dei fenomeni giuridici in relazione ai diversi e multiformi contesti storici in cui si radicano.

Lo studio del diritto romano, però, si motiva anche per altre ragioni. Si tratta certo di uno studio che trova la sua giustificazione in sé, come diritto di un determinato periodo storico che va dall'VIII sec. a.C. al VI sec. d.C. – tra l'altro di particolare importanza nella storia dell'Occidente in quanto si identifica principalmente con le sorti dell'impero romano – ma si arricchisce ulteriormente della possibilità di rivestire ancora un ruolo nella formazione del giurista attuale, implementando gli strumenti di comprensione e regolamentazione dell'odierna realtà giuridica.

Va anche considerato che le lenti con le quali il giurista guarda al passato sono quelle del presente, anche se nel leggere gli eventi e i fatti storici che lo precedono deve cercare di operare con strumenti metodologicamente corretti che tendano a ricostruirne i tratti in maniera quanto più possibile corrispondente allo stato del tempo, cogliendone tutte le peculiarità e diversità rispetto alla propria realtà.

Il diritto romano, infatti, come vedremo, conclusa la sua esperienza storica nel VI sec. d.C., ha continuato a essere studiato, e in alcuni casi anche ad essere applicato come diritto vigente, in tutta la tradizione successiva fino ai nostri giorni, condizionando fortemente non solo la formazione del diritto successivo, ma soprattutto la formazione dei giuristi per il tramite della **scienza del diritto** che in esso ha trovato i suoi primi fondamenti e la sua origine.

Ebbene, oggi nel trattare qualsiasi problematica giuridica – anche dal punto di vista storico – non si può evitare di considerare gli orizzonti complessivi della nuova realtà giuridica caratterizzata dal *pluralismo dei valori e degli ordinamenti giuridici*.

Siamo in presenza, infatti, di un sistema caratterizzato dalla *pluralità degli ordinamenti giuridici* e dalla *centralità dell'opera dell'interprete*.

Si tratta di un pluralismo giuridico costituito non solo dalla pluralità delle fonti, ma in maniera più complessa dalla pluralità degli ordinamenti, delle istituzioni e delle giurisdizioni [*infra*, §§ 6; 7].

Pertanto, il giurista è costretto a operare valutando la *complessità istituzionale, normativa e fattuale* dell'Unione Europea che costituisce ormai, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, un autonomo ordinamento in favore del

quale gli Stati membri hanno, sebbene parzialmente, rinunciato ai loro poteri sovrani.

Inoltre, le caratteristiche di formazione e affermazione del diritto sovranazionale, affidato alla *scienza dell'interpretazione* in tutte le sue articolazioni, all'interno di *un sistema pluralistico e multilivello*, inducono a una rinnovata visione giuridica che tenga conto anche della *molteplicità dei soggetti investiti del ruolo dell'interpretazione e della creazione del diritto*. Si tratta di confrontarsi con le nuove prospettive dell'interpretazione creativa, del sindacato di costituzionalità diffuso, della crisi dello Stato nazionale, etc. [*infra*, § 6].

Si tratta, pertanto, di una *realtà complessa che necessita per la sua piena comprensione di approcci molteplici e diversificati*<sup>2</sup>.

Di conseguenza, una lettura “diacronica” dell'attuale sistema giuridico è auspicabile, guardando alla metodologia storica come un ulteriore strumento di comprensione dello stesso nelle sue diverse dimensioni, in una prospettiva dinamica che tenga conto del suo divenire nel tempo.

La lettura e comprensione, anche in chiave storica, del pluralismo che caratterizza oggi la vita del diritto può fornire al giurista ulteriori elementi di valutazione e azione nell'ambito della struttura multilivello dell'ordinamento europeo.

Infatti, per il giurista non è più possibile agire unicamente nell'ambito del proprio sistema nazionale, ma è necessario operare continui e inevitabili confronti con principi e soluzioni proposte dagli altri Stati nazionali e dall'ordinamento sovranazionale, ritrovando e ricercando mediazioni e punti di contatto.

È dunque possibile che lo storico, anche lo storico del diritto romano, possa dare un proprio contributo alla più ampia e rinnovata riflessione cui sono chiamati tutti i giuristi europei all'interno delle singole esperienze nazionali. Si tratta, infatti, di realizzare un'attività interpretativa del diritto sempre più complessa, che si è recentemente arricchita di un'imprescindibile attività di *mediazione tra principi sovranazionali e tradizioni giuridiche interne* [§§ 5; 6; 7].

È necessario, infatti, procedere valorizzando le peculiarità dei singoli diritti nazionali, pur armonizzandole e inserendole prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

In tal senso gli interpreti, nel compiere tale attività, potrebbero tener conto di un dato fondamentale: i nostri attuali sistemi giuridici nazionali sono tra loro fortemente legati anche da una *comune tradizione storica* che ha determinato la formazione di *un patrimonio comune di concetti, principi e modelli giuridici* (*Rechtsgemeinschaft*) [§§ 2; 3; 4].

Può essere utile considerare, ad esempio, le varie *stratificazioni presenti nelle*

---

<sup>2</sup> F. VIOLA, *Introduzione*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna, 2012, 18 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 159 ss. e 182 ss. Sulla ridefinizione dei principi fondativi nell'attuale struttura multilivello cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 30 ss.

*nostre fonti codicistiche*, i cui contenuti non sono riferibili unicamente alle determinazioni dei singoli legislatori nazionali, ma si riconnettono profondamente ai principi e ai concetti derivanti da tale patrimonio comune, ascrivibili alla tradizione nelle sue varie componenti [§ 5].

Di conseguenza, la consapevolezza delle stratificazioni descritte, e della presenza nelle nostre codificazioni di elementi derivanti da un patrimonio comune di concetti, principi e modelli giuridici potrebbe essere d'ausilio agli interpreti che – nella prospettiva del dialogo e dell'armonizzazione dei principi nazionali con quelli provenienti dagli ordinamenti sovranazionali – debbono operare una rilettura interpretativa ed evolutiva delle nostre fonti normative che ne attui e concretizzi il dato formale in relazione alle nuove esigenze.

È forse il miglior modo per dare concretezza e vita alle soluzioni tecniche contenute nei nostri codici, proprio in considerazione del fatto che esse non sono unicamente il frutto di scelte politiche compiute in un momento storico determinato, ma sono anche il frutto di secoli di elaborazione teorica e applicativa.

Si tratta, infatti, di soluzioni tecniche che hanno in sé grandi potenzialità, ma che vanno, tuttavia, calibrate e adattate ai mutamenti dei tempi. La loro importanza è costituita proprio dall'essere il frutto di *un processo secolare di elaborazione e sedimentazione*, che ha visto coinvolti tutte le nazioni dell'area europea. Sono, pertanto, dotate della forza di riproporsi, per alcuni aspetti, in maniera immutata e, al tempo stesso, in forme sempre nuove nell'adattarsi alle diverse esigenze storiche [§§ 5; 6; 7].

## 2. POLISEMIA DEL SINTAGMA “DIRITTO ROMANO”

In tal senso già Orestano<sup>3</sup> nel definire il diritto romano precisava che vi sono almeno cinque significati dello stesso che non possono essere ridotti ad unità:

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

Ovviamente si tratta di significati e realtà che pur se distinti e distinguibili, si intrecciano e si intersecano in vicende storiche complesse e multiformi<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 456.

<sup>4</sup> L. PEPPE, *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino, 2012, 7 ss.

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

- come “problema del diritto romano” considerato nella sua storicità, con i suoi condizionamenti, le sue connessioni, i suoi svolgimenti nell'ambito dell'esperienza romana vera e propria;
- come “problema del diritto romano” considerato nelle sue conseguenze rispetto alle esperienze successive (compresa, oggi, la nostra) e nei diversi significati che hanno avuto e hanno i suoi molteplici procedimenti di studio.

Quando si discute del diritto romano storico, il “diritto romano dei romani” si fa riferimento al periodo che va dalla fondazione di Roma (VIII sec.) a.C. al VI sec. d.C. Quando si discute della tradizione romanistica, della Pandettistica, del diritto comune europeo ci si riferisce all'influenza che il diritto romano ha esercitato sui diritti successivi alla morte di Giustiniano (VI sec.) fino ai giorni nostri.

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

Questi diversi significati, difatti, sono legati dal loro ruotare intorno al *Corpus Iuris*, la grande compilazione del diritto romano realizzata dall'Imperatore Giustiniano alla fine dell'impero romano nel VI sec. d.C., anche se, rispetto al primo – diritto romano dei romani – la compilazione Giustiniana costituisce punto di arrivo, mentre rispetto agli altri significati, anche se con notevoli differenze, punto di partenza<sup>5</sup>. Ma per ciò stesso è evidente che sono *diversi i significati e i problemi*, riferendosi ciascuno a processi distinti, *i quali richiedono una diversa e appropriata considerazione*.

«Parlare genericamente di “diritto romano” per nominare questi diversi processi che concretano realtà eterogenee è non solo errato, ma impedisce di vedere le particolarità delle singole formazioni e dei loro movimenti. Si confondono i problemi del “diritto romano dei romani” con i problemi delle successive manifestazioni del giuridico nei vari luoghi e nelle varie epoche; si finisce per considerare la “storia del diritto” di gran parte dell'Occidente come uno “svolgimento” ulteriore del “diritto romano dei romani”, una specie di suo incremento all'infinito, assumendo esperienze plurime, complesse e mutevoli come se fosse lo sviluppo di un unico “organismo”»<sup>6</sup>.

Affermando ciò, tuttavia, non si vuole disconoscere che da Giustiniano a noi il *Corpus Iuris* (*infra* § 114) abbia rappresentato l'asse intorno al quale hanno ruotato gran parte del diritto e delle scienze giuridiche dei popoli con esso en-

---

<sup>5</sup> S. RICCOBONO, *Lecture londinesi* (maggio 1924). *Diritto romano e diritto moderno*, a cura di G. Falcone, Torino, 2004, 17 ss.; L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus Iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino, 2002, 13 ss., 107 ss.

<sup>6</sup> R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, 457-458.

trati a contatto. Anzi, la tradizione di Roma e l'interpretazione del *Corpus Iuris* costituiscono "la trama e l'ordito" di gran parte delle singole scienze giuridiche dell'Europa continentale, quale si sono volute svolgendo e componendo nel mondo medievale e moderno.

«Di esse» – precisa ancora Orestano<sup>7</sup> – «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».

In tal senso lo studio del diritto romano, in tutta la sua poliedricità, consente non solo la comprensione della *tradizione giuridica europea* ma anche del *diritto comune europeo*<sup>8</sup>, e in particolare, del *comune modo di ragionare sul diritto* sulla base dei precetti e delle regole di una *comune scienza giuridica* che caratterizza ancora oggi le nazioni europee<sup>9</sup>.

### 3. DIRITTO ROMANO STORICO, TRADIZIONE ROMANISTICA, WESTERN LEGAL TRADITION, DIRITTO COMUNE EUROPEO

In realtà, ormai pacificamente si riconosce che la storia giuridica dell'Occidente prende origine dal diritto del mondo antico, e in gran parte dal diritto romano. In particolare, è proprio l'idea dell'ordine e della coerenza delle soluzioni giuridiche, sostenute dalle tecniche della '**scienza del diritto**' (*infra* § 92; 93; 106), che costituisce la caratteristica fondamentale della tradizione giuridica occidentale che affonda le sue radici nell'esperienza romana.

Basti ricordare quanto scrive, infatti, Schiavone:<sup>10</sup> «Da un lato, l'idea greca di fondare lo spazio pubblico su un'architettura costituzionale espressione del primato dell'assemblea e dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge ... Dall'altro, la vocazione romana a catturare la nuda vita – sotto l'aspetto delle relazioni

<sup>7</sup> R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, 458.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la "Wissenschaft des römischen Rechts"*, in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, in *Il Giurista europeo*. Collana diretta da L. Garofalo-M. Talamanca. *Percorsi formativi*, Padova, 2008, 74, 76.

<sup>10</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 12-13 ss.

fra persone private – entro i protocolli e i parametri di procedure verificabili e disciplinanti, in un reticolo di misure e di formalismi concettuali oggetto di una conoscenza peculiare, a statuto forte – la scienza giuridica – concepita come un’analitica del potere e della sua normalizzazione razionale. La parabola del pensiero giuridico antico ci mette dunque di fronte a un fenomeno di lunghissima durata e di portata tendenzialmente universale. Un sapere senza incanti, duro e difficile, in ogni epoca direttamente accessibile soltanto a una cerchia ristretta di specialisti, è riuscito a segnare il nostro senso comune, si è depositato in strati profondi di mentalità estese e condivise, dall’ultimo universo medievale [...] sino all’epoca della Rivoluzione americana e di quella francese, al trionfo capitalistico e borghese, per arrivare poi almeno a lambire gli anni centrali del Novecento. [...] uno strato tenacissimo di concetti e di pratiche che avrebbero raggiunto quei laboratori politici e istituzionali dei cui prodotti noi siamo i diretti eredi».

Si tratta dello svolgimento di un percorso di lunghissima durata, quasi duemila anni, e di portata tendenzialmente universale che ha determinato nel tempo il formarsi di *una comune tradizione giuridica* (*Western legal Tradition*) ma anche, più specificamente, di *un diritto comune europeo, di un’identità giuridica europea*, che ha svolto e continua a svolgere, inoltre, *un valore paradigmatico nell’esperienza giuridica mondiale*.

Così, Schmitt, non ha esitazioni ad ammettere che l’intera storia e l’intero sviluppo del diritto dei popoli europei è da migliaia di anni una storia di reciproche recezioni: dove per “recezione” non si intende un’accettazione distratta e inconsapevole, ma un processo di alterne incorporazioni, adattamenti, e perfezionamenti.

«In tutta Europa – anche nel diritto comune dei paesi che non hanno recepito il diritto romano nel proprio diritto – innumerevoli e influenti autori, con titoli o denominazioni quali “diritto di natura”, “diritto razionale”, *ius gentium* e “teoria generale del diritto”, hanno inserito con un lavoro di secoli forme concettuali del diritto romano nella scienza giuridica di ogni paese, producendo in tal modo un inventario di concetti fissi tradotti in ogni lingua europea. Con il lavoro dei giuristi di tutti i popoli europei il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, una common law concettuale e spirituale europea, senza la quale non sarebbe stata neppure teoricamente possibile una comprensione fra giuristi di diverse nazioni. L’edificio culturale qui eretto dallo spirito europeo poggia su tale base comune, prodotta da una comune scienza del diritto europea [...] Il processo infinitamente vario e ricco di conseguenze della cosiddetta recezione del diritto romano, operante sino ai nostri giorni in ogni ambito della vita culturale, già da solo ci autorizzerebbe a parlare ancor oggi di una scienza del diritto europea»<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-1944), trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996, 47.

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

Pertanto, l'argomento migliore addotto a sostegno del ruolo di paradigma originario del diritto europeo, giocato dal diritto romano, non sarebbe né la sua perdurante vigenza, né la sua persistente influenza, ma piuttosto il fatto che è divenuto una sorta di «*grammatica giuridica elementare, implicita in qualsiasi discorso dei giuristi*»<sup>12</sup>.

«Le matrici comuni del diritto europeo – tanto di *civil law*, quanto di *common law* – stanno per Schmitt nel diritto romano: o meglio nella dottrina o scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) romana», precisando inoltre, che «*nella recezione del diritto romano [...] non si è trattato semplicemente della recezione di un diritto, ma della recezione di una scienza giuridica*»<sup>13</sup>.

Una «*Rechtswissenschaft*» che ha determinato una «*Rechtsgemeinschaft*», una scienza giuridica che ha determinato una «*comunità di diritto*» che comprende tutti quei territori e comunità in cui il diritto romano è stato applicato o studiato.

Schmitt riconosce, comunque, la **storizzazione del diritto romano**, ma valuta, tuttavia, 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*».

*Esiste pertanto una scienza giuridica che costituisce il presupposto di un'identità giuridica europea comune che trova, infatti, la sua matrice più profonda nel diritto romano, o meglio nella scienza giuridica romana.*

Di recente questa opinione è stata messa in discussione nell'ambito di un più ampio tentativo di confutare le «*radici occidentali*» del mondo moderno, riportandole a quelle multiculturali di origine afroasiatica<sup>14</sup>.

Tale ipotesi auspica, infatti, una «*deromanizzazione*» della giurisprudenza, connessa con la decapitazione dell'ideologia occidentale, dichiarandosi espressamente contraria a una strategia di legittimazione del «*primato occidentale*» nel campo giuridico attraverso la storia del diritto romano. Il tentativo perseguito sembra quello di confutare le radici occidentali del diritto moderno, allo scopo

<sup>12</sup> M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 20.

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *La condizione della scienza*, cit., 42 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 19 ss.

<sup>14</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *Gaio nero*, in P.G. MONATERI-T. GIARO-A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 19 ss.

di concludere che il ruolo centrale finora assegnato alla storia del diritto romano nella tradizione giuridica occidentale dovrebbe essere sostituito dal riferimento alle radici multiculturali, prodotte da varie civiltà afroasiatiche. Questo «approccio diffusionista» contro un «modello evolucionista» si dispiega in un attacco al modello di originalità e superiorità del diritto romano, nonché alla sua utilità nella continuità e nel rinnovamento<sup>15</sup>.

Ebbene, l'ipotesi in questione non ha avuto particolare seguito, e vi si oppone se non altro la fondamentale considerazione che poco importa che quanto la tradizione europeo-occidentale ha chiamato diritto romano fosse in realtà laziale, o etrusco, o assiro-babilonese: ogni identità nasce da ibridazioni e contaminazioni<sup>16</sup>.

Ci sentiamo, così, di condividere l'opinione di chi ritiene che il punto davvero importante ... «non è normativo o valutativo, ma concettuale: riguarda la possibilità stessa di, nonché le condizioni alle quali è possibile ricavare dal concetto di diritto in senso stretto della tradizione giuridica europeo-occidentale un concetto di diritto talmente generico – come fa il maestro di Monateri, Sacco – da poterlo poi ritrovare in qualsiasi cultura. Il punto è se, in assenza delle Dodici Tavole, della *iurisprudencia* e soprattutto del *Corpus Iuris* l'Occidente, e più specificatamente l'Europa, avrebbe mai annoverato il diritto fra le sue radici. Forse il totem da noi oggi venerato sotto il nome di diritto sarebbe solo quella cosa un po' bizzarra che sono, per gli europei, i “diritti” altrui: e parlare di un'Europa del diritto, allora, suonerebbe pressappoco come parlare di un'Europa dei cavilli e delle parcelle degli avvocati»<sup>17</sup>.

#### 4. DIRITTO ROMANO E SCIENZA GIURIDICA

Ebbene, se è vero che la storia giuridica dell'Occidente prende origine dal diritto del mondo antico, e in parte anche dal diritto romano<sup>18</sup>, va tuttavia considerato che la peculiarità della recezione del diritto romano sta nel fatto essa si è risolta e concretizzata principalmente nella «*recezione di una scienza giuridica e non di un diritto*»<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in *Index* 33, 2005, ora in ID., *Fundamenta*, Napoli, 2007, 35-36, a cui si rinvia per l'ampia nota bibliografica sul tema, le considerazioni critiche, e una rassegna delle principali repliche.

<sup>16</sup> M. BARBERIS, *op. ult. cit.*, 91.

<sup>17</sup> M. BARBERIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>18</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto*, cit., 12.

<sup>19</sup> M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14.

Pertanto, se possiamo affermare che esiste ancora oggi una *Rechtsgemeinschaft* europea – pur nella profonda diversità – è perché questa si basa sulla condivisione del senso e del contenuto di concetti e istituzioni giuridiche essenziali, e che questo dipende – se non esclusivamente – principalmente da una comune tradizione giuridica fondata su uno *statuto scientifico forte*<sup>20</sup>.

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*»<sup>21</sup>.

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

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

Si tratta di creare dei “*riferimenti comuni*” sottratti all'arbitrio dei singoli legislatori o alla mutevolezza delle singole prassi che si determinano nei diversi momenti storici.

D'altronde, se il fenomeno giuridico è un fenomeno *essenzialmente storico*, nel senso che non è identificabile in astratto ma va colto e individuato in relazione ad un preciso contesto politico, sociale, economico e culturale, è impossibile per il giurista registrare e osservare la molteplicità, senza individuarne caratteristiche, cause e dinamiche fondamentali. Tuttavia, al tempo stesso, questi non può realizzare il suo compito senza procedere alla predisposizione di schemi astratti e comuni di azione e regolamentazione, idonei a ricondurre gli stessi fenomeni giuridici ad unità per realizzare certezza e giustizia, uniformità di trattamento e eguaglianza.

---

<sup>20</sup> P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, cit., 45 ss.; L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, già in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 263 ss., ora in L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi Saggi*, Torino, 2015, 137 ss.; L. LANTELLA-E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005, 157 ss.

<sup>21</sup> M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 14, 19-20.

È necessario, pertanto, individuare dei parametri astratti di regolamentazione dei fenomeni giuridici che ne consentano la razionalizzazione in vista di uniformità di trattamento e certezza delle soluzioni prospettate.

In tal senso, la tradizione romanistica ha elaborato e consolidato un bagaglio di concetti, categorie e principi che, soprattutto grazie alla mediazione fondamentale della Scuola Pandettistica, si sono consolidati in principi dogmatici che, ancora oggi, costituiscono la “*trama fondamentale*” del nostro diritto odierno.

Certamente 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. Infatti, come fu affermato dal De Francisci<sup>22</sup> ... anche i «*principi domatici non possono essere afferrati nella loro interezza se non attraverso la storia*».

E così, sulla scia 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.

In tal senso ci piace ricordare ancora una volta le parole di Orestano che risultano emblematiche a tal proposito<sup>23</sup> «... 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 e in quelli che esse generano».

Così, in fine, «tutto il bagaglio tradizionale dei concetti su cui si è fondata per secoli e millenni la conoscenza giuridica viene a prospettarsi, infatti, negli studi più nuovi e vivi sotto un profilo rilevatore: precisamente come materia di conoscenza e pertanto oggetto, anch’esso, di indagine. Un’indagine rivolta non solo a ricercare dietro i concetti la vita, ma pure la storicità dei concetti stessi e le loro connessioni con la vita che attraverso di essi e in essi si esprime (p. 568)».

È possibile, dunque, che in tale prospettiva anche oggi la riflessione dello storico del diritto possa dare un proprio contributo alla più ampia e rinnovata riflessione cui sono chiamati tutti i giuristi europei all’interno delle singole esperienze nazionali, nella realizzazione di un’attività interpretativa del diritto sempre più complessa.

---

<sup>22</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1926, 16; Sul tema anche L. PEPPE, *Uso e ri-uso*, cit., 2 ss.

<sup>23</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 567.

## 5. DOGMATICA MODERNA E STUDIO STORICO DEL DIRITTO

In particolare, va considerato che il diritto romano costituisce solo l'apporto iniziale, solo l'avvio di una secolare elaborazione scientifica e giurisprudenziale delle categorie e dei concetti che compongono la nostra tradizione giuridica; tuttavia, lo studio della loro originaria formazione storica può contribuire a illuminarne alcuni aspetti, proprio muovendo dal contesto da cui hanno preso le mosse, e che in maniera così decisiva ha inciso sulla loro successiva evoluzione storica.

Non vi è dubbio, come dicevamo, che la **Pandettistica**, sulla base del diritto romano, abbia contribuito a creare un patrimonio di concetti e categorie dogmatiche che costituiscono ancora la «**grammatica giuridica fondamentale**» del diritto attuale. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione scientifica, volta a privilegiare ed esaltare una visione razionale e astratta del diritto, poi accentuata dalle impostazioni neoconcettuali degli inizi del XIX secolo.

Così, sulla base anche di un'indagine storica è forse possibile individuare i tratti fondamentali delle categorie giuridiche, nel loro modello tradizionale, scervo da prospettive eccessivamente razionalistiche e astrattizzanti, per valutare le **ragioni della loro persistenza e validità come categorie ordinanti dell'attuale sistema giuridico** e, al contempo, la loro **compatibilità con un sistema multilivello**, che oltretutto privilegia **il momento giurisdizionale e interpretativo** per l'individuazione delle forme di tutela e del contenuto stesso dei diritti.

E proprio in tale direzione gli storici del diritto potrebbero forse svolgere un ruolo determinante riappropriandosi di quella funzione di «coscienza critica» delle categorie giuridiche moderne cui, invece, hanno spesso rinunciato<sup>24</sup>.

Potrebbero fornire un contributo fondamentale per la comprensione e definizione degli schemi giuridici fondamentali del nostro diritto attuale con particolare riguardo alla storia della loro formazione, per coglierne appieno significato e funzione.

Effettivamente, gli storici del diritto hanno già fornito un significativo contributo in tale ambito determinando – nella seconda metà del sec. XX – **un radicale ripensamento delle impostazioni neoconcettuali e dogmatiche** che hanno caratterizzato lo studio del diritto nel XIX e nella prima metà del XX secolo. 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"** che ne è derivata è da attribuire, infatti, anche a una forte spinta proveniente dagli studi storici, comparatistici, e anche dall'approccio interdisciplinare dell'analisi economica del diritto, complessiva-

---

<sup>24</sup> U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, Torino, 1997, 433.

mente volti a mettere a fuoco il pluralismo giuridico che caratterizza la materia a fronte dell'approccio monistico e positivistico precedente.

D'altronde anche il diritto romano è stato oggetto di un processo di **storizzazione e relativizzazione** [§ 4]. A tal proposito, Alpa<sup>25</sup> espressamente afferma che «Il diritto romano ha molto da dire ai giuristi del nostro tempo», non esitando a riconoscere che «il Diritto romano è relativizzato, ma anche riconosciuto come fonte ispiratrice delle culture giuridiche di tutti i paesi dell'Occidente, anche quelli che, almeno apparentemente, se ne sono distaccati molti secoli fa. I giuristi inglesi e nord-americani ne riconoscono l'influenza sulla vita moderna e sulla educazione dei giovani. Il contributo del diritto romano alla edificazione del *common law* è assodato. La sua influenza sul *common law* è un *topos* nella letteratura di diritto comparato. La storia europea ne è intrisa in modo indelebile. Il diritto romano costituisce dunque un "bene comune" ed un valore universale».

Pertanto, oggi, una rinnovata riflessione storica sui concetti e categorie fondamentali del diritto attuale, che tenga conto anche dell'originaria configurazione nell'esperienza storica<sup>26</sup>, potrebbe indurre a interessanti considerazioni sulla natura degli stessi, anche in rapporto ai profili di tutela, fornendo un valido contributo all'attività dei giuristi europei impegnati, all'interno delle singole esperienze nazionali, nella realizzazione di quella complessa attività di mediazione tra principi sovranazionali e tradizioni giuridiche interne.

Ormai, infatti, lo strumento più incisivo per l'affermazione e il consolidamento del diritto europeo è costituito proprio *dall'interpretazione conforme al diritto sovranazionale*<sup>27</sup>, il cui scopo non è quello di disapplicare e disattendere il diritto interno, ma al contrario valorizzare la peculiarità dei singoli diritti nazionali, pur armonizzandoli ed inserendoli prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

Nell'operare l'interpretazione conforme del diritto nazionale a quello sovranazionale può certamente essere utile considerare, ad esempio, le stratificazioni presenti nelle nostre fonti codicistiche, e il fatto che gran parte del loro

<sup>25</sup> G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, in *Le vie della civiltà*, Bologna, 2018, 23; 29 ss. In proposito cfr. P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. Firenze, 1962; F. WIEACKER, *The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought*, in *Boston College International Comparative Law Review*, 4, 1981, 2, 257. Sul rapporto tra *common law* e diritto romano cfr. A.R. CRITTENDEN, *Roman Law in Modern Life and Education*, in *The Classical Journal*, 15, 1919, 3, 148 ss.; E.D. RE, *The Roman Contribution to the Common Law*, in *Fordham Law Review*, 29, 1961, 3, 447 ss.

<sup>26</sup> In proposito cfr. U. MATTEI, voce *Proprietà*, cit., 433 e bibliografia ivi citata. In proposito si segnalano anche gli interessanti volumi, a cura di R. FIORI, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003; ID., 2, Napoli, 2006; ID., 3, Napoli, 2008; ID., 4, Napoli, 2011.

<sup>27</sup> *Infra*, §§ 6-7.

contenuto si lega anche a qual patrimonio comune di principi, categorie e concetti derivante dalla tradizione giuridica comune a cui abbiamo fatto riferimento nei paragrafi precedenti [cfr. *supra*, §§ 3; 4].

I nostri codici moderni, infatti, sono frutto in realtà dell'integrazione tra la volontà legislativa dei codificatori moderni e i principi, le categorie e i concetti propri di **una scienza tecnica elaborata nei secoli**, che è divenuta patrimonio comune di tutte le nazioni europee.

**Le codificazioni moderne**, infatti, sono il prodotto dell'opera dei singoli legislatori nazionali ma nei contenuti spesso riproducono le soluzioni dell'elaborazione scientifica e storica preesistente. La frattura ideologica delle codificazioni con le esperienze precedenti non si realizza nei contenuti, che, invece, **non sono in discontinuità con le esperienze storiche che li precedono**<sup>28</sup>.

Nei codici si ritrovano concetti e categorie che sono divenuti tipici e peculiari delle nostre tradizioni nazionali, ma sono per lo più desunti dalla tradizione storica più antica, e che, come tali, sono comuni almeno a tutti gli ordinamenti giuridici caratterizzati dalla tradizione romanistica. Di conseguenza, gli interpreti – nella prospettiva di rafforzamento del dialogo tra gli ordinamenti giuridici e dell'armonizzazione dei principi nazionali con quelli provenienti dagli ordinamenti sovranazionali – potrebbero operare una rilettura interpretativa dei nostri testi normativi fondamentali che tenga conto di tale realtà.

La coscienza che si tratta di concetti, ormai propri delle nostre singole tradizioni nazionali, ma in realtà comuni agli altri paesi membri dell'Unione Europea, può costituire un valido punto di partenza per **l'armonizzazione della legislazione europea**, per la formazione di un'eventuale codificazione, ma anche per lo svolgimento quotidiano dell'interpretazione conforme dei diritti nazionali al diritto europeo.

È l'idea che ha sostenuto il progetto della Commissione Europea e che ha condotto, ad esempio, alla realizzazione del *Draft Common Frame of Reference*<sup>29</sup>, e dunque all'individuazione di principi, definizioni e regole-modello co-

---

<sup>28</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio*, cit., 42 ss.; G. WESEBERG-G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, trad. it. a cura di P. Cappellini-M.C. Dalbosco, Padova, 1999; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati*, cit., 21 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, Riv. di dir. pubbl.*, anno XV, nuova serie, 1, 2006, , 71 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino, 2011, 28 ss.

<sup>29</sup> C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, Munich, 2009; cfr. *infra*, § 7.

muni ai paesi membri dell'Unione Europea come presupposto e strumento di riavvicinamento della legislazione privatistica degli stessi [*infra*, § 7].

In tal modo è possibile, e forse anche necessario, dare concretezza e vita a soluzioni tecniche frutto di secoli di elaborazione teorica e applicativa, che hanno in sé, dunque, potenzialità enormi ma che vanno, tuttavia, calibrate ed adattate ai mutamenti dei tempi. Soluzioni tecniche la cui importanza è costituita proprio dal fatto di essere il frutto di *un processo secolare di elaborazione e sedimentazione* – che si è realizzato in tutti i paesi dell'area europea – e che pertanto hanno la possibilità di riproporsi per alcuni aspetti in maniera immutata e, al tempo stesso, in forme sempre nuove nell'adattarsi alle diverse esigenze storiche.

Si tratta, dunque, di categorie che in quanto già comuni e presenti da secoli nelle tradizioni giuridiche dei paesi membri possono dar luogo a *processi unificanti d'interpretazione*, e dunque a soluzioni plurali all'interno di cornici sistematiche comuni, *coniugando unità e pluralità* [§§ 6; 7].

Di notevole interesse, infatti, quanto si legge nella Presentazione della Rivista *Europa e Diritto Privato*<sup>30</sup> «... L'Europa come idea dinamica che di momento in momento si storicizza ha bisogno dell'opera diuturna dei cultori di diritto, che all'idea fornisca le strutture relazionali nelle quali prendere forma concreta. La scienza del diritto privato, che ha costruito i modelli originari di tali strutture nelle quali i singoli Paesi hanno potuto riconoscersi come parti di un intero anche nei momenti in cui le forme statuali le predicavano divise quando pure non avversarie, più di ogni altra è deputata a dare conferma e nuovo impulso a tale unitarietà ...» (p. 2). «Occorrerà sempre ricordare, invece che il diritto europeo nasce su una base comune ma come diritto nuovo, rivolto al futuro e come tale esso deve essere accolto, anche quando questo comporti sommovimenti più o meno significativi rispetto al dato normativo (legislativo e giurisprudenziale) nazionale o ai modelli interpretativi o sistematici invalsi nelle culture giuridiche di ciascuno dei Paesi uniti. L'unità europea, insomma, va inverteata 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» (p. 3).

## 6. INTERPRETAZIONE E DIRITTO EUROPEO

E, in effetti, uno degli aspetti più rilevanti oggi del diritto europeo, e più in generale del diritto sovranazionale, è rappresentato proprio dall'*incre-*

---

<sup>30</sup> *Europa e diritto privato*, Rivista a cura di J. Bonell-C. Castronovo-A. Di Majo-S. Mazamuto, 1, 1998, *Presentazione*, 2-3.

*mento dei luoghi di creazione e di tutela dei diritti tramite la valorizzazione e il coinvolgimento di più soggetti nel processo d'interpretazione e creazione del diritto.*

Si è dato corso, così, a un vero e proprio *processo dialettico e circolare tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti interni* che ha decisamente moltiplicato i soggetti chiamati a svolgere un ruolo nella formazione e nell'applicazione dei principi giuridici<sup>31</sup>.

Tale processo si lega certamente all'allargamento dei confini del diritto – per determinati aspetti – verso orizzonti mondiali (*Weltrecht*) e alla conseguente destrutturazione del concetto di Stato e sovranità nazionale. Siamo in presenza di fenomeni di rilevanza determinante a cui inevitabilmente si legano ulteriori decisive trasformazioni quali, fra tutte, la crisi di democraticità dello stesso procedimento legislativo e, di riflesso, della legge, sempre meno considerata parametro fondamentale di giuridicità<sup>32</sup>.

Si pensi, inoltre, alla tendenza sempre più accentuata all'**internazionalizzazione** e "**sovranazionalizzazione**" degli ordinamenti costituzionali e, con essa convergente, alla "costituzionalizzazione" degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale<sup>33</sup>.

D'altro canto, *il primato del diritto comunitario, che si impone ai diritti nazionali, ha frantumato la sistematicità già precaria degli stessi, senza però sostituirci un nuovo ordine formale*. Ha determinato l'affermarsi, più genericamente, di un sistema giuridico sovranazionale sempre più basato su una pluralità di fattori di produzione che non si sviluppa ed articola unicamente secondo criteri puramente formali, ma secondo un modello giuridico complesso e peculiare, di recente definito in termini di *multivel constitutionalism*<sup>34</sup>.

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

<sup>31</sup> Cfr. O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania-P. Ridola, Torino, 2001; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2009, 1 ss.; nonché G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, II, 2009, 195 ss.; G. PITRUZZELLA-R. BIN, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 97 ss.

<sup>32</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, 2007. Nello stesso senso autorevolmente S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 29 ss., il quale discute addirittura di un «*diritto senza stato*».

<sup>33</sup> In particolare, v. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; da ultimo, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 3 ss.

<sup>34</sup> I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.; J. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, 19 ss.

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

Il processo descritto ha determinato, di conseguenza, l'accresciuto ruolo della funzione giurisdizionale come anello di congiunzione fra le molteplici realtà giuridiche, così come spesso esplicitato nelle decisioni delle Corti europee<sup>35</sup>, e, ora, anche dalle nostre Supreme Corti<sup>36</sup>.

Sembra pertanto condivisibile l'idea *che il processo interpretativo costituisca il momento centrale dell'uropeizzazione del diritto*.

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

*Per far questo, tuttavia, deve essere in grado di possedere e coltivare conoscenze nazionali e soprannazionali, e, al tempo stesso, capace di cogliere, ove possibile, gli spunti derivanti dal diritto sovranazionale anche come occasioni di arricchimento del proprio sistema giuridico nella prospettiva dell'accrescimento della qualità tecnica della propria normazione, dell'integrazione delle scelte di carattere contenutistico e valoriale e, al contempo, delle forme e dei mezzi di tutela*<sup>37</sup>.

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

## 7. INTERPRETAZIONE CONFORME E ARMONIZZAZIONE

Le nuove prospettive dell'interpretazione sono, infatti, quelle *dell'interpretazione costituzionalmente orientata* e quella *dell'interpretazione conforme al di-*

---

<sup>35</sup> 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; 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, 351 ss. e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

<sup>36</sup> Si è dunque realizzato un complesso intreccio interpretativo tra le giurisdizioni di diversi livelli che cooperano per garantire l'effettività del diritto comunitario; v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, in *Quad. della Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli, 2008; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 581 ss.

<sup>37</sup> V. in proposito M. MICELI, *Validità e effettività del modello romanistico della proprietà nell'esperienza giuridica attuale*, in *IUSTEL, Revista General de Derecho Romano*, 27, 2016, § II e bibliografia ivi citata.

*ritto europeo*<sup>38</sup> che assegnano al singolo giudice nazionale<sup>39</sup> il *potere* ma anche l'*obbligo* di operare una costante rilettura del proprio ordinamento giuridico alla luce dei valori costituzionali, ma anche del diritto sovranazionale europeo.

Si tratta di un compito di notevole difficoltà in quanto comporta non soltanto padronanza del proprio ordinamento ma anche dell'ordinamento sovranazionale; implica, inoltre, una complessa attività di mediazione, integrazione e armonizzazione tra normative, principi e interpretazioni diverse, già peraltro anch'esse stratificate e consolidate.

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

Pertanto, gli interpreti, nel compiere tale attività, potrebbero e dovrebbero tener conto del dato fondamentale che i nostri attuali sistemi giuridici nazionali sono già tra loro fortemente legati anche da una **comune tradizione storica che ha determinato la formazione di un patrimonio comune di concetti, principi e modelli giuridici** (*Rechtsgemeinschaft*)<sup>40</sup>.

E, in effetti, negli ultimi decenni si sono incrementati i tentativi d'identificazione di tale «grammatica giuridica europea». Va considerato, inoltre, che

<sup>38</sup> R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, I, 1999, 383 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1995, 309 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 191; C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 136; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *associazioneedicostituzionalisti.it*; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 26 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, par. 5.2, 10 ss. V. SCARABBA, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in «Forum Quaderni costituzionali» (14.05.2019), 1-18; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in «European papers» (22.04.2021), 1-20.

<sup>39</sup> È ormai pienamente riconosciuto dalle Corti nazionali e sovranazionali il ruolo del singolo giudice nazionale chiamato contemporaneamente a un'interpretazione conforme del diritto interno al dato costituzionale e del diritto interno alle norme comunitarie, in veste di "giudice comunitario di diritto comune" (cfr. Concl. Avv. Gen. Saggio 15 dicembre 1999, causa *Océano gruppo editoriale*, Cause riunite da C-240/98 a C-244/98) e del diritto interno alla CEDU, quale "giudice comune della Convenzione" (sent. Corte cost., nn. 348-349). Sul tema v. R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 3, 2007, 377 ss.; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, I, 2008, 595 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, II, 2009, 218 ss.; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 41 ss., 285 ss.

<sup>40</sup> V. *supra*, §§ 2; 4.

si tratta di iniziative non solo di natura dottrinale<sup>41</sup>, ma anche giurisprudenziale e legislativa, che si articolano a loro volta in ulteriori e molteplici indirizzi e criteri metodologici<sup>42</sup>.

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

Si tratta di una raccolta di principi, definizioni e regole-modello per la formazione di un Quadro comune di riferimento, in conformità alle prescrizioni della Commissione europea<sup>43</sup>, che ha dato avvio a un piano d'azione per realizzare un ravvicinamento della legislazione privatistica patrimoniale dei paesi membri dell'Unione Europea, e, in particolare, una maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo anche in vista di un'eventuale progettazione di "un codice civile europeo".

L'idea è quella di procedere all'**armonizzazione delle discipline privatistiche nazionali** non tramite una disciplina imposta "dall'alto", ma prendendo invece le mosse "dal basso", dalla ricognizione dei principi, delle definizioni e delle regole-modello che sono già comuni e condivisi, anche partendo dal presupposto che «il diritto privato è uno di quei campi del diritto, che sono, o almeno dovrebbero essere, basati su e guidati da principi profondamente radicati»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup>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 larga eco non solo dottrinale, ma anche in sede giurisprudenziale e legislativa.

<sup>42</sup>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 *Eur. dir. priv.* 2, 1999, 445 ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001; C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, I, cit., 3 ss.

<sup>43</sup>Comunicazione del 12 febbraio 2003 [COM (2003) 68 def.]; Comunicazione dell'11 ottobre 2004 [COM(2004) 651 def.].

<sup>44</sup>Cfr. C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles*, cit. In proposito G. LUCCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna, 2010, 9-28.

Inoltre, negli ultimi anni, anche presso le nostre supreme giurisdizioni si è diffusa una crescente sensibilità e attenzione per l'**identificazione e tutela dei principi generali o dei diritti fondamentali**, sia facendo riferimento alle Carte e Convenzioni che ne cristallizzano i contenuti<sup>45</sup>, ma anche adottando e rendendo ordinario *il metodo del confronto e della comparazione fra ordinamenti per ricercarne le matrici comuni o i segni distintivi che possano confermarne l'universalità e la generalità*<sup>46</sup>.

Si tratta di assicurare il rispetto e l'effettivo riconoscimento di tutto un sistema di protezione dei diritti fondamentali che è stato rafforzato dalle previsioni del Trattato di Lisbona. In esso si prevede infatti la piena equiparazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ai Trattati, l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU – il cui processo è peraltro ancora in corso – e la qualificazione dei diritti fondamentali previsti nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri come principi generali dell'Unione europea<sup>47</sup>.

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

E ciò vale anche per i principi e valori che non sono riconducibili in senso stretto al diritto comunitario<sup>48</sup>, e, dunque, al principio del suo primato sul diritto interno. Il riferimento primario è, dunque, a tutte quelle Convenzioni, Carte e disposizioni internazionali di carattere pattizio che rappresentano soprattutto la cristallizzazione dei principi fondamentali della tradizione giuridica europea, e in particolare dunque alla CEDU.

Si può quindi affermare che l'interpretazione conforme rappresenta «una sorta di via nazionale alla tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto sovrana-

---

<sup>45</sup> Si tratta principalmente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata dal Consiglio Europeo di Nizza nel dicembre del 2000, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che ha sancito un complesso di diritti fondamentali incentrati sulla dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia; a tal proposito v. in particolare Corte cost., n. 393 del 2006.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Corte cost., n. 80 del 2011.

<sup>48</sup> Adottiamo l'espressione "diritto comunitario" per designare, in conformità ad opinione corrente, il diritto relativo alla Comunità Economica Europea e, oggi, all'Unione Europea.

zionale»<sup>49</sup>. D'altronde, l'obbligo d'interpretazione conforme non vincola solo lo Stato-governo ma anche lo Stato-apparato, e dunque tutti i soggetti che ne fanno parte, in primo luogo i giudici, che sono tenuti ad interpretare la norma interna in conformità alle disposizioni e ai principi del diritto europeo.

Deve d'altronde riconoscersi che di fatto si è già realizzato un percorso di reale integrazione tra le Carte Costituzionali. Già secondo risalenti pronunce della Consulta<sup>50</sup> «*tutte le Carte si integrano reciprocamente nell'interpretazione*», e perciò uno stesso diritto può essere fatto oggetto di convergenti discipline da parte di più Carte, con la conseguenza che l'applicazione diretta della Costituzione si converte e risolve in applicazione diretta di altra Carta e viceversa, ovvero pure di una «tradizione costituzionale comune»<sup>51</sup>.

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

Si tratta di un'affermazione di straordinario rilievo che impone un autentico ripensamento di metodo che attiene all'assetto complessivo delle relazioni interordinamentali. «Il criterio strutturale, che riguarda appunto al modo di essere degli enunciati, viene risolutivamente messo da canto per far posto ad un criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme di incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento, di darvi voce e assicurarne l'inveramento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – nell'esperienza»<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, cit., 388.

<sup>50</sup> Corte cost., n. 388 del 1999.

<sup>51</sup> A. RUGGERI, *Svolta della consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'unione self executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. diritti comparati*, 3, 2017, 237 e bibliografia ivi citata. In tal senso già A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *www.forumcostituzionale.it*. Va ricordato inoltre che la stessa decisione (Corte cost. n. 269 del 2017) precisa che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di essere interpretata in armonia con le «tradizioni costituzionali» pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (punto 5.2, *cons. in dir.*). Sul decisivo valore delle tradizioni costituzionali nella risoluzione delle antinomie tra diritto interno e europeo v. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali. Il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Torino, 2015, 93 ss.

<sup>52</sup> A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., 234-235.

La Consulta evoca a tal proposito anche il canone della «*massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico*» di cui all'art. 53 della carta dell'Unione<sup>53</sup>.

La Corte<sup>54</sup> chiarisce, infatti, che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come «*una sovraordinazione gerarchica*» delle norme CEDU – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione, e che d'altronde, con riferimento ai diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, invece, costituire «*strumento efficace di ampliamento della tutela stessa*».

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

La Consulta non ha esitazioni nell'affermare che «se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle **interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie**, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne un'interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi d'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali»<sup>55</sup>.

«Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento – sempre a parere della Corte<sup>56</sup> – deve essere tale da determinare un “incremento

<sup>53</sup> Corte cost., n. 269 del 2017 (punto 5.2, *cons. in dir.*).

<sup>54</sup> Corte cost., n. 317 del 2009 (punto 7, *cons. in dir.*).

<sup>55</sup> Corte cost., n. 317 del 2009 (punto 7, *cons. in dir.*).

<sup>56</sup> Corte cost., n. 317 del 2009 (punto 7, *cons. in dir.*).

di tutela” per tutto il sistema dei diritti fondamentali, effettuando una continua “comparazione” con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla “continua e dinamica integrazione del parametro”, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell’art. 117 Cost. Il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve dunque essere effettuato mirando alla “massima espansione delle garanzie”, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno a oggetto i medesimi diritti».

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

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

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

Si tratta di *un intreccio complesso e articolato d’interpretazioni giurisdizionali*, che – pur nel rispetto delle reciproche competenze – debbono integrarsi fattivamente per garantire l’effettività non solo del diritto comunitario ma anche dei principi contenuti nella CEDU, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e dei principi generali dell’Unione europea<sup>57</sup>.

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

---

<sup>57</sup> Corte cost., n. 348 del 2007; n. 317 del 2009; n. 269 del 2017.

## 8. DIRITTO ROMANO, INTERPRETAZIONE E “RIFONDAZIONE” DELLA SCIENZA GIURIDICA

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

In particolare, l’osservazione e la comprensione delle singole problematiche giuridiche oggi non può sottrarsi innanzitutto al compito di considerare gli orizzonti complessivi della realtà giuridica caratterizzata del pluralismo dei valori e degli ordinamenti giuridici.

Come già dicevamo [§ 1], la lettura e comprensione anche in chiave storica del pluralismo che caratterizza oggi la vita del diritto può fornire al giurista ulteriori elementi di valutazione<sup>58</sup>, proprio nell’ambito di un sistema giuridico che necessita per la sua piena comprensione di approcci multidisciplinari e complessi.

D’altronde, lo studio e la consapevolezza storica degli strumenti giuridici fondamentali a disposizione dell’interprete possono meglio orientarlo, rendendolo più efficace nel suo sempre più importante e centrale ruolo di razionalizzazione e miglioramento del sistema giuridico.

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

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

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

Il problema, infatti, non è certo costituito dall’arricchimento del catalogo dei diritti, delle soluzioni giuridiche e dei mezzi di tutela, quanto piuttosto dalla ne-

---

<sup>58</sup> L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2004, 53 ss.; O. TROIANO-G. RIZZELLI-M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Atti del Convegno di Foggia, 20-21 giugno 2003, Milano, 2004, 3 ss.; F. LAMBERTI, *Giusromanistica e formazione del giurista europeo*, in O. TROIANO-G. RIZZELLI-M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history?*, cit., 74 ss.; sul tema cfr. anche M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico*, cit., 15 ss. e ulteriore bibliografia ivi citata.

cessità di procedere all'identificazione di nuovi "criteri di gestione" e di "composizione sistematica" della loro molteplicità<sup>59</sup>.

Il sistema giuridico in cui viviamo fa appello, più di prima, al profondo senso di responsabilità del giurista, in connessione all'esigenza di predisporre e articolare modelli teorici di comprensione di questa realtà, che si pongano anche come strumenti concreti di razionalizzazione di un sistema sempre in precario equilibrio tra opposte e conflittuali tendenze e spinte<sup>60</sup>.

D'altronde, la scienza giuridica ha giocato un ruolo decisivo nei momenti cruciali della storia giuridica europea, e forse anche oggi può rivestire un ruolo determinante. Basti pensare alla fondazione originaria<sup>61</sup>, che ha segnato l'inizio della stessa tradizione giuridica occidentale, e successivamente alla rinascita studi giuridici nell'XI secolo ad opera della Scuola di Bologna, e poi ancora alla pandettistica nel XIX secolo.

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

Non possiamo che concordare in proposito con l'autorevole giudizio di G. Zagrebelsky<sup>62</sup> nella misura in cui esplicitamente ravvisa «negli ordinamenti contemporanei, aspetti del diritto premoderno». Si legge infatti testualmente nel magistrale saggio sul "diritto mite" che «... contro ogni consapevolezza gli autori delle Costituzioni vigenti, hanno posto le condizioni di un rinnovamento del diritto nel segno della tradizione antica, mostrando ancora una volta che uno sviluppo lineare delle concezioni del diritto si rivela un'infondata ideologia».

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

---

<sup>59</sup> In proposito v. *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>60</sup> In tal senso M. MICELI, *Editoriale*, in *Nuove Autonomie, Riv. dir. pubbl.*, anno XV, nuova serie, 1, 2006, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice*, Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005, 5-7. Sul tema autorevolmente L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione*, cit., 53 ss.; ID., *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Nuove Autonomie, Riv. dir. pubbl.*, anno XV, nuova serie, 1, 2006, cit., 115 ss.

<sup>61</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto*, cit., 5 ss.

<sup>62</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 169.

Si tratta di una *ratio practica*, di un *sistema prudenziale*, a fronte di una *ratio speculativa*, che rende persuasivo e non semplicemente coerente il discorso giuridico, che mette in opera procedure leali trasparenti e responsabili che consentono il confronto tra principi in gioco, e che necessita della selezione di una classe giuridica capace di rappresentare principi e non solo nudi interessi o mere tecniche<sup>63</sup>.

D'altronde come ricorda Grossi<sup>64</sup> «... 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».

---

<sup>63</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 168-169.

<sup>64</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 45-46.

## CAPITOLO I

# NOZIONI FONDAMENTALI E PROPEDEUTICHE

### 9. UTILITÀ E CONVENZIONALITÀ DELLA PERIODIZZAZIONE NELLO STUDIO STORICO DEL DIRITTO

Nella nostra trattazione riteniamo utile adottare la **periodizzazione** storica solitamente ricorrente tra gli studiosi del diritto pubblico romano.

Si tratta di suddividere la storia del diritto romano in periodi di tempo differenti, ciascuno in relazione ai caratteri specifici che lo rendono individuabile rispetto agli altri.

Infatti, sebbene ogni periodizzazione corrisponda a un processo di semplificazione e schematizzazione, risulta tuttavia utile e funzionale alla trattazione storica in quanto consente di inquadrare i diversi fenomeni secondo schemi convenzionali e facilitare, pertanto, la collocazione dei singoli eventi.

Va considerato, tuttavia, che per il suo carattere convenzionale, tale suddivisione è inevitabilmente soggetta a opinioni diverse, e pertanto oggetto di dibattito, specie per ciò che riguarda gli eventi e le date che dividono le varie età, che discendono dalle differenti interpretazioni che vengono date al corso degli eventi o dalle diverse prospettive assunte.

Pertanto, pur con la coscienza della relatività di tutte le periodizzazioni prospettabili, abbiamo deciso di adottare quella solitamente utilizzata dagli studiosi del diritto pubblico romano che assume come principale riferimento **le diverse strutture costituzionali** che ne caratterizzarono la storia, allo scopo di individuare schematicamente le caratteristiche fondamentali che le contraddistinguono e differenziano rispetto a quelle immediatamente precedenti e successive.

In tal senso la storia romana – che copre un arco temporale di più di tredici secoli compreso tra la fondazione di Roma (754-753 a.C.) e la morte dell'Imperatore Giustiniano (565 d.C.) – viene solitamente distinta in quattro periodi:

- *Regnum* (dal 754-753 a.C. al 509 a.C.);
- *Libera res publica* (dal 509 a.C. al 27 a.C.);
- *Principato* (dal 27 a.C. al 284 d.C.);
- *Dominato* (dal 284 d.C. al 565 d.C.).

Si tratta come dicevamo di una periodizzazione di massima, legata all'affermarsi e al succedersi di sistemi costituzionali differenti, colti nei loro riferimenti temporali principali.

Ovviamente tali periodizzazioni saranno oggetto di chiarimento e successiva esplicitazione nel corso della trattazione, anche in riferimento agli elementi di problematicità che presentano.

Inoltre, la periodizzazione fondamentale qui identificata sarà soggetta ad ulteriori suddivisioni che tengono conto di ulteriori elementi di differenziazione degli eventi storici compresi all'interno dei quattro periodi ora delineati.

## 10. 'IUS' E "DIRITTO": IL PROBLEMA DELLA DEFINIZIONE

'*Ius*' e "diritto" [al pari dei corrispondenti segni neolatini "droit" (francese), "derecho" (spagnolo), "direito" (portoghese)] sono termini polisensì, caratterizzati da un'ampia gamma di significati.

Specificamente, il segno latino '*ius*' (e la sua forma più risalente '*iouis*') discende da una radice indo-europea (*yaus*, *yaos*), che denota, in senso proprio, una condizione di idoneità, conformità e stabilità sacrale; condizione del tutto coerente con gli originari valori magici e religiosi dei gruppi sociali precivici.

L'emersione e lo sviluppo della città-comunità sovrana [§ 35], la progressiva laicizzazione dell'esperienza giuridica e la successiva formazione dello stato-impero [§ 71] alimentarono un'ampia **polisemia del segno 'ius'**, le cui accezioni fondamentali possono essere così esemplificate:

a) **accezione spaziale**, comunemente adoperata per denotare la parte del foro (*tribunal*) in cui il magistrato giusdicente esercitava l'attività giurisdizionale [§ 51. B], come attestano, in particolare, le locuzioni '*in ius vocare*' (citazione del convenuto, da parte dell'attore, dinanzi al *tribunal*), '*confessio in iure*' (riconoscimento, da parte del convenuto, della pretesa dell'attore), '*ius iurandum in iure delatum*' (solenne giuramento, dianzi al *tribunal*, della fondatezza delle ragioni della controparte), etc.;

b) **accezione oggettiva**, denotante sia l'ordinamento giuridico nel suo complesso (*totum* o *universum ius Romanorum*; cfr. Cic., *de leg.*, 1.4.14), sia lo *ius publicum* e lo *ius privatum* e i rispettivi settori: *ius augurale*, *ius pontificium*, *ius fetiale*, *ius magistratum*, *ius senatorium* [§ 15]; *ius Quiritium*, *ius civile* [§ 93.B], *ius honorarium* [§§ 51.B], *ius gentium* [95.B], *ius naturale*, *ius novum* [§ 93.C];

c) **accezione potestativa**, denotante una rilevante gamma di poteri inerenti all'esercizio di cariche pubbliche: *ius agendi cum populo* e *cum patribus* (poteri di alcuni magistrati di convocare e presiedere le assemblee popolari e il senato), *ius intercessionis*, *ius edicendi*, *ius gladii*, etc. [§§ 50.E; 82.B];

d) accezione denotante **i fattori di produzione del diritto** (*viae iuris consti-*

*tuendi*) [§ 93]. È esattamente questo il senso dell'espressione '*constant iura populi Romani*' con cui Gaio introduce nel primo libro delle sue Istituzioni l'elenco dei singoli fattori: «*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*» [«I fattori di produzione del diritto del popolo romano sono costituiti da leggi, plebisciti, senatoconsulti, editti di coloro che hanno il potere di emanarli, responsi dei giuristi»];

e) **accezione soggettiva**, denotante, con specifico riguardo al diritto delle persone, tanto situazioni complesse di vantaggio e svantaggio, derivanti dalla successione di una persona nell'insieme dei rapporti giuridici di un'altra persona (*successio in universum ius*), quanto situazioni di esclusivo vantaggio, sia di diritto privato (*ius utendi fruendi* [diritto di usufrutto], *ius eundi agendi* [diritto di passaggio sul fondo altrui], etc.), che di diritto pubblico (*ius honorum* [elettorato passivo], *ius suffragii* [diritto di voto]), o di esclusivo svantaggio (*ius debiti* [soggezione del debitore al creditore], *ius non tollendi aedes* [servitù di non edificare]);

f) accezione denotante, nell'ambito dei rapporti internazionali, l'**obbligo di riparazione del torto subito** dal popolo romano ad opera di un altro popolo: obbligo appositamente contemplato nel formulario della *rerum repetitio* o *clarigatio* ('*ius persolvere*': richiesta di riparazione) che precedeva la dichiarazione di guerra (*bellum iustum*) ai sensi e per gli effetti del *ius fetiale* [§ 15.B.3].

Altrettanto polisensi sono i segni neolatini diritto, droit, derecho, direito, tutti discendenti dal latino medievale '*directum*' (participio perfetto del verbo *dirigere*), che sottende ed esprime il risultato dell'atto del *dirigere*, intendendo ed assumendo però quest'ultimo non già come comando arbitrario e incondizionato, bensì come attività di orientamento e coordinamento degli interessi e delle esigenze dei consociati; coordinamento finalizzato, in conformità al senso e al valore del radicale '*rectum*' (in contrapposto a "torto"), alla tendenziale realizzazione del bene comune e quindi al raccordo fra essere e dovere essere.

Prescindendo da una puntuale analisi delle diverse accezioni, dei profili semantici e dei correlati concetti dei menzionati segni neolatini, è sufficiente in questa sede sottolineare che l'idea della "giuridicità", sottesa agli odierni segni, corrisponde in larga misura a quella espressa dal termine latino '*ius*'. E non è certo un caso che dal segno *ius* discendano non soltanto il sostantivo "giure" (oggi in disuso), che denota il diritto inteso e assunto come '*genus*', in un'accezione ampia e onnicomprensiva, ma anche i sostantivi, giurisprudenza, giurisdizione, giurista, giudice, e gli aggettivi giusto, giuridico, giurisprudenziale.

Con particolare riguardo al significato onnicomprensivo del segno "diritto", unitariamente inteso, equivalente al sintagma "ordinamento giuridico", si è posto in dottrina **il difficile problema di definire cos'è diritto**.

Orbene, le molteplici e assai diverse definizioni che sono state formulate con l'intento di identificare l'essenza della giuridicità in chiave astratta e universale,

a prescindere dalla specificità dei sistemi giuridici del presente e del passato, non hanno fornito soluzioni esaustive, per il semplice fatto che il diritto non è una categoria logica, ma una realtà storico-sociale che, in quanto tale, muta notevolmente nel tempo e spazio.

La difficoltà di prospettare soluzioni esaustive cercando di predicare e identificare, in un'ottica ontologica, l'essenza costitutiva del diritto, a seconda dei diversi orientamenti, con l'idea di norma, comando, istituzione, fatto, etc., ha indotto una parte della dottrina a optare per definizioni di tipo stipulativo, contraddistinte tutte dall'attribuzione di un significato meramente convenzionale al segno diritto, e dalla correlata determinazione, altrettanto convenzionale, del suo contenuto e dei suoi profili distintivi. In tal senso, la più ampia ed elastica nozione di tipo stipulativo può essere ravvisata nella configurazione della fenomenologia giuridica in termini di **“esperienza giuridica”**; configurazione, questa, prospettata ed elaborata soprattutto dal filosofo del diritto Giuseppe Capograssi<sup>65</sup> e dal romanista Riccardo Orestano<sup>66</sup>, e che consente, in effetti, di contemplare e di vagliare, senza preconcette opzioni o esclusioni, non soltanto tutte le diverse manifestazioni, nel tempo e nello spazio, della concreta e multiforme realtà giuridica, ma anche gli orientamenti e le peculiarità del pensiero giuridico che l'osserva e la concettualizza.

È innegabile, tuttavia, che anche la locuzione esperienza giuridica è un'astrazione e, quindi, una semplice creazione del pensiero. La realtà storica non attesta, infatti, un'unica esperienza giuridica, bensì una pluralità di esperienze giuridiche. Ne consegue che l'identità e la valenza unitaria sottesa al segno diritto unitariamente inteso o al sintagma **“ordinamento giuridico”**, che rappresenta, invero, una semplice formula linguistica, entro la quale vengono travasati i più disparati contenuti e dietro la quale si nascondono le più diverse tendenze ideologiche, non possono essere desunte, in chiave unitaria e ontologica, dall'assetto interno (*essentia iuris*: norme, comandi, etc.) dei singoli complessi d'esperienza, appunto perché fra loro diversi, bensì, in chiave teleologica [dal greco *tèlos* = scopo, fine], dalla peculiarità del fine che concorre ad identificare le diverse manifestazioni della fenomenologia giuridica (produzione, interpretazione, applicazione) di tutti i possibili complessi d'esperienza, rispetto ad altre manifestazioni della socialità.

In questa prospettiva assume un rilievo fondamentale e universale la **celebre definizione del giurista romano Giuvenzio Celso figlio** (prima metà del II sec. d.C.), espressamente ricordata da Domizio Ulpiano (età dei Severi) in un brano del primo libro delle sue *Institutiones*; brano inserito dai Commissari giustiniani all'inizio del Titolo I, *De iustitia et iure*, del libro I dei *Digesta* [§ 76.C-D]:

---

<sup>65</sup> G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, 1932, ora in *Opere*, II, Milano, 1959, pp. 213-373.

<sup>66</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 353-384, 434-438, 469-476, con letteratura.

D.1.1.1 pr. (Ulp. 1 dig.): «*luri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris discendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*».

[«Chi si dedica al diritto deve conoscere anzitutto da dove trae origine la parola. Ebbene, il diritto è denominato così da giustizia; infatti, come ineccepibilmente definisce Celso, diritto è tecnica costitutiva del buono e dell'equo. Di questa tecnica costitutiva qualcuno potrebbe a ragione qualificarci sacerdoti: coltiviamo invero la giustizia, e pratichiamo l'idea del buono e dell'equo, separando ciò che è equo dall'iniquo, discernendo il lecito dall'illecito, aspirando a rendere gli esseri umani migliori non soltanto con la minaccia delle pene, ma anche con l'incentivo dei premi, professando, se non mi sbaglio, una filosofia vera, non falsa»].

L'esordio ulpiano, lungi dal prospettare una mera etimologia del segno *ius*, mira a enucleare e a identificare la giuridicità per mezzo dell'endiadi '*ius-iustitia*'. L'elemento che identifica diritto e giustizia (umana, s'intende, non trascendente), è il fine comune: la realizzazione nei rapporti associativi e intersoggettivi del buono e dell'equo. Non a caso Ulpiano menziona la definizione celsina, secondo cui **il diritto è 'ars boni et aequi'**.

Orbene, nel contesto della definizione di Celso, il sintagma '*bonum et aequum*' esprime "unitariamente" il valore identificativo e, al tempo stesso, fondante, di tutta la fenomenologia giuridica, assunta e intesa in chiave universale. Si tratta di un valore che possiamo rendere con il segno "equilibrio" e che si articola, al suo interno, in due direzioni inscindibilmente connesse: a) il raccordo equilibrato fra l'interesse generale (*utilitas communis omnium*) e l'interesse dei singoli (*bonum*, nel senso di bene comune); b) il raccordo equilibrato fra i contrapposti interessi dei *cives*, sia nei rapporti di diritto privato che in quelli di diritto pubblico (*aequum*).

Entrambi i raccordi coinvolgono il rapporto fra due fondamentali e complementari valori della vita del diritto, apparentemente inconciliabili: certezza e concretezza dell'ordinamento giuridico; il primo scaturisce dall'aspirazione della collettività alla massima oggettività possibile dell'ordinamento giuridico; il secondo trova la sua ragion d'essere nella diffusa aspirazione alla massima flessibilità possibile dell'ordinamento.

Il difficile, ma indispensabile, raccordo fra le due aspirazioni costituisce la strada maestra per tentare di realizzare, caso per caso, la giustizia sostanziale e non soltanto quella formale. In altri termini, *bonum et aequum* costituiscono criteri etico-operativi attraverso i quali i giuristi cercano di praticare, nell'ambito del diritto vigente, la virtù umana della giustizia. Come osservava acutamente Cicerone (*De legibus*, 1.15.42), la vera giustizia non può essere fondata sull'ottemperanza e sulla meccanica applicazione degli enunciati normativi dei diversi ordinamenti. Sarebbe, infatti, stolto considerare giusti tutti i precetti inseriti nel-

le leggi dei popoli, compresi quelli emanati dai tiranni. Se si potessero costituire diritti esclusivamente in forza di deliberazioni popolari, decreti senatori, sentenze giudiziali, potrebbe essere considerato giusto il darsi al brigantaggio, il commettere adulterio, il falsificare testamenti, qualora simili condotte fossero approvate con deliberazioni delle assemblee legislative (*De leg.*, 1.16.42-43).

È precipuo compito del giurista, sacerdote del diritto, far progredire, giorno dopo giorno, il diritto, conferendogli certezza sostanziale e adeguandolo all'idea di giustizia, essenza e meta del '*producere in melius*', come afferma efficacemente il giurista Sesto Pomponio (seconda metà del II sec. d.C.) nella terza parte del suo *Enchiridion* [§ 23.F]:

D.1.2.2.13 (Pomp., *l.s. ench.*): «constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci».

[«non può sussistere e acquisire certezza il diritto qualora manchi un giurista per mezzo del quale esso possa progredire giorno dopo giorno»].

Nell'esperienza giuridica romana dell'età preclassica e classica, contraddistinta da un sistema giuridico di tipo casistico-giurisprudenziale [§ 93.A-C], e, in particolare, nell'ambito del diritto privato, le due aspirazioni (certezza e flessibilità) trovarono il loro funzionale raccordo, nel periodo compreso fra gli ultimi due secoli della *libera res publica* e il primo principato (27 a.C.-117 d.C.), nella cooperazione giudiziaria fra pretore, giurista e giudice, e, nel periodo compreso fra il principato di Adriano e quello dei Severi (117-235 d.C.), nella collaborazione istituzionale fra principi e giuristi del *consilium* [§§ 104 e 108].

Nel raccordo fra certezza e flessibilità, volto al fine di migliorare il diritto alla stregua dei parametri del *bonum et aequum* consiste, in definitiva, il vero sacerdozio del diritto: sacerdozio che non può e non deve essere identificato con la pura e semplice conoscenza di un complesso di enunciati normativi (identificazione che può, al più, assicurare la legalità e la certezza formale), bensì con l'adeguazione degli enunciati normativi, anche nell'ambito del vigente ordinamento, non soltanto ai principi costituzionali e alle disposizioni comunitarie, ma anche ai valori della giustizia sostanziale, ai quali i giuristi – assumendo il termine giuristi come segno unificante dei giuristi accademici, degli avvocati, dei notai – devono costantemente ispirarsi in sede d'interpretazione e di applicazione del diritto, superando il limite, ormai datato, dell'art. 12 c.c.

Sotto questo profilo appaiono improntate all'obiettivo di '*producere in melius*' il diritto vigente alcune apprezzabili sentenze della nostra Corte di Cassazione volte a colmare incertezze o incongruenze del tessuto legislativo. Basti pensare, a titolo di esempio, a un gruppo di notissime sentenze in tema di responsabilità civile (artt. 2043 e 2049 c.c., su cui cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972).

## 11. 'IUS' E "DIRITTO": TIPOLOGIE DIACRONICHE E SINCRONICHE

Tenuto conto della sostanziale storicità del diritto [§ 1], della polisemia dei segni *ius* e diritto, della pluralità dei complessi di esperienza giuridica [§ 10], si può facilmente dedurre che la "giuridicità" si estrinseca e si articola concretamente in una pluralità di tipologie, sotto il duplice profilo, spaziale (tipologie sincroniche) e temporale (tipologie diacroniche), tanto nell'ambito delle strutture organizzative, quanto in quello dei diversi istituti, sostanziali e processuali, del diritto privato.

Per quanto attiene, in particolare, alle strutture organizzative di Roma antica assume notevole rilievo il punto di vista di **Catone il censore** [§§ 20 e 23.A], formulato forse nell'opera storica '*Origines*', dedicata alla storia di Roma e alle origini delle città italiche, secondo cui il sistema costituzionale della *civitas Romana* si distingueva da quelli di altre *civitates* (Creta, Sparta, Atene) perché non si era formato ad opera di singole personalità politiche (Minosse a Creta, Licurgo a Sparta, Teseo, Dracone, Solone, Clistene ad Atene, con il conseguente continuo cambiamento della costituzione), ma in chiave fattuale e dinamica, nel corso di parecchi secoli e generazioni.

Sulla scia di Catone, **Cicerone** (I sec. a.C.), si prefisse, nel suo trattato *De re publica* [§ 23.D.3], l'obiettivo di delineare il progressivo sviluppo della costituzione romana dalle origini al definitivo assetto del suo tempo (*de re publ.*, 2.13), etichettando il modello costituzionale di Roma con il sintagma '*quartum genus rei publicae*' [§ 27].

Ancora più esplicito è il disegno perseguito dallo storico greco **Polibio** (II secolo a.C.) nel sesto libro delle sue Storie, nel quale, interrompendo la narrazione annalistica, ravvisa le cause che consentirono ai Romani, in poco più di un cinquantennio (dal 220, anno d'inizio della seconda guerra punica, al 168 a.C., anno della battaglia di Pidna, in Macedonia) di realizzare un vastissimo impero, nella solidità della loro costituzione (*Storie*, 6.2). L'intero libro costituisce un vero e proprio trattato storico-comparativo di diritto costituzionale. Polibio, infatti, dopo avere sommariamente esposto gli aspetti salienti dell'evoluzione ciclica dei regimi politico-costituzionali, dalle forme fisiologiche (monarchia, aristocrazia, democrazia) alle forme degenerative (tirannide, oligarchia, oclocrazia) [§ 30], richiama l'attenzione su due tipi di costituzione mista: quella di Sparta, realizzata da Licurgo (intorno al IX sec. a.C.; in proposito Plutarco, *Vita Licur.*, in 36 capitoli), il quale cercò di assemblare gli elementi fondamentali dei sistemi politici migliori (*Storie*, 6.10); e quella di Roma, definitivamente consolidatasi dopo la fine della seconda guerra punica (battaglia di Zama del 202 a.C.), attraverso molte vicissitudini e lotte, e caratterizzata da un sistema di pesi e contrappesi che induceva gli organi costituzionali (magistrature, tribuni della plebe, senato, assemblee popolari) e le parti politiche (ottimati e popolari) a collaborare

fra loro (*Storie*, 6.11-42). Subito dopo, Polibio procede ad una accurata analisi delle differenze intercorrenti fra l'ottima costituzione dei Romani e le costituzioni, assai meno solide, degli Spartani, dei Cretesi, dei Tebani e dei Cartaginesi (*Storie*, 6.43-56).

L'impianto storico costituisce, infine, l'aspetto saliente dell'*Enchiridion* (Manuale) di **Pomponio**, che rappresenta l'archetipo degli attuali manuali di Storia del diritto romano. Pomponio vi esponeva, infatti, la storia dell'ordinamento giuridico di Roma, articolandola in tre parti: a) origini e fattori di produzione del diritto; b) sviluppo storico del sistema costituzionale, dal *Regnum* al Principato; c) storia della giurisprudenza, dalle origini a Salvio Giuliano (età degli Antonini) [§ 23.F].

Per quanto attiene al diritto privato, assumono un particolare rilievo le **Istituzioni di Gaio** (contemporaneo di Pomponio); si tratta di un'opera didattica, che rappresenta l'archetipo dei moderni manuali di Istituzioni di diritto privato romano. L'agile volumetto si caratterizza anche per l'impostazione e l'articolazione del discorso in chiave storico-comparativa, come attestano le frequenti notazioni sia di tipo diacronico [*olim* (un tempo) – *hodie* (oggi)], che di tipo sincronico, con particolare riguardo alle relazioni fra diritto civile e diritto delle genti, da un lato, e alle differenze fra diritto romano e diritti di altri popoli, dall'altro. È emblematico, in tal senso, il discorso svolto da Gaio (II sec. d.C.) trattando della potestà del padre di famiglia romano sui figli procreati in costanza di matrimonio legittimo:

Gai, *Inst.*, 1.55: «*Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus ... nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse*».

[«Tale potestà è propria dei cittadini Romani; infatti, quasi nessun altro, appartenente a popoli diversi, ha sui propri figli una potestà analoga alla nostra ... non mi sfugge che le genti Galate ritengono che i figli siano in potestà dei genitori»].

Analoghe riflessioni storico-comparative Gaio svolge in tema di tutela degli impuberi:

Gai, *Inst.*, 1.189: «*Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare; quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere*».

[«Ma il fatto che gli impuberi siano sottoposti a tutela si riscontra nel diritto di ogni città, poiché risulta conforme alla ragione naturale che colui che non ha raggiunto l'età adulta sia sottoposto alla tutela di un altro. E anche se, come abbiamo detto sopra, i soli cittadini Romani risultano avere i figli in potestà, non esiste quasi alcuna città nella quale non sia lecito ai genitori nominare per testamento un tutore ai figli impuberi»].

Nella moderna dottrina, le tipologie diacroniche e sincroniche sono state enucleate e sistematizzate in base ad una gamma di criteri assai vasta e spesso di discutibile valenza teorica e pratica. Prescindendo da criteri strettamente legati all'esperienza moderna e contemporanea, come quello della produzione e della distribuzione dei beni, posto a fondamento della distinzione fra sistemi giuridici di tipo capitalistico e di tipo socialista, o quello dell'area geografica, per distinguere i sistemi europei da quelli extraeuropei, è sufficiente in questa sede richiamare l'attenzione su tre distinzioni tipologiche che assumono un particolare rilievo con specifico riguardo all'esperienza giuridica dell'antica Roma: a) la distinzione fra sistemi più o meno permeati di valori magici e/o religiosi e sistemi non condizionati da prescrizioni religiose; b) la distinzione fra sistemi casistico-giurisprudenziali e sistemi legislativo-statali; c) la distinzione fra sistemi chiusi, ascrivibili allo schema dell'*ordo ordinatus* e sistemi aperti, ascrivibili allo schema dell'*ordo ordinans*.

A) La prima distinzione è rilevante per tutti gli oltre 13 secoli dell'esperienza giuridica romana, in considerazione del fatto che il **binomio diritto-religione** è una costante di tutti i periodi e dei correlati sistemi di cui consta la storia giuridica di Roma, pur manifestandosi con modalità assai diverse nel corso della sua storia ultramillenaria.

Nella fase arcaica (dalla fondazione di Roma, nel 754 a.C., alla metà del III sec. a.C.), tenuto conto della profonda religiosità del popolo romano, la giuridicità si estrinseca in due sfere concentriche, a forte valenza religiosa: a) il *fas*, che denota la liceità entro i limiti assegnati dal volere divino alla comunità romana e che si concreta nei *sacra publica* [§§ 12 e 13.A]; b) lo *ius*, che denota la liceità individuata dagli uomini, entro l'ambito del *fas*, per la gestione degli interessi collettivi e intersoggettivi.

La pubblicazione delle XII Tavole (450 a.C.) [§ 39] e la lenta, ma progressiva surrogazione dell'interpretazione di giuristi non appartenenti ai collegi sacerdotali (cosiddetti giuristi laici) a quella dei titolari di cariche sacerdotali (pontefici, auguri, feziali), non compromise affatto la forte incidenza delle prescrizioni religiose sulla *gestio rei publicae*. Depongono in tal senso due fondamentali circostanze: a) il fatto che i collegi sacerdotali (e, segnatamente, quelli dei pontefici, degli auguri e dei feziali) costituivano, al pari dei magistrati, del senato e delle assemblee popolari, organi costituzionali, giacché le loro competenze, lungi dall'essere circoscritte al solo culto, si estendevano anche alla *gestio rei publicae* [§ 15.B]; b) il fatto che le stesse competenze delle magistrature e delle assemblee popolari erano rigidamente condizionate da una serie di prescrizioni religiose in tema di *dies comitiales* (giorni destinati alla convocazione e allo svolgimento delle assemblee deliberative: 191 giorni nell'anno); *dies fasti* (giorni destinati all'amministrazione della giustizia); *dies nefasti* (giorni destinati alle ceri-

monie religiose); *obnuntiatio* (annuncio di *auspicia oblativa*) [§ 15.B.2], vizi auspicali, etc.

Si tratta, in particolare, di un complesso di regole religiose [*iura religionum* (Cic., *pro Sest.*, 26.56)] che furono in parte recepite e formalizzate, nel 158 a.C., nella *lex Aelia et Fufia de iure et de tempore legum rogandarum*, con specifico riguardo alla materia auspicale e alla *obnuntiatio* (veto religioso).

Queste regole, nel corso della lunga crisi della *libera res publica*, furono spesso utilizzate e strumentalizzate allo scopo di impedire o annullare proposte o deliberazioni legislative sgradite al ceto dirigente.

Una rilevante svolta storica può essere additata nella *lex Clodia de iure et tempore legum rogandarum* (58 a.C.), in forza della quale l'attività comiziale fu liberata da tutti i vincoli di natura auspicale [§§ 15.B.2; 59.C], sulla base di tre direttive, concernenti rispettivamente: a) la possibilità di convocare i comizi in tutti i giorni fasti; b) l'abrogazione esplicita della *obnuntiatio*; c) il divieto imposto ai magistrati di '*servare de coelo*' (speculare i segni del cielo) durante i *dies comitiales*, con la conseguente soppressione delle loro originarie competenze auspicali.

Furono così gettate le basi di una legislazione non più condizionata, sotto il profilo procedurale, da prescrizioni religiose.

L'editto di Tessalonica (380 d.C.), che fonda l'impero romano cristiano, trasformato in una istituzione politica confessionale, produsse due rilevanti effetti: a) la formalizzazione del principio politico-costituzionale dell'origine divina del potere imperiale [§§ 17 e 74]; b) la recezione, da un lato, dei principi cristiani nella legislazione imperiale; e, dall'altro, l'inizio e lo sviluppo della parallela e contestuale ingerenza della stessa legislazione imperiale in materia teologica-ecclesiastica: legislazione che si sviluppa e si consolida fra Costantino e Giustiano [§ 17].

B) La seconda distinzione, incentrata sul **binomio sistemi "casistico-giurisprudenziali" e "sistemi legislativo-statali"**, costituisce lo spartiacque fra l'esperienza giuridica romana, dalle origini all'età classica, e quella dell'età post-classica, che rappresenta la matrice storica della moderna esperienza giuridica dell'Europa continentale e dei sistemi da essa derivati [§ 77].

C) La terza distinzione fra **sistemi chiusi e sistemi aperti** è incentrata sulla struttura dei diversi sistemi giuridici. È del tutto evidente, però, che ogni "sistema" implica per sua natura un minimo di staticità; ma è, al tempo stesso, altrettanto evidente e incontestabile che il momento statico si atteggia in maniera diversa a seconda delle singole esperienze storiche. Specificamente, il momento statico può scaturire o da elementi precostituiti (norme di organizzazione), che trascendono i poteri e le azioni da questi regolati, o può essere strettamente e inscindibilmente connaturato alla concreta dialettica dei poteri e delle azioni,

nel senso che si genera da questi ultimi e dalle formazioni sociali (*necessitudines*) che ne derivano.

Il primo modello è ascrivibile allo schema tipologico dell'*ordo ordinatus*; il secondo a quello dell'*ordo ordinans*.

Il segno latino '*ordo*', al pari del segno italiano "ordine", significa, in questa prospettiva, correlazione, armonia, proporzione, tanto in senso statico (*ordo ordinatus*) che in senso dinamico (*ordo ordinans*).

L'ordine giuridico può essere infatti costituito o da precostituite regole formali o da una qualunque forma di correlazione intersoggettiva, che può consistere o in una convergenza di scopi e di azioni, individuali o di gruppo (*concordia ordinum*: [§ 55]) o da una connessione fra comandi e obbedienze (rapporti di poteri), al di fuori di precostituite norme di organizzazione. Ne consegue che la nozione di ordine giuridico non può essere formulata in termini astratti, fuori della concreta realtà storica, fuori della vita, fuori dell'esperienza, ma esclusivamente in stretta relazione con la specifica esperienza di un determinato assetto storico.

L'esperienza giuridica dell'antica Roma è ascrivibile, per la gran parte della sua storia (dalla fondazione al principato), allo schema dell'*ordo ordinans*, schema coerente peraltro anche con la stessa natura pragmatica e non "rivelata" della religione romana [§ 14], che comportava la necessità di accertare, caso per caso, l'assenso o il dissenso degli dei per mezzo di segni rivelatori del loro volere [§§ 14 e 15.B.2].

L'esperienza giuridica dell'età del Dominato è da ascrivere, invece, allo schema dell'*ordo ordinatus*, nel cui ambito, in conseguenza e per effetto delle politiche legislative di Teodosio II e di Giustiniano, la giuridicità, previa rimozione della tradizionale struttura pluralistica degli *iura* [§ 112], è costituita da un sistema organico e codificato di norme legislative (costituzioni imperiali), gerarchicamente ordinate [§ 113], integrate dalla selezione e dalla stabilizzazione delle opere giurisprudenziali in corpi normativi (legge delle citazioni [§§ 112 e 118.D]), recepita nel codice teodosiano; *Digesta* e *Institutiones* nell'ambito della compilazione giustiniana), con il conseguente conferimento agli originari brani giurisprudenziali della stessa efficacia delle costituzioni imperiali e con la correlata configurazione dell'*ordo iuris* come un sistema normativo unitario, che procede e culmina dalla e nella *maiestas* dell'imperatore, unica fonte dell'ordinamento giuridico.

Alla precedente certezza giurisprudenziale, di cui parlava Pomponio nel suo *Enchiridion* (D.1.2.2.13: il diritto non può acquisire certezza senza l'interpretazione del giurista), subentra così la certezza legale del sistema codificato, di cui è esclusivo autore e interprete l'imperatore [§ 93.D].