

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

Direttore Luigi Labruna

Sotto gli auspici
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino

Organo del « Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano ».
Presidente Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, Sandro Schipani.

Scritti di:

Mario Amelotti	Carla Masi Doria
Francisco Javier Andrés Santos	Aldo Mazzacane
Raffaele Basile	Felice Mercogliano
Alberto Burdese	Antonino Metro
Pio Caroni	Carlo Nitsch
Francesco Paolo Casavola	Maria Lucia Peluso
Cosimo Cascione	Ludovica Piro
Alfonso Castro Sáenz	Natale Rampazzo
Pierangelo Catalano	Francesca Reduzzi Merola
Maria Floriana Cursi	Carlos Sánchez-Moreno Ellart
Ella Hermon	Margherita Scognamiglio
Johannes Irmischer	Gian Mattia Signorini
Luigi Labruna	Laura Solidoro Maruotti
Giorgio Luraschi	Tullio Spagnuolo Vigorita
	Fabiana Tuccillo

In redazione:

Francesco Salerno, Francesca Reduzzi Merola, Carla Masi Doria;
Felice Mercogliano, Cosimo Cascione, Cristina Vano
coadiuvati da Valeria Carro, Maria Lucia Peluso, Paola Santini
Segretaria: Daniela Piccione.

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

29
2001

JOVENE EDITORE NAPOLI

1. Negli ultimi tempi, mentre forse in Germania l'interesse per la questione si va attenuando, anche in Italia ha suscitato interventi ed iniziative¹ un dibattito principalmente (e tipicamente) tedesco, che in Germania ha avuto le origini più lontane ed i più recenti e vivaci sviluppi. Mi riferisco alla proposta avanzata all'inizio degli anni '90, e definita comunemente «neopandettistica» dai suoi critici, di sciogliere la storia del diritto in una dogmatica storica del diritto romano, in vista delle esigenze attuali della pratica e della auspicata unificazione del diritto privato europeo². Comunque la si voglia giudicare, la definizione coglie il dato obiettivo che tale proposta contiene: ossia le assonanze e gli espliciti riferimenti alla relazione istituita dalla pandettistica tra diritto romano-comune e costruzione del diritto vigente.

Il rapporto tra pandettistica e *ius commune* può essere affrontato da numerose angolature, non foss'altro perché le rappresentazioni del diritto comune di cui disponiamo dipendono in larga misura, consapevolmente o inconsapevolmente, dal quadro che ne ha tracciato la scienza giuridica tedesca del secolo scorso, in particolare la corrente di studi romanistici che va da Savigny a Windscheid e che si usa chiamare appunto pandettistica. Sarebbe perciò di sicuro interesse analizzare la composizione di quel quadro, esaminare le linee e le coloriture che lo caratterizzavano e porre in luce le connessioni esplicite e implicite che legavano la raffigurazione storica ai problemi del diritto in vigore ed al modo peculiare con cui la pandettistica intendeva risolverli.

La questione ci porterebbe però su di un piano strettamente storiografico, ci condurrebbe a discutere ancora una volta della natura (tuttora controversa) dell'«ordine giuridico medievale» e delle ricostruzioni che ne sono state offerte³. E sebbene esista un nesso indubbio di continuità tra il diritto comune dell'età intermedia e la scienza romanistica edificata nel secolo scorso, il profilo storico va tenuto distinto da quello strettamente applicativo.

Perciò non tocco il primo aspetto, ma mi limiterò a riassumere alcune tesi in relazione al secondo, anche se la loro formulazione sintetica rischierà di privare le mie affermazioni delle necessarie sfumature ed articolazioni. Non cercherò di ridisegnare l'immagine che del diritto comune emerge dagli scritti dei pandettisti, né mi soffermerò sui motivi che ne ispirarono la costruzione, perché voglio pormi invece un'altra e più diretta domanda: è possibile considerare la pandettistica — vale a dire quel complesso di dottrine scientifiche di «diritto romano attuale», concepito originariamente come alternativo rispetto alle soluzioni codicistiche — quale parte integrante, già oggi e domani, di un diritto vigente?

Il quesito è stato sollevato a proposito del grande tema dell'unificazione del diritto privato europeo. Può essa procedere per via esclusivamente giudiziale? o deve puntare alla redazione di un codice? E in tal caso: a quali fonti dovrà attingere ed in che modo? quale parte può avervi la scienza giuridica?

2. Gli interrogativi sommariamente elencati sono al centro di un numero impressionante di contributi sia di studiosi del diritto, sia di magistrati, avvocati e funzionari. Sin dalla fondazione delle istituzioni comunitarie essi hanno costituito una delle preoccupazioni non certo minori di organismi politici e amministrativi e sono nate strutture apposite per affrontarli e risolverli. L'unificazione del diritto privato rientra fra gli obiettivi che l'Unione Europea si è assegnata per un futuro più o meno lontano; per quello prossimo essa si prefigge almeno una «armonizzazione» dei differenti regimi giuridici.

Una prima risoluzione del parlamento europeo del 26 maggio 1989 sulla codificazione del diritto privato della Comunità ed una seconda del 6 maggio 1994 che l'ha ribadita e precisata⁴, seguite da linee di indirizzo con un ampio elenco delle materie da affrontare, hanno dato un forte impulso, per l'autorevolezza anche politica dell'organo che le ha adottate, a una serie di elaborazioni e proposte di grande rilievo. La Commissione Lando (dal nome del suo presidente), insediata nel 1989 e poi prorogata nel 1994, ha fornito via via i risultati del proprio lavoro⁵, dedicato alla materia delle obbligazioni e successivamente in particolare ai contratti commerciali. Parallelamente l'Unidroit, la struttura scientifica comunitaria istituzionalmente preposta all'unificazione del diritto privato europeo, ha pubblicato anch'essa fin dal 1994 dei *Principi* relativi ai contratti del commercio internazionale⁶.

Soltanto di sfuggita aggiungo che la circolazione stessa di questi materiali ha incontrato notevoli difficoltà di ordine linguistico e terminologico: tutti sanno quali enormi problemi produca la necessità di tradurre nelle lingue dei vari paesi i documenti giuridici dell'Unione a causa delle profonde differenze dei rispettivi linguaggi tecnici e dei concetti cui i termini rimandano, tali da rendere i palazzi di Bruxelles un'autentica babele di versioni e retroversioni e di controversie interpretative riguardanti già solo la lettera dei testi⁷.

Le indagini preparatorie, ricognitive o propositive, non sono dunque mancate, accanto a importanti trattati e convenzioni internazionali, all'attività amministrativa e d'indirizzo, ai protocolli per l'interpretazione e alle pronunce delle corti chiamate a dirimere complicate questioni in cui i diritti nazionali si sovrappongono o confliggono fra loro. L'obiettivo di una codificazione, che è alla base della Commissione Lando, ha incontrato obiezioni e consensi, anche se non è chiaro, e tantomeno indiscusso, quale forma essa dovrà poi assumere⁸.

I dibattiti fra gli studiosi non si sono limitati a singole questioni tecniche, né a vaghi confronti di «politica del diritto». Al contrario, si sono addentrati in profondità nell'indagine sulla natura dei diversi ordinamen-

ti dei paesi europei, sui loro distinti caratteri e sugli elementi comuni. Terreno d'elezione per i comparatisti, hanno coinvolto anche gli storici del diritto, che spesso affrontano argomenti contigui. Agli organi tradizionali della discussione scientifica su tali materie si sono aggiunte di recente nuove riviste specializzate⁹ aperte al loro contributo. Dal 1993 compare in Germania la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, fondata e diretta da storici e comparatisti. Infatti specie fra i romanisti tedeschi, ma in certa misura oggi anche italiani¹⁰, la prospettata unificazione del diritto e delle istituzioni europee, non ultime quelle universitarie, ha reso acuta la percezione che non fosse più rinviabile ridefinire il proprio ruolo fra i giuristi e riaffermare la presenza del diritto romano nei *curricula* delle facoltà, messa in forse da pesanti attacchi e da punitive riforme e rimasta consistente (ma non incolume) ormai solo in Italia.

L'esigenza dalla quale sono mossi i romanisti è pienamente condivisibile. Occorre sottrarre la costruzione del diritto europeo alla guida spesso discutibile delle direttive di Bruxelles. Occorre introdurre nell'intero processo una consapevolezza elevata della radicale storicità delle istituzioni, dei diritti, degli ordinamenti giuridici, e una strumentazione teorica adeguata all'analisi della loro complessità. Non è pensabile che si possa orientare in modo soddisfacente un compito di tale portata, quale l'unificazione del diritto europeo, con una visione prevalentemente amministrativa, o meramente praticistica, o peggio ancora informata ai miti ideologici della «libertà» del mercato. Una libertà assai poco autonoma, se ha bisogno d'essere imposta dal gigantismo pervasivo e crescente dell'«eurocrazia»: dieci anni fa, nel 1990, direttive e regolamenti comunitari nelle materie economiche superavano già la ragguardevole cifra di ventimila¹¹. Vi è indubbiamente bisogno di arginare lo strapotere dei tecnocrati e d'inserire nei dibattiti e nelle progettazioni le categorie proprie dell'indagine storica: la continuità e il mutamento, il carattere «localmente determinato» delle culture, le interferenze tra la lunga durata e la transitorietà degli avvenimenti.

Tuttavia le argomentazioni finora addotte dagli storici del diritto a sostegno di un ritorno alla dogmatica romanistica in funzione dell'integrazione del diritto europeo¹² francamente non mi sembrano risolutive. Il riferimento all'unità giuridica precodificistica, comprensiva del continente e dell'Inghilterra, si fonda su alcune evidenze e su alcune forzature storiografiche. L'evidenza è l'uniformità medievale (ma già problematica nell'età moderna) dell'istruzione universitaria¹³. La forzatura è la tesi della «continuità» del diritto romano nel corso dei tempi, che privilegia nell'esperienza giuridica il momento dell'elaborazione scientifica e in particolare di una sua forma tipica. La questione non è affatto così pacifica. La tradizione romanistica non sembra aver sempre rappresentato, nella storia medievale e moderna, né sul piano della effettività, né su quello delle possibilità perseguite o realizzate, la riduzione ad un unico *sistema* dei diritti territoriali, cetuali o particolari. Anche come «scienza» il suo ininterrotto dominio è verosimilmente sovrastimato: basti pensare al diritto canonico, al diritto feudale, dell'economia e dei commerci, al diritto

patrio. Tutti campi per i quali sarebbe difficile dimostrare una relazione semplicemente di «specialità» rispetto al diritto privato romano. Fratture e discontinuità profonde e prolungate hanno segnato la sua vicenda in aree vastissime e spesso cruciali della cultura e delle regioni europee. Si deve alla scuola storica e alla pandettistica da essa derivata la sutura della scienza giuridica ottocentesca con la tradizione del diritto romano, operata mediante il ponte concettuale della «recezione». Il tema è scarsamente indagato, ma sondaggi recenti mostrano quanto lenta, faticosa e tardiva, spesso solo parziale, sia stata la «romanizzazione» degli ordinamenti privatistici nella maggior parte dei paesi europei nel corso del secolo XIX¹⁴.

Tuttavia non è questo il punto che dobbiamo considerare. E dovremo accantonare anche un altro aspetto, che pure mi sta molto a cuore. Se la storia del diritto è una forma della conoscenza storica, in tale direzione essa deve cercare il suo fondamento ed il suo statuto. Ebbene: nessuna epistemologia moderna, dal positivismo storiografico al postmodernismo, contempla il trasferimento nel presente di contenuti prescrittivi appartenenti al passato, comunque restaurati o ricostruiti, e tanto meno la proiezione di schemi attuali sui concetti storici¹⁵. Pensare diversamente offre il fianco a obiezioni teoriche insormontabili e conduce a frettolose semplificazioni, a ignorare i sistemi di rappresentazione, di disciplinamento e di normazione che sono sottesi di volta in volta a una struttura giuridica e della quale essa fa parte, e dunque conduce inesorabilmente a fraintendimenti e deformazioni interpretative.

Per il discorso giuridico le cose stanno in maniera diversa (di qui la continua, insolubile tensione che angustia gli storici del diritto). Ed è su questo che dobbiamo portare la nostra attenzione.

Se per i giuristi è possibile — anzi, in pratica è il loro stesso mestiere — adattare norme preesistenti al mutare delle circostanze, produrne continuamente una torsione di senso, le domande circa l'attuale utilizzabilità del diritto romano si presentano con maggiore legittimità. Val la pena riprendere una loro recente formulazione saggiamente pragmatica¹⁶: di quale natura può essere il suo contributo? da chi può essere accettato?

3. Riguardo alla prima domanda, le risposte hanno spesso rinverdito opinioni antiche. Rispetto alla seconda, rivelano indubbie difficoltà.

Si è innanzitutto ribadito l'argomento consueto circa l'efficacia formativa degli studi di diritto romano, per l'eccezionale ricchezza del suo corpus normativo, per la razionalità delle sue soluzioni e per l'elemento aggiuntivo, di carattere culturale, che conferisce all'istruzione giuridica. Non si può negare la fondatezza di simili affermazioni, ma certo esse si accompagnano alla convinzione, esplicita o implicita, che il diritto romano costituisca un modello assoluto e che esprima valori perenni della civiltà occidentale, predicabili in ogni tempo. Senza questo presupposto, verrebbe a cadere la tesi della sua impareggiabile funzione educativa e non si vedrebbe perché, a fil di logica, il medesimo risultato non potrebbe

be egualmente raggiungersi con un tirocinio appropriato su fonti differenti.

Del resto non sono mancate chiare enunciazioni del convincimento indicato, con un richiamo diretto a Koschaker e a Wieacker e alla corrente di studi che ha origine in Savigny e che nei suoi scritti trova l'apparato concettuale più incisivo e durevole. Reinhard Zimmermann, per esempio, ne ha riproposto più volte¹⁷ il programma di unificazione giuridica affidato a una scienza capace di riappropriarsi del materiale ereditato — il diritto romano-comune — di ringiovanirlo e di valorizzarne la fertilità. «La nostra situazione nell'Europa attuale — ha sostenuto l'autore — è paragonabile sotto vari punti di vista a quella della Germania di primo ottocento, giacché anche noi viviamo in un'epoca di transizione». Si tratterebbe dunque di operare una trasposizione di quel progetto di superamento nella dimensione nazionale di un anacronistico particolarismo, in un progetto di superamento nella dimensione europea di un nazionalismo giuridico altrettanto anacronistico. Rendere il diritto nuovamente europeo non potrebbe avvenire che sulla base della sua formazione storica, affiancando la considerazione «genetica» delle norme al raffronto «funzionale» praticato dai comparatisti. Una siffatta analisi riconduce infatti alle «fonti inesauribili» del diritto romano, a quella «stanza del tesoro» della quale siamo gli eredi, «per potercene continuamente appropriare, conservandola e sviluppandola organicamente» (Zimmermann, echeggiando Savigny alla lettera). Sulla scorta del diritto romano, che ha costituito per secoli il «legame intellettuale» dell'Europa mediante la scienza, è maturata una visione del diritto non come un insieme occasionale di singoli casi e regole, bensì come un «sistema razionale», un «tutto logicamente consistente» retto da principi generali. In ciò risiede quanto vi è di più proprio nella civiltà europea, per cui il compito che oggi si impone, anziché tentare la strada difficilmente percorribile della codificazione, è perseguire ancora lo stesso «ideale». Nonostante i codici, «la tradizione giuridica europea continua a svilupparsi. E si sviluppa, come un tempo, in un quadro concettuale, sistematico e dogmatico sorto ben prima di essi».

Tornerò più avanti sulla questione cruciale del *sistema*, che rimane il cardine delle prospettazioni neopandettistiche. Val la pena intanto di rilevare l'ipoteca ideologica che condiziona il discorso. Il suo evidente eurocentrismo lascia sorgere più di un dubbio in chi sia disposto ad ammettere che la «crisi» degli ordinamenti giuridici nazionali scaturisca non solo e non tanto dagli incontri-scontri intereuropei, bensì da mutamenti d'ordine planetario che disarticolano i tradizionali sistemi produttivi e culturali europei. L'ampliamento di scala, inimmaginabile fino a poco tempo fa, della produzione di beni e servizi, delle comunicazioni, del commercio e della finanza, vanifica ogni pretesa di centralità dell'Europa, identificata con una tradizione giuridica univoca, che appare tanto più problematica di fronte alla difficile transizione dei paesi dell'est, assorbiti o associati all'Unione, o in attesa di esserlo. La velocità istantanea con cui le nuove dinamiche si dispiegano le rende irriducibili alle scanzioni temporali previste dalle regole (romanistico-)civilistiche per la defi-

nizione delle situazioni e delle transazioni e sconvolge il rapporto che esse configurano tra diritto e politica.

La cosiddetta «globalizzazione», o economia-mondo, non sposta semplicemente situazioni, decisioni e norme da un territorio ad un altro più esteso, da uno Stato-nazione a una forma statale pluri- o sovranazionale, e dal tempo otto e novecentesco degli orologi al «tempo reale» dei computer. sottrae loro il riferimento ad istituzioni territoriali e l'aggancio a un «sovrano» visibile e rigidamente strutturato, annulla la possibilità di operare con la coppia concettuale sfera pubblica/sfera privata, costruita sulla reciproca separazione, sulla non politicità del privato e sull'identità di politico con statale. Nella direzione opposta a quella seguita da Savigny e dalla pandettistica, richiede l'«invenzione» di un diritto senza nazione e senza nulla che assomigli allo Stato così come finora lo abbiamo conosciuto; infrange l'impianto logico e cronologico degli ordinamenti civilistici continentali e impone l'edificazione di un diritto soprattutto procedimentale, anziché fondato sulle sequenze distinte del momento sostanziale e processuale.³

Davanti a fenomeni di tale portata lo strumentario elaborato dalla pandettistica sembra arcaico e troppo sommarie le analogie che si vogliono riconoscere con progetti di unificazione relativi alla Germania dell'Ottocento — l'«*unser geliebtes Vaterland*» di Savigny — che guardavano alla «coscienza» o allo «spirito» dei «popoli civili» plasmati dalla «rezeption» (Savigny e Puchta), vale a dire a un'Europa rispetto alla quale, sul piano della civiltà giuridica, l'Italia era solo un passato ed un morto deposito, l'Inghilterra una difformità inconciliabile (*ganz anders, reine empirische Tradition*: Savigny) e la Francia del codice una deviazione pericolosa. Progetti inoltre che traevano ispirazione proprio da quegli ideali di nazione e di Stato, da quella misurazione del tempo, che non sembrano più capaci di governare il presente della rivoluzione tecnologica.

4. Se dunque il diritto romano riassunto nei quadri dogmatici e sistemati della pandettistica, concepito come «un tutto» depositario dei valori eterni della cultura europea, non sembra possa essere accolto senza riserve quale esempio da seguire in futuro, ancor meno persuasivi appaiono i tentativi di richiamarne a fini di applicazione specifici contenuti normativi, mentre restano nebulosi i destinatari di un simile appello.

In effetti numerosi studi si sono indirizzati a individuare le nozioni della romanistica tuttora presenti nei moderni ordinamenti di diritto privato. Essi proseguono, con accenti solo in parte mutati, quella *Dogmengeschichte* che accompagnava un tempo l'elaborazione del diritto romano quale diritto vigente e che ha variamente resistito alle onde della *Historisierung* dell'ultimo secolo¹⁸. Simili orientamenti hanno assunto progressivamente una curvatura sempre più precisa in direzione della prospettiva europea: senza risalire più indietro, basti ricordare l'opera di Helmut Coing, il quale ha parlato via via di una comune tradizione giuridica fondata sul *ius commune*, della sua persistente produttività e della necessità di svilupparla¹⁹, ha promosso centri ed iniziative scientifiche e editoriali e

ha infine pubblicato, tra il 1985 e il 1989, un ampio panorama degli istituti del diritto privato consegnatici dalla storia²⁰.

Nel 1990 il cospicuo lavoro di Zimmermann sulle obbligazioni²¹ si è proposto come modello per un recupero della dogmatica romanistica in funzione del diritto da applicare. Esso infatti ha inteso offrire un contributo sul piano dei contenuti, e non solo del metodo, per un diritto di produzione scientifica: per un *Professorenrecht* capace di regolare un settore nevralgico delle relazioni economiche e di disincagliare la pratica dei contratti dalle secche della disparità fra i regimi. A giudizio dell'autore problemi, argomentazioni e soluzioni individuate dai giuristi romani hanno conservato il loro valore «attraverso i secoli» ed hanno plasmato il nostro stesso modo di pensare il diritto. Alcuni istituti si sono conservati immutati, altri si sono modificati, ma sempre entro l'alveo delle regole romanistiche e spesso grazie ad una loro migliore comprensione. Anche laddove sia lacunoso, «il diritto romano conserva una funzione chiave per qualsiasi comprensione del diritto moderno appena più che superficiale». Nella convinzione che l'idea di una lacerazione inferta dai codici alla continuità storica sia «una semplicistica illusione», Zimmermann ha «selezionato» perciò solo quegli istituti che hanno «maggiormente contribuito al moderno diritto delle obbligazioni», trascurando «largamente gli argomenti di interesse puramente storico».

L'opera ha stimolato un rilancio delle tesi sulla «attualità» del diritto romano-comune, che hanno trovato appassionati sostenitori²² e critici severi²³, innescando polemiche serrate e talvolta persino aspre intorno al metodo e agli obiettivi della storia del diritto. Su questo piano la discussione rischia di diventare un dialogo fra sordi, ed il difetto di comunicazione genera fraintendimenti che prima o poi sfociano nelle contumelie²⁴.

In realtà non si tratta di ragionare in termini di teoria della conoscenza storica, né di risultati storiografici. Lo scopo programmatico dei neopandettisti, enunciato in modo più o meno netto, è collocato altrove, riguarda i giuristi, il diritto vigente e quello da costruire. L'anacronismo gli è intrinseco giacché è parte costitutiva e funzionale di una lettura dei testi in chiave paradigmatica o parenetica.

Non si può tacere che l'anacronismo è forse un peccato veniale a fronte di sforzi generosi per preparare il futuro senza perdere i propri valori, che esso può anche nutrire grandi opere dello spirito visionarie e profetiche, ma che non può essere consigliato a prudenti artigiani della ricerca storica. Scambiare l'identità dei nomi nelle diverse epoche con l'identità dei concetti, effettuare «selezioni» arbitrarie, mortifica proprio quell'ispirazione storica che si esige come fondamento d'ogni progetto in quanto nega al tempo stesso il passato e il presente. Preclude infatti la possibilità di comprendere come e perché, e in relazione a quali specifiche reti di rappresentazioni e di prescrizioni, le nozioni e i linguaggi siano mutati o abbiano assunto allora ed assumano oggi il proprio significato. Passato e presente si annullano in una circolarità tautologica in cui il presente diviene apologia del passato quale premessa di sé medesimo ed il passato apologia del presente quale suo destino realizzato.

Si potrebbero addurre numerosi esempi storiografici circa gli effetti di simili procedimenti, a cominciare da quell'insigne monumento di sapere storico che è la *Geschichte* di Savigny, alla quale tutti obbligatoriamente attingiamo. Si pensi alla sua ricostruzione molto «selettiva» degli ordinamenti dell'età altomedievale, alle distinzioni fortemente valutative tra scienza e pratica e fra glossatori e commentatori, alla separazione in due scuole della giurisprudenza umanistica — la filologica e la sistematica — e alla proiezione retrospettiva di un'idea postkantiana di *sistema*. Ma, ripeto, il discorso dei neopandettisti va considerato su un altro terreno e con riguardo ad altri interlocutori.

In verità fra i giuristi le loro proposte hanno riscosso un'eco assai debole: ho l'impressione che salvo isolate eccezioni gli studiosi del diritto positivo ed ancor più i «pratici» non abbiano tanto contrastato le ipotesi di un diritto romano-comune «utile» alla soluzione dei problemi contemporanei, quanto le abbiano semplicemente ignorate. Una maggiore attenzione è venuta dai comparatisti, ma nel merito delle indicazioni concrete l'accoglienza è stata in complesso più volenterosa che incondizionata²⁵. Anche Hein Kötz, uno dei più convinti sostenitori d'una cooperazione fra storici e comparatisti ai fini di una europeizzazione della scienza e dell'insegnamento e della formazione di un comune diritto privato, anziché dimostrare l'incidenza della tradizione romanistica nel nuovo diritto europeo dei contratti, ha finito col provare involontariamente il contrario.

Nella sua opera infatti Klaus Luig ha contato trentacinque riferimenti storici, la maggior parte dei quali in funzione «decorativa» o ausiliaria, alcuni per argomentare nel senso opposto o per giudicarne superflue le sottigliezze, nessuno con valore costitutivo²⁶. In definitiva la tesi di Kötz, che un diritto europeo elaborato dalla scienza sulla base di principi storici e razionali possa svolgere un ruolo determinante nell'interpretazione dei diritti positivi e nel costruire l'unità giuridica dell'Europa, si sostanzia in un programma educativo ammirevole illustrato con ragioni dubbie²⁷: poiché la strada della codificazione è poco realistica ed inefficace, occorre preparare un solido fondamento di carattere culturale. Per guadagnare un punto di vista europeo, «denazionalizzato», che concepisca le regole giuridiche di questo o di quel paese «come semplici varianti locali di un unico tema europeo», bisogna riscoprire quella «grammatica giuridica», quella «lingua franca» d'Europa, rappresentata dal *ius commune* e destinata ad esserne ancora l'insostituibile griglia intellettuale.

5. Fra quanti sostengono la perdurante virtù operativa del diritto romano-comune (in versione pandettistica) negli ordinamenti attuali di diritto privato, senza dubbio Rolf Knütel ha assunto la posizione più radicale. Egli infatti si è sforzato di dimostrare, in varie monografie e in ripetuti interventi di discussione, che la tradizione romanistica agisce nei sistemi giuridici moderni ed è adatta al futuro non già come generico valore culturale, ma come repertorio di norme sostanziali. A riprova delle sue affermazioni, ha ritenuto di individuare per una serie di massime

contenute in alcune pronunce delle corti europee una origine nel diritto romano o in materiali tratti dalle sue fonti²⁸. Ha citato la *lex Aquilia* (consueto cavallo di battaglia delle argomentazioni di questo tipo) e i principi della *bona fides* e dell'*alterum non laedere*, il computo per la determinazione dei termini, i brocardi *error iuris nocet*, *singularia non sunt extendenda*, *nulla poena sine culpa*, *cessante ratione cessat lex ipsa*, *qui tacet consentire videtur*, e così via. In breve, non sembra aver dato gran peso agli avvertimenti celebri del *Beruf*: «I sostenitori del diritto romano hanno non di rado indicato come suo pregio il fatto che esso racchiude in perfetta purezza le norme eterne della giustizia [...]. A guardar meglio, in verità, se ne può respingere la maggior parte come meschina e cavillosa, e l'ammirazione resta in fin dei conti circoscritta alla teoria dei contratti [...]: quel che resta materialmente del diritto romano, quel che si spaccia per il suo vero pregio, è di natura così generale, che per lo più vi si potrebbe arrivare col semplice buon senso, senza alcuna istruzione giuridica, e non vale la pena per così poco di mobilitare in nostro aiuto leggi e giuristi di due millenni fa»²⁹.

Knütel ammette che nelle sentenze esaminate non vi sono riferimenti espliciti alle fonti da lui indicate: la glossa, l'*usus modernus*, il diritto canonico, e soprattutto il *Corpus iuris*. Del resto, non potrebbe fare diversamente, giacché le sentenze parlano sempre di principi di diritto vigenti negli Stati membri. Ma anche se «è lecito escludere che vi siano influenze dirette», anche se «non si tratta specificamente di regole del diritto romano o del *ius commune*, ma di principi generali dell'attuale diritto civile europeo», conta il fatto che «i giudici odierni giungono per situazioni analoghe a soluzioni analoghe a quelle dei giuristi romani». È sufficiente notare come esse siano «in piena consonanza» fra loro per riconoscerne la sede d'origine e per convincersi di quanto «il diritto romano e il *ius commune* abbiano influenzato la nostra comune coscienza giuridica», anzi di quanto profondamente informino oggi «la comune coscienza giuridica europea e spesso mondiale».

Il motivo dell'eterno ritorno al diritto romano sta nel suo «orientamento al problema sostanziale, alla natura delle cose». Esso dunque è l'insuperabile monumento di una sapienza giuridica garante di un ordine naturale, l'anima di una tradizione secolare mutilata ma non distrutta dalle codificazioni moderne che riposano su questo medesimo «comune fondamento». È come un immenso *réservoir* nel quale si trovano soluzioni ai problemi odierni — spesso «ipotesi già esaminate dai giuristi romani» — e addirittura attualissimi «valori morali»: il diritto di proprietà, la tutela dei minori, i diritti delle donne, l'uguaglianza, la libertà dei cittadini. Le differenze rispetto ai suoi principi sono «deviazioni» dall'albero della ragione, e in quanto tali vanno «corrette» dalla scienza, che deve sviluppare le sue radici in vista della futura codificazione del diritto privato europeo.

Non è chiaro a quali ascoltatori siano indirizzate simili affermazioni. Stento ad intravedere un pubblico di giudici, avvocati, notai, di «operatori del diritto» (come s'usa dire) che meditandole vengano presi dal-

l'irresistibile ansia di compulsare Bartolo ed il Digesto ogni volta che siano investiti di una questione da una società multinazionale. Come storico che per conto suo è indotto a farlo, avverto disagio di fronte ai troppi «è evidente» con cui l'autore esclude i numerosi quesiti che ad ogni passo potrebbero venir sollevati. Ma resta da toccare ancora un punto di un certo rilievo.

Tutti i difensori dell'attualità del diritto romano e degli innumerevoli vantaggi che offre per la costruzione del futuro diritto europeo fanno riferimento alla indispensabilità dei suoi quadri dogmatici, connessi in una mirabile struttura sistematica. Knütel si spinge ancora più oltre. A suo avviso, i principi generali, i principi comuni agli Stati membri, di cui parlano le sentenze, sono in realtà le massime dell'antico *ius commune* che rinascono e che vi fanno il loro ingresso. In esse così «si è venuta formando una sorta di parte generale (*allgemeiner Teil*) del diritto comunitario».

Tralascio di considerare dal punto di vista storiografico le conseguenze di un tale «culto per la sistematica», come lo ha chiamato Orestano. Temo però che contrasti in modo acutissimo con le caratteristiche di elasticità e di snellezza che si reclamano dal diritto nuovo, con le esigenze di una energica *Entdogmatisierung* concordemente avanzate dai comparatisti. Del resto, i più diffusi manuali italiani di diritto privato degli anni '90 (Bessone, Galgano, Gazzoni, Roppo) hanno ormai rinunciato all'*allgemeiner Teil*: l'incarnazione più pura dello spirito sistematico della pandettistica, il suo monumento e il suo luogo di fondazione teorica da quando Savigny vi dedicò ben otto volumi.

L'idea del diritto come *sistema* di astratti istituti e rapporti giuridici deriva da una nozione di scienza che si venne fissando a partire dagli anni '90 del Settecento, emarginando e poi seppellendo l'antica immagine enciclopedica del *Gelehrter*. La virtù espansiva della pandettistica, in Germania e al di fuori di essa, non sta tanto nella bontà intrinseca delle norme del diritto romano che riproponeva, quanto nell'aver costruito il diritto civile della tradizione romanistica, e il diritto *tout-court*, come sapere scientifico, secondo il complesso progetto di Savigny³⁰, che apparteneva, nelle sue più profonde strutture e nell'ispirazione, alla cultura dell'idealismo e alle alternative politiche della Restaurazione e del *Vormärz*³¹. La figura che egli disegnava del giurista-scienziato come colui che ha un oggetto autonomo di indagine correlato con un metodo altrettanto autonomo, esprimeva e orientava ad un tempo la formazione di un ceto professionale che si generava e si organizzava nelle università, sollevando nel corso dell'Ottocento l'università stessa e la sua «scienza» ad un rango istituzionale e costituzionale sconosciuto per il passato³². Anziché superare — come pretendevano — la scissione tra teoria e pratica del diritto, le sue concezioni l'accentuavano, fondavano concettualmente e ideologicamente una separazione corrispondente alla distinzione anche sociologica dei ruoli e delle funzioni stabilita nel nuovo Stato liberale. Non per caso fra i «pratici» le obiezioni e le resistenze all'indirizzo pandettistico furono molto meno esigue e minoritarie di quanto lasci supporre la storiogra-

fia, troppo incline finora ad accettare le rappresentazioni retrospettive degli appassionati della sistematica.

Qual era il diritto romano di Savigny? Non le sue regole materiali (come abbiamo visto), bensì l'«essenza» o l'«ideale» di esso. Un ideale che si sostanzialmente sul piano storico nel paradigma del classico, sul piano della contemporaneità nel paradigma del «sistema attuale» di un diritto autonomo dei privati. Erano modelli forti e prescrittivi che si rafforzavano vicendevolmente in un nesso di circolarità e la cui incidenza è stata innegabile, nella storiografia e nella scienza giuridica. Essi però entravano in contraddizione con il crescente riferimento allo Stato della cultura storica e della giurisprudenza: dopo il '48, che significativamente concluse l'attività pubblica di Savigny e la sua stessa creatività scientifica, il programma che aveva proposto per la Germania non dominò più la scena in modo esclusivo. Il processo di statualizzazione del diritto civile, in particolare, diventò una tendenza che la pandettistica poté rallentare, ma non impedire, e che si concluse infatti con la codificazione, nella formula di compromesso tra legge e sistema scientifico elaborata da Bernhard Windscheid.

Torniamo allora alla domanda da cui siamo partiti all'inizio: si può trasferire la pandettistica, ossia un ideale diritto costruito sui materiali della romanistica con procedimenti idealistici, dentro un nuovo diritto degli Stati o dell'Europa d'oggi? Su questo punto le perentorie certezze in senso affermativo di alcuni storici e professori rischiano di apparire oziose fin quando una risposta positiva (che finora non vi è stata) non verrà dai giuristi che operano, come si dice, «sul campo». Voglio perciò concludere con un aneddoto, non per provocazione (è l'espressione usuale in simili casi), ma per versare negli aspri dibattiti in corso la leggerezza di un timbro scherzoso. Anni fa un mio caro maestro, Gino Gorla, mi narrò (non so se l'abbia poi scritto) che una corte inglese aveva risolto una difficile controversia in tema di responsabilità per danni causati da una fuoriuscita di gas da una fabbrica appoggiandosi a una teorica della glossa circa i danni causati da un leone fuggito dal circo e la responsabilità di chi eserciti *res periculosae*. Ecco: se si ritiene che il Digesto, la glossa, Bartolo e la pandettistica vadano studiati per siffatti fini, meglio varrebbe abbandonare il leone del diritto romano ed il circo dell'*usus modernus*, con tutte le sue reti storiche ed i suoi trapezi dogmatici.

Napoli.

ALDO MAZZACANE

1. È stato appena fondato in Italia (ott. 2000) il Consorzio di alta formazione giuridica «Ius Commune Europeum» fra le università di Modena/Reggio Emilia, Roma «La Sapienza», Napoli Federico II, Catania e Bonn, con lo scopo di «costruire le fondamenta per la formazione di una comune esperienza giuridica all'interno dello spazio europeo, nell'essenziale cornice generale offerta dal diritto romano e dalla tradizione romanistica». Il tema diritto romano e costruzione del diritto europeo non è apparso invece né nelle relazioni, né negli interventi

dell'ultimo *Rechtshistorikertag* (Jena, sett. 2000). 2. Per un esauriente riepilogo delle contrastanti posizioni, con la relativa, nutrita bibliografia, vedi da ult. gli Atti del Convegno *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte? / Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, hg. v. / a c- di P. Caroni-G. Dilcher (Köln-Weimar-Wien 1998), con contributi di M. Bretonne, G. Broggin, P. Caroni, G. Dilcher, P. Grossi, H. Kötz, K. Luig, R. Ogorek, A. Padoa Schioppa, M. Reimann, J. Rückert, G. Scholtz, R. Schulze, M. Senn, R. Zimmermann. Una riflessione sull'intera questione, dal punto di vista del romanista, offre ora anche G. Crifò, *Pandettisti e storicisti nel diritto romano oggi*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica* 1 (1999) 11 ss. 3. Divergono nell'impianto e nei risultati le ricostruzioni generali più recenti: M. Ascheri, *Istituzioni medievali* (Bologna 1994, nuova ediz. 1999); M. Caravale, *Ordinamenti giuridici nell'Europa medievale* (Bologna 1994); E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale* (2 voll., Roma 1995); P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (Roma-Bari 1995); A. Padoa Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa. I. Il medioevo* (Padova 1995); H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* (München 1997); K. S. Bader† - G. Dilcher, *Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Staat - Bürger und Bauer im Alten Europa* (Berlin-New York 1999). 4. Cfr. O. J. 1989 C 158/400 e O. J. 1994 C 205/518. 5. O. Lando - H. Beale (Eds.), *The Principles of European Contract Law*, Part I and II (Dordrecht 2000; la parte prima era già apparsa nel 1995). 6. Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international* (Roma 1994). 7. T. Weir, *Die Sprache des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3 (1995) 368 ss.; più in generale vedi i saggi raccolti in *A Language Policy for the European Community*, ed. by F. Coulmas (Berlin-New York 1991). 8. Un'importante silloge di studi è in *Towards a European Civil Code*, ed. by A. S. Hartkamp - M. W. Hesselink - E.-H. Hondius - C. E. du Perron - J. B. M. Vranken (Nijmegen 1994, 2ª ediz. rivista 1998). 9. L'Unidroit ha inaugurato nel 1996 una nuova serie con titolo anche in inglese della rivista che pubblicava dal 1973: *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*. Dal 1993 si pubblica in Olanda la *European Review of Private Law*, e dal 1999 in Inghilterra la *European Review of Law Reform*. 10. È apparso da poco il primo numero (1999) della rivista *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, con un editoriale (pp. 3 ss.) nel quale però si precisa che essa «è diversa, anzi metodologicamente è all'opposto, rispetto alle riviste di diritto romano attuale della pandettistica e agli studi di *heutiges römisches Recht*», perché considera «inattuali, inapplicabili oggi» i concetti del diritto romano, in quanto la soluzione che propongono dei conflitti «avveniva in una società incomparabilmente più semplice di quella odierna». 11. B. Oppetit, *Droit et modernité* (Paris 1998) 32. 12. Dei numerosi interventi nel senso indicato, con accentuazioni peraltro diverse fra loro, mi limito a segnalare solo alcuni fra i più significativi: R. Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht - das Forschungsfeld der europäischen Rechtsgeschichte*, in *Europäische Rechts- und*

Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektive der Forschung, hg. v. R. Schulze (Berlin 1991) 3 ss. (ripubb., con modifiche, anche in inglese e in francese); R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung* 47 (1992) 8 ss.; H. Kötz, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte*, ivi, 20 ss.; Schulze, *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hg. v. P.-Ch. Müller-Graff (Baden-Baden 1993) 71 ss.; Zimmermann, *Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, ivi, 47 ss.; Id., *Römisches Recht und europäische Rechtseinheit*, in *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, hg. v. W. Ludwig (Göttingen 1993) 151 ss. (una vers. it. è in *Studi di storia del diritto* 1 [Milano 1996] 1 ss.); Id., *Civil Code and Civil Law: The «Europeanisation» of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, in *Columbia Journal of European Law* 1 (1994/95) 63 ss.; R. Knütel, *Römisches Recht und Europa*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994) 244 ss. (pubbl. con modifiche anche altrove). Ma vedi anche la raccolta di scritti di S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino 1995, rist. accresc. 1999); e i due saggi redazionali che giustificano l'imponente impresa — di per sé eloquente — della traduzione tedesca del *Corpus iuris: Modernes Gesetzesrecht und Institutionen*, e *Zur Wirkungsgeschichte des Corpus iuris civilis*, rispettivamente nel primo e nel secondo vol. di *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, v. O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H. H. Seiler (München 1990-1995). 13. G. C. J. J. van den Bergh, *Ius commune, a History with a Future?*, in *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, ed. by B. de Witte and C. Forter (Maastricht 1992) 37 ss. 14. C. Vano, «Il nostro autentico Gaio». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna* (Napoli 2000). 15. R. Chartier, *Au bord de la falaise. L'histoire entre certitudes et inquiétude* (Paris 1998). Vedi anche l'esauriente, istruttiva ricognizione di Ch. Lorenz, *Konstruktion der Vergangenheit. Eine Einführung in die Geschichtstheorie* (trad. ted. Köln-Weimar-Wien 1998). Per una riflessione nella storia del diritto cfr. M. Stolleis, *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von «Begriff» und «Tatsache»*. Vortrag (Baden-Baden 1997). 16. K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5 (1997) 404 ss. 17. Cfr. da ult. R. Zimmermann, *Savigny's Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*, in *Norm und Tradition* cit. (nt. 2) 281 ss. Le citazioni che seguono nel testo sono tratte prevalentemente (ma non esclusivamente) da questo articolo. 18. R. Ogorek, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)*, in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, hg. v. D. Simon (Frankfurt a. M. 1994) 12 ss. 19. Della vasta produzione dell'a. vedi in partic. H. Coing, *Die europäische Rechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, in *Ius Commune* 1 (1967) 1 ss.; Id., *Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 32 (1968) 1 ss.;

Id., *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts*. Vorlesung (Opladen 1986); Id., *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 43 (1990) 937 ss.; Id., *Geschichtliche Grundlagen des Rechts im kontinentalen Europa und in Common Law*, in: *Europäische Integration als Herausforderung des Rechts*, hg. v. K. J. Hopt (Berlin 1991) 17 ss. 20. H. Coing, *Europäisches Privatrecht* (München 1985-1989, 2 voll.). 21. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town-Johannesburg 1990). L'opera non è senza connessioni con l'esperienza di insegnamento dell'a. nel Sud Africa del *Roman-Dutch Law*. Tuttavia anche l'ordinamento sudafricano si è emancipato da tempo dai suoi vincoli storici ed è emerso con nettezza un diritto privato proprio; cfr. G. Lubbe, *Legal History in South Africa: Reflections of a Non-Historian*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5 (1997) 428 ss. 22. Cfr. per tutti gli a. cit. alla nt. 12. 23. Un'ampia rassegna degli atteggiamenti critici verso il neopandettismo è presente già nella rubrica *Arena* del *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993) 259 ss., con scritti di A. Rodger, P. Stein, W. Wiegand, A. Padoa Schioppa, A.-J. Arnaud, S. Simitis, F. Kübler, D. Simon, M. Stolleis e T. Giaro. Si sono poi subito aggiunti i contributi di P. Caroni, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994) 85 ss.; e di T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung*, in *Ius Commune* 21 (1994) 1 ss. Ma negli anni successivi gli interventi si sono moltiplicati. 24. Un bell'esempio è l'articolo di Ch. Baldus - A. Wacke, *Frankfurt locuta, Europa finita?*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 17 (1995) 283 ss. 25. Al rapporto tra storia del diritto e comparazione giuridica, sul quale negli ultimi tempi si sono moltiplicati i saggi e i convegni, è stata dedicata un'apposita sezione del trentaduesimo *Deutscher Rechtshistorikertag* (sett. 1998). Cfr. i contributi di A. Flessner, K. Luig, M. Graziadei, A. Cordes, W. Ewald, D. Johnston, W. J. Zwölve e W. Ernst, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 7 (1999) 513 ss.; e l'acuta sintesi di M. Reimann, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, ivi, 496 ss. 26. H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. I (München 1996); e Luig, *The History* cit. (nt. 16) 423 ss. 27. Cfr. da ult. H. Kötz, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung*, in *Norm und Tradition* cit. (nt. 2) 153 ss. 28. Oltre al saggio cit. alla nt. 12, vedi in partic. R. Knütel, *Ius commune und römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in *Juristische Schulung* 26 (1996) 768 ss. L'articolo riprende precedenti lavori ed è presentato in versione italiana (*Diritto romano e ius commune davanti a Corti dell'Unione Europea*) in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, a c. di S. Romano e al. III (Napoli 1997) 521 ss. 29. Cito da A. F. J. Thibaut - F. C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a c. di G. Marini (Napoli 1982) 109 s. 30. A. Mazzacane, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in F. C. von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, hg. u. eingel. v. A. Mazzacane.

(Frankfurt a. M. 1993) 1 ss. 31. G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny* (Napoli 1978); J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (Ebelsbach 1984); D. Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch* (Frankfurt a. M. 1994). 32. P. Schiera, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento* (Bologna 1987). [A. M.]