

Lorenzo Fascione

Per una Scuola di diritto

1. Remo Martini ha pubblicato nel 1979 i suoi *Appunti di Istituzioni di diritto romano*, poi più volte rivisti, integrati e riediti negli anni, a seguito di un lungo processo di maturazione che lo ha portato a ragionare su quantità e qualità dei materiali che debbono essere posti a disposizione del discepolo di una Facoltà giuridica rivolta alla formazione di un giurista di età contemporanea.

Non sfugge perciò al lettore attento e interessato a questa problematica come, tra i fondamentali di tale riflessione, il primo punto di impatto sia stato l'analisi di una ragione d'esistenza dello studio del Diritto romano nell'accademia contemporanea. E come, per conseguenza, il secondo punto sia stato l'analisi dei campi d'indagine da proporre al discepolo per renderlo capace di autonomia di giudizio. E che il terzo sia stato l'indagine sugli intendimenti del soggetto legittimato a pretendere da alcuni la conoscenza di quegli argomenti e di quelle professionalità che reputa funzionali alla sua stessa esistenza. E finalmente se lo studio del Diritto romano possa offrire valore aggiunto ed opportunità specialistiche ad un processo educativo e cognitivo di tal genere.

Prendo perciò spunto da queste sue riflessioni – quasi siano state un suo insegnamento privato a me, che fui suo assistente per diversi anni – per celebrarlo qui, come se gli riproponessi alcuni miei sviluppi del suo detto e qualche meta parziale di un mio cammino, che ho amato fare anche a seguito dei suoi stimoli.

2. Il processo critico di cui sopra – per quelli che lo hanno conosciuto da vicino – si è formato nella coscienza del Martini non solo a valle dell'esperienza che aveva maturato, e ancora coltivava, come docente di Istituzioni di diritto romano, ma anche come professore di Storia del diritto romano e come preside della Facoltà di Giurisprudenza, vale a dire quale protagonista di una scena non soltanto scientifico-didattica, ma anche gestionale e politica. L'osservatorio dal quale Egli agiva era – voglio dire – molto qualificato, dal punto di vista dell'oggetto della docenza; ma anche molto complesso, dal punto di vista dei rapporti di forze che c'erano tra le varie materie e le varie cattedre, complessità che lo coinvolgeva viepiù in quanto responsabile di quell'equilibrio che dove-

va essere sotteso all'efficienza dell'azione della Facoltà.

Perché sia più chiara la prospettiva storica e sociale in cui queste maturazioni sono avvenute, chiarisco – almeno agli esperti del nostro mondo – che sto parlando di anni compresi fra la «Codignola»¹, i «Provvedimenti urgenti»² e la «382»³, da un lato; e la «Berlinguer»⁴, dall'altro, vale a dire di una trentina d'anni molto pesanti per la storia d'Italia, e soprattutto – per quanto qui ne concerne – per gli Atenei, durante i quali la contestazione, durata in questo campo ben al di là del ben più noto «sessantotto», e che aveva le più svariate forme nelle piazze, si presentava con contenuti assai diversi nelle complesse alchimie che sempre aleggiavano dentro i corridoi dei Ministeri, e soprattutto attorno al tavolo rotondo della sala del Consiglio dei Ministri, dove le più svariate istanze finiscono per inverarsi in provvedimenti legislativi che intendono, in qualche modo, soddisfare le istanze dei cittadini⁵.

Mentre nell'età presente la critica all'*intentio legis* di quel che è stato dedicato all'Università si appunta soprattutto su un asserito *favor* per l'istruzione affidata ad istituzioni private⁶, i quasi trent'anni che vanno dalla «Codignola» alla «Berlinguer» sembrano invece maggiormente diretti alla creazione di una Università adatta a formare un prodotto finito che decide da solo come farsi, dal momento che la Repubblica in quei provvedimenti fa vista di abdicare ad una propria volontà di avere operatori da lui stesso preparati, secondo programmi educativi funzionali alla formazione di operatori in linea con suoi archetipi di quelle funzioni che intende debbano essere esercitate in suo nome.

Nasce da qui, più o meno contorta, l'idea che lo studente, attraverso l'uso delle metodologie acquisite durante la frequentazione dei corsi, che oramai è legittimato a scegliersi, possa diventare capace di utilizzare dati e materiali per analizzare fonti normative, orientamenti della giurisprudenza e teorie della dottrina, sia valutando in autonomia tutti i dati fino a saper formulare un proprio giudizio critico sull'applicazione di essi a fattispecie concrete, sia individuando opportune soluzioni per i casi che poi incontrerà nella propria attività professionale.

Quest'idea, in linea di principio, potrebbe anche essere espressione di un alto concetto di libertà e di democrazia. Sennonché la legislazione in esa-

1) L. 11 dicembre 1969, n. 910.

2) D.L. 1 ottobre 1973, n. 580 (conv. con mod. dalla L. 30 novembre 1973, n. 766).

3) D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382.

4) L. 3 luglio 1998, n. 210.

5) E' ben noto del resto che la legislazione per l'istruzione universitaria ha avuto un travaglio assai più complicato di quanto qui semplicemente accennato *per indices*.

6) Questo sarebbe infatti uno degli intenti che vorrebbe attribuire specialmente alla L. 30 dicembre 2010, n. 240.

me, mentre in modo molto agile è venuta incontro alle istanze di liberazione dai lacci di programmi predeterminati, intesi anche quale espressione degli interessi di gruppi dominanti, non è stata altrettanto capace di risolvere i problemi inerenti l'organizzazione del sistema amministrativo che tale ambizioso progetto avrebbe dovuto realizzare, e che senza meno comportava. Di modo che le regole dettate per la strutturazione del personale destinato alla ricerca e alla didattica hanno cominciato a parcellizzare la docenza nelle più svariate forme, e l'hanno in sostanza posta, sebbene sia il fine primo dell'istruzione universitaria in quanto Scuola, su uno sfondo dove la responsabilità giuridica nei confronti dei cittadini, e quindi della Repubblica, rispetto all'assemblaggio del prodotto finito, è andata sempre più diluendosi⁷.

3. La responsabilità della docenza universitaria delle due materie Storia del diritto romano e Istituzioni di diritto romano pone il professore di fronte alla necessità di indagare e di insegnare la radice stessa del giuridico, cioè la soluzione che, nel tempo, viene data al problema del vivere associati, ed è punto acquisito degli studi giuridici che non si può vivere associati se non si stabilisce cosa siamo come singoli, cosa siamo come associati, cosa possa essere nostro e come lo possa essere.

Siccome i diritti non esistono in natura, ma essi «sono» solo nel modo in cui sono posti, la Scuola di diritto può dirsi «buona» se forma, quale prodotto finito, operatori in grado di gestire, in forme autonome e critiche, quanto posto. Perciò questo «saper fare» va ad appuntarsi sulle tre direttrici essenziali, cioè la legislazione, la sua applicazione, la sua critica, vale a dire sugli strumenti fondamentali del «porre». In conseguenza occorrerà conoscere il travaglio della formazione delle fonti normative, nonché gli orientamenti della giurisprudenza, nel momento in cui soppesa le norme attraverso il vaglio critico della loro concreta applicabilità, e quindi le teorie della dottrina, quando ricomponi i contenuti dell'ordinamento mediante gli strumenti analitici della conoscenza, sia per valutare quanto già posto, sia per ulteriormente proporre il nuovo.

La Scuola dovrebbe allora fornire gli strumenti utili all'edificazione del giuridico⁸, consentendo al discepolo di padroneggiare legislazione, giurisprudenza e dottrina in modo che, alla conoscenza del progresso, si sommi la capacità dell'innovazione. Ed è questo il punto più delicato della preparazione dell'operatore, il quale appunto viene formato nelle Università e nelle Facoltà

⁷) Con buona pace dell'art. 97 della *Costituzione* che intende «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» tutelate dai concorsi, quali unico strumento per la creazione degli ordinari degli Uffici.

⁸) Com'è noto, è il titolo di una pubblicazione postuma di R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989.

quali luoghi della Repubblica deputati, allo stesso tempo, alla ricerca e alla docenza, così che l'esistente non vada perduto, ed anzi venga trãdito mediante l'apprendimento; ed il nuovo sia ricercato ed insegnato, sia come oggetto invẽto, sia come metodo per la sua stessa invenzione.

A questo proposito l'esperienza del Martini, lettore sia della Storia che delle Istituzioni del Diritto romano, rimane un punto fermo nell'evoluzione della docenza del diritto nell'ultimo tratto del '900 perché – come ho cercato di illustrare anche altrove⁹ – era molto viva in lui l'idea che i materiali di supporto alla docenza, e quindi all'apprendimento, dovessero essere soprattutto utili, prima che ampi, collaudati ed asseritamente completi. Questa convinzione lo aveva portato a innovare nell'indirizzo generale dell'esposizione della materia nei testi tradizionali di Istituzioni, improntati soprattutto alla trattazione dei vari argomenti nella manualistica di Diritto privato; e lo aveva spinto invece a partire dal come era ordinata la materia in Gaio che, maestro altrettanto ispirato al criterio dell'utile, aveva ridotto a tre gli argomenti dello *ius quo utimur*¹⁰. Ma altra ragione di utilità era vista anche nella derivazione, sempre dall'argomentazione gaiana, dei contenuti dei sei libri del Codice Civile attuale: per cui quale altra via migliore, e piũ semplice, di questa per accedere alla conoscenza di un modo per dominare una mole di nozioni che il continuo proseguire di esigenze, e di particolarità, non potrebbe mai consentire di esporre e di conoscere sotto anche una sola parvenza di esaustività?

4. Ma da qui si coglie anche un altro punto della visuale del Martini in ordine alla possibilità della creazione di una Scuola di diritto: voglio dire l'attenzione posta all'ineludibile rapporto tra le varie materie, ed al modo in cui queste possano essere utilizzate, ai fini della formazione di un operatore del diritto per l'età contemporanea. Martini infatti non ha potuto fare a meno di riflettere sul problema del poter disporre di materiali utili anche rispetto all'insegnamento del diritto pubblico romano, tanto che, messi da parte stimati e collaudati volumi di storia del diritto, tradizionalmente orientati all'esaltazione delle istituzioni politiche della repubblica e dell'impero, ha preferito ricorrere ad un apparentemente piũ modesto trattato nato in area non romano-latina, ed in tempi in cui era divenuto opportuno fare memoria del modo in cui si erano formati i fondamentali del concetto di Stato, di assolutismo e di apparati dell'amministrazione¹¹, così che, anche sotto questo aspetto, lo stu-

⁹) Negli Atti della giornata in memoria di Remo Martini – Siena 11 dicembre 2020 –, di prossima pubblicazione in «Studi Senesi», 3ª s., LXX.3, 2021.

¹⁰) Gai., *inst.* 1.8: ovvia l'assonanza fra '*utor*' e «utile».

¹¹) Voglio intendere il libro di M. KASER, *Storia del diritto romano*, trad. di R. Martini, Milano 1977, tratto da quella *Römische Rechtsgeschichte* che Max Kaser aveva scritto fra Mar-

dio del Diritto romano avesse un relazione immediata e diretta con la conoscenza delle materie in cui si articola il Diritto pubblico contemporaneo, allo stesso modo in cui lo studio delle Istituzioni si apriva ad un dialogo diretto con le discipline in cui si articola il Diritto privato.

Creato dunque un modo di docenza che cercava di essere molto presente tra le specializzazioni del diritto attuale, come illustrate dai colleghi delle altre materie, Martini era arrivato al punto focale del percorso di creazione della Scuola di diritto, cioè alla individuazione degli argomenti da insegnare. Ma questo tema impatta, come prima abbiamo accennato, con quello dell'esistenza, o meno, di una legislazione a ciò dedicata.

I colleghi docenti infatti ben sanno che, nel tempo, si sono accavallate norme che hanno finito – almeno ad oggi – per imporre un numero obbligato di C(rediti) F(ormativi) U(niversitari) per un certo numero di S(ettori) S(cientifico) D(isciplinari) per ciascun corso di laurea¹², ma senza che queste norme abbiano conferito al titolo di diploma finale un valore abilitante, come se, in questo modo, si fosse risolto lo spinoso problema della legittimità della determinazione, da parte della Repubblica, di un programma per ciascuno di quei corsi di laurea che sono considerati presupposto obbligato per l'espletamento di funzioni, i cui contenuti la stessa Repubblica dovrebbe aver preventivamente determinato, in quanto ritenute caratterizzanti la ragione della sua stessa esistenza. Voglio intendere cioè non solo i corsi di Medicina e di Chirurgia della Facoltà di Medicina, per l'esercizio della funzione di «tutela della salute»; ma soprattutto la Facoltà di Giurisprudenza per l'esercizio della funzione «organizzazione», attraverso la giudicatura, l'avvocatura e il notariato.

Ora è ben arduo allestire una Scuola di diritto senza poter fare una scuola «professionale», ma dovendo salvaguardare gli spazi minimi imposti dalla legge ai vari SSD, con le ampiezze previste per il numero minimo di CFU di ciascun settore, e con l'obbligo di garantire allo studente la possibilità di scegliersi la frequenza di certe materie, per un altrettanto numero minimo di CFU. Per cui la docenza si deve, ancora oggi, organizzare come Facoltà, senza divenire una vera e propria Scuola, per rivolgersi agli interessi di una domanda che essenzialmente aspirerebbe all'esercizio delle professioni legali (giudice, avvocato, notaio), ma che non disdegna gli impieghi d'affari del mercato libero, ovvero gli impieghi pubblici cui si accede per concorso (diplomazia, insegnamento, altri servizi), nonché più in generale la direzione e gestione di enti complessi. Ognun vede allora che si tratta, in sostanza, non di una Scuola di diritto, ma di un «centone» cui nel tempo ben si è venuto attagliando il termine di «corso generalista».

burg (1949), Graz (1951) e Göttingen (1952).

¹²) Come emerge sostanzialmente nel complesso della cd. «riforma Gelmini».

5. L'osservazione che precede apre anche un altro aspetto delicato per le moderne istituzioni di istruzione superiore, cioè il tema dei finanziamenti, dal momento che anche sotto questo aspetto la Repubblica ha progressivamente abdicato ad un suo impegno, chiedendo a ciascun Ateneo di concorrere all'acquisizione delle risorse utili al proprio funzionamento. Ovvio che lo spirito della concorrenza, in sé considerato, è un valore positivo nel mondo liberale e che perciò la competizione fra le varie sedi, al fine di essere sempre più appetibili per l'utenza, può essere auspicabile. Sennonché questo spirito di concorrenza, che non dovrebbe spingere ad agire a scapito della qualità e della quantità degli argomenti insegnati, avrebbe maggior ragione d'essere se fossero note le mete, per le quali prepararsi, in quanto predeterminate per legge. Poiché però una tale determinazione viene evitata, alla luce forse del principio di libertà per cui, per quanto può, la Repubblica risolve in negativo il problema dell'esistenza di un suo diritto di stabilire i programmi di studio ed i percorsi utili all'acquisizione di quei saperi che reputerebbe indispensabili per l'esercizio di quelle sue funzioni che ritiene per sé qualificanti, gli Atenei si organizzano in concorrenza tra loro con strumenti che sono più dell'organizzazione aziendale privata che non della struttura pubblica, dal momento che fra l'esistere come enti e il soddisfare una esigenza istituzionale, che è diventata minima, esse preferiscono la prima¹³ ed evitano i rischi di standardizzazione e di obsolescenza insiti nella seconda.

Così nella ricerca di una organizzazione scientifico-didattica che sia concorrenziale con le altre sedi, al fine di attirare le iscrizioni che forniscono i proventi necessari alla gestione, le Facoltà degli Atenei debbono rispettare quantitativamente i SSD e i CFU¹⁴, ma sono libere di assemblare il personale docente, qualunque qualifica abbia, il quale a sua volta è libero di insegnare ciò che ritiene fondante nella propria materia¹⁵, per arrivare a conferire un diploma di laurea che, là dove richiesto quale titolo di legittimazione per l'accesso ad una determinata funzione, è presunto uguale ed equivalente da qualunque sede ed in qualunque modo sia stato conferito.

E' un atto di libertà, e dunque di democrazia; ma è anche uno smisurato atto di fiducia.

¹³) Secondo quanto determinato in *Costituzione*, art. 33, c. 6: «Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

¹⁴) In tal modo oggi è letta *Costituzione*, art. 33, c. 2: «La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi».

¹⁵) Secondo *Costituzione*, art. 33, c. 1: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

Ché la Repubblica pone così un'enorme fiducia innanzitutto in sé stessa, poiché si ritiene capace di individuare, attraverso lo strumento del concorso¹⁶, i soggetti idonei allo svolgimento di una funzione. Di poi la ripone negli Atenei, oggi guidati da ordinamenti autonomi, sia pure nei limiti della legge, ma attualmente improntati a logiche gestionali privatistiche più che a doverosità ed opportunità istituzionali. E quindi la ripone nelle Facoltà, che organizzano la didattica secondo loro logiche interne, sempre più sganciate dal modello organizzativo pubblico basato su «l'ordinariato». Conseguentemente la ripone nei docenti, che utilizzano le loro libertà di ricerca e di insegnamento per la divulgazione del sapere. Infine la ripone nell'utenza, che accede all'offerta formativa scegliendo in ragione delle proprie aspirazioni e delle proprie possibilità, per divenire ricambio generazionale in tutti i punti del sistema.

Mai dunque lo studente, nemmeno quello delle Facoltà di Medicina e Chirurgia o di Giurisprudenza, è obbligato, per conseguire il diploma di laurea, a seguire programmi di studio che siano preordinati dalla Repubblica, ma apprende le materie e le metodologie della ricerca in funzione diretta dell'impegno che viene a tal fine profuso dai docenti, dalle Facoltà e dagli Atenei, alla luce del principio della libertà della ricerca e dell'insegnamento, che conosce il solo limite dell'illecito.

E' frutto poi dell'uso, dell'esperienza pedagogica e dello sviluppo della didattica che buona parte degli Atenei, almeno da noi, siano soliti proporre un'offerta formativa improntata dapprima all'apprendimento delle basi istituzionali di ciascuna materia e poi alla frequentazione di corsi monografici, nei quali vengono messi a frutto risultati della ricerca ed esiti di indagini specialistiche, così che lo studente sia messo in grado di comprendere e interpretare autonomamente alcune delle novità riferite alla disciplina, sia in campo nazionale che internazionale. Ai fini della maturazione della sua preparazione, si fa cioè affidamento esclusivamente su una sua capacità di continuare ad approfondire in autonomia i temi oggetto dei corsi istituzionali e di quelli monografici, per affrontare quelli cui andrà incontro nelle esperienze professionali che farà *post lauream*.

Poiché, come abbiamo già notato, le lauree non sono professionalizzanti, ma per accedere alle professioni occorre sostenere un «esame di Stato»¹⁷, l'organizzazione degli studi universitari, così come è organizzata ora, crea uno spazio per la preparazione all'esercizio delle professioni che gli Atenei riescono a stento a colmare, insidiati dalla concorrenza di *collegia et corpora* che intendono

¹⁶ Così *Costituzione*, art. 97. Ad oggi, nonostante le ragioni della critica, il modo migliore per assicurarsi competenza e dunque efficienza.

¹⁷ Secondo quanto stabilito da *Costituzione*, art. 33, c. 5: «E' prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale».

provvedere a questo scopo secondo propri intendimenti, non sempre coincidenti con quelli puramente scientifici, ma certamente funzionali al superamento delle prove d'esame.

6. Con questi presupposti la creazione di una Scuola di diritto, voglio dire di una Scuola essenzialmente dedicata alla formazione di un giurista esperto e qualificato nei problemi della legislazione, della giudicatura ed in quelli della loro analisi critica, si presenta veramente ardua. E' quanto meno defaticante infatti constatare che, là dove le Facoltà riuscissero a preparare ad un certo livello giudici, avvocati, notai e futuri docenti, non hanno poi modo di prevalere su organizzazioni che allestiscono la preparazione alle attività professionali secondo qualità e meriti forse non semplicisticamente autoreferenziali, ma certamente non certificati da alcuno. Ed è altrettanto avvilente constatare che, mentre si va chiedendo allo studente una sua autonoma capacità di implementazione scientifico-cognitiva e di giudizio, si osteggia lo studio delle materie storiche e teoriche, o ancor più semplicisticamente definite «culturali», da parte di coloro che ritengono «valore» il saper fare nella contemporaneità, quasi che questo *facere* fosse di per sé stesso quella creatività e quella capacità di innovare che in sostanza viene richiesta al giurista. Il che avviene tanto tra colleghi della stessa Facoltà, preoccupati del proliferare della rilevanza accademica della loro materia, quanto fra le Facoltà e quelle entità esterne agli Atenei, che sono preordinate alla preparazione dei concorsi.

Al contrario invece bisognerebbe ritenere che la conoscenza e la frequentazione dell'esperienza maturata attorno al problema giuridico da quando abbiamo tracce scritte del suo porsi e delle soluzioni che sono state di volta in volta proposte, criticate ed innovate, sia nell'età romana, sia in quella intermedia e moderna, sia l'unico modo per consentire a quello studente, che per legge non deve seguire un programma, di sapere a cosa ricorrere nel momento in cui occorre una normazione, o è necessario giudicare, o diviene utile organizzare il contesto in un certo modo. Gli interrogativi che si poneva Remo Martini, e dai quali siamo partiti, portano inevitabilmente a queste conclusioni, dalle quali mi pare venga sempre più ad emergere la necessità che si cominci a distinguere fra Facoltà giuridica e Scuola di diritto, proprio perché si vuole, a cominciare dal legislatore, che la maggiore autonomia possibile del singolo risolva i problemi della giustizia amministrata. Questo compito, già di per sé arduo, trova nello studio dei sistemi conclusi una palestra unica, nella quale la sperimentazione dell'evoluzione fornisce un'esperienza per la costruzione che va ben al di là della semplice nozionistica.

Le istituzioni nate per la preparazione delle sole materie di concorso, e quindi dedicate esclusivamente ad un «saper fare quel fare lì», così come al-

cune materie di diritto positivo che illustrano la legislazione contemporanea, per il tempo della sua vigenza, con pubblicazioni edite *pour cause* per l'effimero, e dunque anch'esse ordinate ancora una volta al solo «saper fare quello», non possono assumersi la responsabilità della formazione del giurista. Né questa può essere il solo scopo delle Facoltà di Giurisprudenza, dal momento che esse assolvono per la Repubblica, com'è ben noto ed anche sopra s'è detto, un compito formativo pluriorientato, così che da tempo conferiscono un titolo accademico semplicemente «generalista».

E' dunque forse venuto il tempo di pensare ad una Scuola di diritto in senso tecnico, dove torni ad essere centro dell'indagine e dell'insegnamento il perché debba essere edificato il giuridico e come lo si debba e lo si possa edificare. Poiché problemi di questo genere assillano il legislatore ed opprimono la società, che dovrebbe trovare nella legge una via di liberazione anziché un laccio insopportabile, diventa primario lo studio del diritto in senso storico ed in senso teorico. Per questo diacronia ed analisi dei contenuti propongono la frequentazione della Filosofia, del Diritto romano, dell'intermedio e del moderno; e quindi del Diritto pubblico e del Diritto privato, sempre tenendo presente l'esigenza di unità e di utilità, dal momento che il diritto è uno, ed una deve essere la sua utile costruzione.

In sostanza, come tempo addietro ho sentito più volte dire il Preside Martini, la via da percorrere è più quella della semplificazione, che non quella, utopica in sé, della completomania quantitativa. Ma tutto questo è un messaggio teorico, che emerge dalle riflessioni di intellettuali che agiscono sotto l'ombrello protettivo e materno dell'accademia: certamente non arriverà al cittadino che, seppure sovrano e contribuente, raramente beneficia del servizio che soddisfa al suo bisogno, cosicché la Costituzione si palesa sovente come un elegante copione pieno di coprotagonisti che non riescono a dialogare tra loro.

