

Silvia Segnalini

Scienza romanistica e formazione del diritto in Europa tra le due guerre (*)

Anche se non è possibile comprendere appieno la particolare situazione della scienza romanistica¹ tra le due Guerre senza collocarla in un più ampio contesto temporale, che comprenda perlomeno anche tutto l'Ottocento, in questa sede si tenterà comunque di fornire delle suggestioni, che tengano conto anche del quadro più generale in cui la nostra vicenda si inserisce.

Sono gli anni, quelli compresi tra le due Guerre, che, per restare agli eventi più salienti – naturalmente dal punto di vista della storia del diritto –, vedono soprattutto la nascita dell'attuale Codice civile italiano, quello del 1942.

A prescindere infatti da quello che ciascuno di noi è portato a credere – chi scrive non è in splendida solitudine nell'affermare come addirittura ogni giurista di ciascuno Stato, soprattutto europeo, sia convinto (chissà perché poi?) che il proprio Paese si sia dotato ad un certo punto della storia di un Codice, o di più Codici² –, la storia delle codificazioni in Europa è storia, perlomeno dal punto di vista quantitativo, piuttosto rarefatta.

Le codificazioni in Europa sono state, infatti, prima del periodo preso in considerazione, soltanto cinque: quella prussiana del 1794, quella francese del 1804 (poi aggiornato nel 1838), quella austriaca del 1811, quella italiana del 1865 e quella tedesca del 1900.

Gli altri paesi hanno codificato sulla base del *Code civil* francese, con l'eccezione della Svizzera, che – come in tante altre vicende – ha mantenuto un profilo particolare³.

*) Il saggio si inserisce nell'ambito di una serie di riflessioni, per così dire, di contorno ad una problematica più ampia: l'autrice ringrazia pertanto l'amico e collega Giuseppe Motta, responsabile scientifico del progetto di ricerca «L'Europa di Versailles fra autodeterminazione e sovranità nazionale» per averle concesso di esprimere in tale contesto le sue opinioni di storica del diritto, ed in particolare di studiosa di temi e problemi di diritto romano, nella comune convinzione che in tal modo si sarebbe potuto arricchire il dibattito relativo alle radici culturali dell'Europa. Preme sottolineare che, sostanzialmente, si tratta di un primo e provvisorio approccio alla materia (per il quale manca ancora quasi completamente la ricerca di base e, in via preliminare, il reperimento delle fonti): una serie di impressioni ricavate, oltre che dalle pregresse esperienze, da non sistematiche letture e sondaggi. Motivo per cui anche l'apparato bibliografico si può considerare tutt'altro che esaustivo.

¹) Per scienza romanistica si deve intendere il complesso degli studi che, a partire dalla scuola bolognese (fine del secolo XI) – che ha segnato il momento di nascita di un approccio scientifico al diritto – e fino ai nostri giorni, ha eletto a suo campo di indagine i materiali racchiusi nel *Corpus iuris civilis*, e in senso più ampio tutto il materiale giuridico superstite riconducibile ai *prudentes*, i giuristi laici attivi in Roma soprattutto a partire dal II secolo a.C.: materiale che è stato valorizzato soprattutto nella prospettiva della ricostruzione del diritto privato romano; non è un caso quindi che anche nel corso di queste pagine l'attenzione sia sempre rivolta al settore privatistico, e quindi, per la codificazione, ai Codici civili europei.

²) In tal senso, cfr. per tutti C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in «Studi G. Impallomeni», Milano, 1999, p. 43.

³) Sul problema cfr. il lavoro di P. CARONI, *La romanistica svizzera ottocentesca fra «irregolarità» e conferma*, in «Index», XXIX, 2001, p. 83 ss., che avverte come la romanistica svizzera sia, rispetto alle altre esperienze scientifiche simili, un fenomeno recente, tipicamente ottocentesco: nasce infatti tra il 1830 e il 1860, in quanto la Svizzera, pur facendo formalmente ancora parte dell'Impero romano-tedesco fino alla Pace del 1648, non era stata

Viene quindi naturale chiedersi, nell'ottica di questo lavoro, quale sia stata, a prescindere dalle grandi petizioni di principio, l'effettiva eredità che il diritto romano, dopo un arco temporale di quattordici secoli (epoca romana) e di altri quattordici secoli (epoca intermedia), ha lasciato nei Codici europei, ed in particolare – in funzione della particolare delimitazione temporale di questo scritto – sull'attuale Codice civile italiano, quello del 1942.

Vi è da dire infatti come, perlomeno a partire dal Settecento, gli studiosi di diritto romano, strenui difensori dell'importanza del loro sapere, e generalmente divisi su tutto, hanno sempre poi trovato una *concordia discors* proprio nell'affermare la sostanzialmente continuità tra l'esperienza giuridica dei *prudentes* e quella attuale. Il che, a rigore, si sarebbe dovuto tradurre in una evidente, se non anche in qualche modo tangibile, netta influenza del diritto romano nei Codici europei: a più livelli, quello delle soluzioni normative prescelte, quello dei principii generali del diritto, quello delle tecniche e dei metodi di creazione del diritto stesso, e quant'altro.

L'analisi che seguirà racconta invece una storia un po' diversa, e tutt'altro che coerente.

Per non divagare troppo, e da subito – perché di divagazioni, *bon gré mal gré*, ce ne saranno molte in queste pagine, come è (quasi) inevitabile nei lavori di sintesi –, osserviamo più da vicino quello che stava succedendo in quegli anni, soprattutto nella romanistica tedesca: particolarmente importante non solo perché, da sempre, molto feconda; non solo perché aveva assistito di recente all'ultima, in ordine di tempo, gestazione di un Codice civile, il cd. «BGB.» tedesco del 1900; non solo perché ha sempre detenuto saldamente, e continua a farlo, un forte ruolo, all'interno della romanistica mondiale, di (per così dire) *governance culturale*; ma anche e soprattutto perché il Codice civile italiano del 1942 rappresenta un tentativo di germanizzazione del precedente, e francesizante, codice del 1865.

Orbene, proprio in quegli anni il *Leitmotiv* della dottrina tedesca era quello della recezione del diritto romano, inteso come momento fondativo delle attualizzazioni pandettistiche – che tendevano complessivamente ad adattare in modo più o meno spregiudicato gli antichi testi giuridici dei *prudentes* alle mutate condizioni della società e del diritto –, e, per loro tramite, del «BGB.», che aveva segnato la fine della vigenza positiva del diritto romano nell'Impero di Germania⁴.

Negli stessi anni, inoltre, circolavano in Italia testi che, sempre nella prospettiva dell'affermazione della continuità fra esperienze giuridiche, si proponevano di riflettere in materia sistematica sul problema del diritto comune e dei suoi rapporti con i diritti particolari di stampo medievale e

mai interessata da quella complessa operazione culturale, oltre che sociale e politica, che va sotto il nome di «recezione del diritto romano», e di cui si parlerà non poco nel prosieguo del lavoro (cfr. *infra*, nel testo). Come ricorda Caroni, inoltre, mentre in tutto il resto d'Europa, eccezion fatta per l'Inghilterra, la codificazione assunse la funzione storica di sostituire il sistema delle fonti di diritto comune ed in questo senso anche di ridimensionare l'importanza pratica della scienza romanistica, in Svizzera quest'ultima nacque quando la codificazione dei singoli cantoni era già stata avviata o addirittura completata. «Non nasceva in contrapposizione alla codificazione, non intendeva criticarla o peggio ancora sconvolgerla, ma ispirarla (se si stava elaborandola) o affiancarla ed integrarla (se era già in vigore)» (p. 84 s.): motivo per cui «la mancanza di ogni obbligo legale di applicazione non solo rendeva possibili gli approfondimenti squisitamente storici appena ricordati, ma pure permetteva una valorizzazione più sbarazzina e disincantata del diritto romano nell'ambito del diritto vigente. Nei ricordi di taluni celebri pandettisti tedeschi, che iniziarono la loro carriera accademica in facoltà svizzere, vibra sorpresa ed ammirazione per questo atteggiamento pratico e pragmatico, ma sostanzialmente lungimirante» (p. 86). Secondo l'analisi di Caroni, quindi, la romanistica svizzera avrebbe lavorato mettendo totalmente da parte il metodo pandettistico – per comprendere il senso dell'espressione e la corrente culturale che vi è dietro, cfr. diffusamente *infra*, nel testo –, mancando quella disponibilità ad isolare il diritto dal suo contesto sociale che caratterizzava la Pandettistica tedesca. *Contra*, CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi*, cit., p. 43, che sostiene invece come la Svizzera abbia lavorato in un'orbita sostanzialmente pandettistica. In ogni modo, è un dato di fatto che i codici cantonali siano stati formulati rispettando generalmente i valori, e la storia, consegnati dalle tradizioni locali: «chi era sensibile alla dimensione storica del diritto ed intendeva rappresentarla» – avverte infatti ancora Caroni (p. 87) – «imboccava altre strade, preferiva regolarmente altre fonti ed altri materiali: quelli locali, ora riscoperti, rivalutati e rielaborati su vasta scala dai germanisti svizzeri della scuola storica».

⁴) Cfr. per tutti B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, 1930, I, p. 1 ss.

postmedievale⁵.

Nonostante questo *milieu* culturale, il processo di romanizzazione del Codice civile italiano del 1942 fu assai scarso: non sarà qui il caso di scomodare, per dimostrarlo, i noiosi lavori preparatori al Codice, che ci parlano di una feroce polemica antiromanistica e anti diritto romano⁶, basterà infatti riportare una gustosa ed arguta pagina di Antonio Guarino, che ce la dice lunga sul problema.

L'illustre romanista napoletano, in uno scritto dedicato a *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*⁷ – rimozione, si badi bene, e non «continuità»: in polemica con i sostenitori di quest'ultima –, sceglie, tra la sterminata casistica possibile, un caso pratico, con i suoi risvolti giudiziari, che fece grande scalpore in Italia solo poco più di mezzo secolo fa: elevandolo a spassoso quanto significativo aneddoto, secondo un suo personalissimo stile, anche nel trattare gli argomenti più delicati. Questa volta la provocazione parte da una pagina di Dickens, tratta da *Il circolo di Pickwick (The Posthumous Papers of the Pickwick Club, 1836-1837)*.

Per non togliere nulla al divertimento del lettore, riportiamo testualmente le parole di Guarino:

... il bizzarro e facondo Samuel Pickwick, essendo stato condannato a pagare circa un migliaio di sterline per rottura di una promessa di matrimonio, si rifiuta di assolvere il debito e viene pertanto rinchiuso nella prigione per debitori della Fleet Street. La descrizione del carcere e dei suoi squallidi ospiti (cap. XLI e seguenti) è fatta con il solito humour dickensiano, ma è di un realismo minuzioso che colpisce e che è probabilmente spiegato dal fatto che un congruo periodo di prigionia per debiti era stato condotto dalla madre a Marshalsea per convivere, nel locale edificio carcerario, con l'autore dei suoi giorni, prendendo alloggio in un'ala generosamente concessa dall'amministrazione ai familiari dei debitori.

Sorvolando sulle consuete svenevolezze che si scrivono dagli autori giuridici e non giuridici in questi casi, fatto sta che l'«arresto personale per debiti» non era, nel secolo decimonono, una singolarità del popolo inglese: popolo ancor oggi ritenuto in letteratura singolare per definizione. L'istituto, risalente (ci spiace di dirlo) all'antichità greco-romana (ed oltre), era diffuso anche nell'Europa continentale e, sebbene contrastato dalla Rivoluzione Francese, aveva trovato salda sede nel *Code Napoléon* del 1807, nonché nelle altre legislazioni europee, finendo per essere via via abolito quasi dovunque, in un paio di decenni successivi agli scossoni politico-sociali del 1848. In Inghilterra esso ebbe termine un anno prima della morte di Charles Dickens, col *Debtor's Act* emanato dalla regina Vittoria il 9 agosto 1869.

Anche in Italia, prima e dopo l'unificazione, l'arresto personale per debiti fu conosciuto e disciplinato, in ultimo dal Codice civile e dal connesso Codice di procedura civile del 1865, con una codificazione quindi apparentemente ignara dei tempi cheolgevano e delle riforme abrogative che si attuavano o preparavano altrove. L'abolizione sopravvenne nel nostro paese «all'italiana», cioè buon'ultima, con legge 6 dicembre 1877 n. 4166, e fu un'abolizione «all'italiana» anche nel contenuto. La legge del 1877 dispose, sì, che «l'arresto per debiti in materia civile e commerciale, contro nazionali e stranieri, è abolito», ma si premurò di formulare talune sottili eccezioni (sulle quali non è qui il caso di fermarsi) in ordine alle obbligazioni di risarcimento scaturenti da reato. Non prima dell'entrata in vigore della codificazione vigente, nel 1942, l'istituto è stato finalmente ed inequivocabilmente (anche se non con formula esplicita) tolto di mezzo anche da noi».

Si ricordi che l'istituto è di indubbia derivazione dalla *addictio* di diritto romano: in seguito alla quale il debitore condannato veniva di fatto limitato nella sua libertà, in funzione dell'ulteriore corso del processo. Il creditore precedente poteva infatti tenerlo presso di sé, legarlo (le XII Tavole fissavano addirittura il peso massimo delle catene), con il solo obbligo di prestargli un minimo di sussistenza (una libbra di farro al giorno), fino al caso limite della messa a morte⁸.

⁵) Particolarmente significativo in tal senso è il lavoro di F. CALASSO, *Il concetto di diritto comune* (1934), ora in *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 33 ss.

⁶) Cfr. per tutti le pagine di A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, p. 58 ss., che ricostruisce il dibattito sul valore e sui limiti dello studio del diritto romano in vista della riforma del Codice civile del 1865.

⁷) A. GUARINO, *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*, in «Labeo», XLII, 1996, p. 17 ss.

⁸) Cfr. per tutti, circa il regime dell'istituto, il manuale di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 292 s.

E soprattutto si ricordi che si stava rinunciando, con l'abolizione dell'istituto in questione, ad una delle poche tracce superstiti di diritto romano, nel momento in cui la tensione, nella dialettica della continuità, se non anche dell'immanenza del diritto romano nelle esperienze giuridiche moderne, era altissima: proprio in funzione dell'imminente codificazione del 1942.

Ma torniamo a leggere Guarino:

per quanto risulta, l'arresto per debiti ha sempre avuto in Italia, specie dopo la legge del 1877, un assai scarso successo. E si capisce. Quando il condannato fosse in grado di procurarsi in qualche modo (ricorrendo a parenti, a persone di buon cuore o, in ultima istanza, ad usurai) la pecunia debita, è ovvio che egli, pur di evitare la prigione (per di più una prigione come tutte le altre, ben diversa da quella in certo senso benevola sperimentata a Marshalsea dal padre di Dickens), al pagamento, sia pure *in extremis*, provvedesse. Quando invece queste possibilità gli mancassero del tutto, la sua scarcerazione avrebbe fatto piacere al creditore solo a titolo di sterile vendetta, facendo venir meno la speranza, o diciamo pure l'illusione, che egli, evitando il periodo di assoluta improduttività economica comportato dal carcere, trovasse il tempo e il modo (non si sa mai nella vita) di sfruttare la libertà concessagli per far soldi e pagare, se non addirittura per ripagare il creditore con proprie prestazioni di lavoro ai suoi ordini. Sia come sia, nel nuovo secolo l'istituto era pressoché dimenticato e un grande processualista come Ludovico Mortara, in un suo estesissimo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* (vol. V [1932] 2), era tra i pochi a ricordarsene, ma solo per affermare autorevolmente che esso era «caduto affatto in disuso, anche rispetto ai rari casi in cui sarebbe tollerato».

Tutto sarebbe andato *de plano* sino alla imminente riforma del 1942, se la Corte di appello di Firenze, con una sentenza del 5 agosto 1937, non avesse sorprendentemente irrogato, a persona di cui non interessa fare qui il nome, per l'appunto una condanna all'arresto per debiti in base ad una puntuale interpretazione della legge di sessant'anni prima, quella del 1877. Stupore, clamore, indignazione contro i magistrati fiorentini, sia sui quotidiani di informazione sia sulle riviste giuridiche specializzate: reazioni di questo tipo davvero non mancarono, anzi giunsero a vertici raramente toccati in altri casi. Ma mettiamoci nei panni dei giudici. Costretti dalla legge processuale (e dalle regole addirittura elementari del diritto) a decidere per il sì o per il no sulla base delle domande formulate dalle parti in causa, essi si trovarono di fronte ad una richiesta tanto spietata e puntigliosa del creditore e dei suoi avvocati, che non poterono evadere il problema se la legge del 1877 fosse, con buona pace del Mortara, una legge «in disuso» certo, ma tuttora vigente, e se il caso da risolvere fosse appunto uno dei «rari casi» in cui l'arresto per debiti dovesse essere tuttora «tollerato». Non poterono evadere il problema e lo risolsero (sono sicuro, molto di mal grado) così come andava risolto, cioè in senso affermativo. La colpa non era loro, ma del legislatore. (...) Il «mostro di Firenze», quello del 1937, da parecchi giuristi italiani fu mandato giù a fatica, ma comunque mandato giù. Anzi, le cronache giudiziarie registrarono un notevole risveglio di creditori malevoli che, incoraggiati dalla sentenza fiorentina, chiesero e ottennero dai giudici di merito altrettanti condanne all'arresto per debiti sin quasi alla vigilia di quel 21 aprile 1942, giorno «fatidico» del Natale di Roma, in cui entrò solennemente in vigore il nuovo Codice civile così detto (ma perché, ma perché?) «fascista».

Un passaggio, quest'ultimo, che comportò, come si diceva, l'abrogazione dell'istituto, in spregio al diritto romano – nonostante il tanto parlare di continuità, recezione, e via discorrendo –, e agli ultimi fatti di cronaca narrati argutamente da Guarino.

Il quale non si stupisce certo più di tanto del totale scollamento tra riflessioni della dottrina romanistica e incidenza delle medesime sulla realtà del diritto e – per rimanere al tema di queste pagine – sul processo di codificazione, anche e soprattutto italiano del 1942.

Nello stesso scritto infatti, l'autore ci ricorda certe vivaci reazioni che contro l'egemonia del diritto romano si levarono, in Germania e nel resto d'Europa, sia da innumerevoli operatori pratici sia da non pochi e non trascurabili pensatori del calibro di Diderot, Alessandro Verri, Voltaire⁹

Negli ambienti dell'Illuminismo, infatti, l'atteggiamento più diffuso nei confronti del diritto romano, inteso soprattutto come l'insieme delle soluzioni dei giureconsulti ospitati nei *Digesta*, era quello dell'insofferenza, prodotta da un apparato che sembrava ai più vetusto, inutilmente compli-

⁹) Cfr. GUARINO, *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*, cit., p. 8.

cato, e inadatto ai tempi moderni.

Con il che in realtà si poneva un problema che sarà al centro delle discussioni del secolo decimonono, intorno alla opportunità di togliere di mezzo il diritto romano, per dar posto a codici e leggi di impostazione più moderna: disussioni, ovviamente, tutte esterne alla romanistica continentale, che, quasi impermeabile allo *Zeitgeist*, continuava a discutere di continuità e di recezione del diritto romano nei codici moderni.

Con i magri risultati appena visti.

Diverso è il caso dell'Inghilterra e di tutto il mondo anglosassone, che del diritto romano e del relativo *Corpus iuris* si era liberata, quanto a vigenza, sin dai tempi di Guglielmo il Bastardo, duca di Normandia, e della sua vittoria nel 1066 sul sassone Aroldo: gli stati dell'Europa continentale hanno impiegato più tempo per giungere allo stesso risultato – l'ultimo bastione è infatti crollato solo l'1 gennaio 1900 con l'entrata in vigore del «BGB.» tedesco –, e sicuramente un ruolo chiave, di svolta, anche se non decisivo, è stato rivestito, in tutta questa vicenda – comunque impossibile da ricostruire in questa sede più nel dettaglio –, dalla Rivoluzione Francese.

Proprio l'Inghilterra ci fornisce lo spunto per far risaltare un'ulteriore aspetto dello scollamento poc'anzi evidenziato: in questo caso, forse, la situazione rasenta addirittura la schizofrenia.

Praticamente da sempre la maggior parte della dottrina romanistica ha ritenuto, proprio in virtù di quanto accaduto all'epoca di Guglielmo il Bastardo, che le radici della *common law* inglese non fossero riconducibili all'area del diritto romano, tenendo quindi fuori dall'agone dialettico più rilevante il diritto anglosassone.

Non paga forse delle sconfitte già subite, e su tutti i fronti, nel processo di codificazione, che poco o nulla ha in realtà recepito del diritto romano, la stessa dottrina sembrerebbe ora (la divagazione ci porta infatti al tempo attuale) piuttosto incline a ritrattare la questione: per tentare, *in extremis*, di salvare il salvabile?

Chissà. Quel che è certo è che è curioso leggere, all'interno di un'analisi delle proposte oggi correnti per una unificazione del diritto europeo delle obbligazioni, considerazioni, come quella di Cannata¹⁰, che nel confrontarsi con la nozione, cruciale in un dibattito del genere, di «contratto», arrivano a sostenere la sostanziale unità di quest'ultima nel sistema di *civil law* e in quello di *common law*.

Il ragionamento che fa l'autore citato è più o meno il seguente.

I *civilians* (intesi come giuristi di area continentale, e per questo di matrice romanistica) stanno ora cercando di convincere i *common lawyers* (i giuristi, viceversa, di area anglosassone, finora sempre sdegnosamente tenuti fuori dall'eredità del diritto romano), in un'operazione politica finalizzata ad un comune sistema di diritto delle obbligazioni, ad abbandonare l'idea di rifiutare di riconoscere un contratto in un accordo sfornito di *consideration*. Quest'ultima – una sorta di contropartita, fornita o promessa, per ottenere l'impegno dell'altra parte, pur non costituendo né il corrispettivo né la causa del contratto così come intesi, ad esempio, nel diritto italiano¹¹ – rappresenterebbe infatti l'irriducibile elemento di differenziazione fra le due concezioni di contratto, che in tal modo resterebbero sempre e comunque diverse, e per ciò stesso incompatibili.

Tutto il problema si presenterebbe diverso, prosegue però il Cannata, leggendo in una nuova luce alcuni passaggi del celebre trattato di Blackstone¹²: il padre della letteratura giuridica inglese di stampo più moderno (anche se siamo pur sempre a cavaliere tra Settecento e Ottocento) avrebbe infatti sostenuto come il *common law* abbia costruito la sua nozione di contratto prendendo dal diritto romano l'idea della *consideration*, racchiusa nella nota regola (romana) '*ex nudo pacto actio non*

¹⁰ Cfr. ancora CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi*, cit., p. 44.

¹¹ Sul punto materia, cfr. per tutti, al fine un primo approfondimento, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, p. 1990, *passim*, e P. PARRINI, *Manuale pratico dei contratti in lingua inglese*, Padova, 2001, *passim*.

¹² Cfr. Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1809.

oritur?. Una concezione che il giurista inglese avrebbe maturato, secondo quanto dichiarato nella prefazione dell'opera, datata 2 novembre 1765, già dal 1753.

In pratica, a stretto rigore, la nozione di contratto nel *common law* moderno e nel *civil law* sarebbe identica, grazie alla mediazione anche del diritto comune continentale.

Quindi, conclude Cannata, «lo sforzo del civilian per convincere il common lawyer ad abbandonare l'esigenza della consideration rappresenta il mezzo più sicuro per perdere l'autentico elemento unificatore dei due sistemi e per costruire, nel contempo, un nuovo sistema contrattuale sulla base di una nozione generale di contratto mutilata di quel che rappresenta il suo perno in entrambi i sistemi»¹³.

Sui rapporti storici fra *Common Law* e *Civil Law* e sulla permeabilità del primo ai contenuti del secondo si era del resto già espresso Gorla¹⁴: il cui pensiero viene esasperato, in una visione «romanistico-centrica» in tempi più recenti da Zimmerman¹⁵, secondo il quale addirittura tutto quello che è avvenuto dopo Giustiniano sarebbe solo sviluppo naturale e continuo degli assetti giuridici antichi, al punto che questa continuità (*sic*, di nuovo) avrebbe irrimediabilmente marcato la cultura giuridica europea con un tessuto di principii, regole, concetti, nozioni comuni esistenti ancor oggi dietro i diversi assetti precettivi nazionali.

In realtà, come ricorda Cannata, «l'Europa non ebbe mai un diritto uniforme, neppure al tempo dell'impero romano; ma comunque non l'ebbe al tempo del diritto comune»¹⁶: mentre è convinzione piuttosto diffusa tra gli storici del diritto che in Europa quando era in vigore il sistema del diritto comune (tra XV e XVIII secolo), vi fosse un sistema di diritto sostanzialmente omogeneo, perlomeno a livello di Europa continentale.

Tutto questo per dire che la discrasia tra dottrina giuridica, dominata da concezioni romano-centriche, e impatto della stessa sull'effettiva formazione del diritto in Europa, che ha sempre in qualche modo rimosso il diritto romano dai codici, anche nel periodo che precedette il Codice civile del 1942, non è né fenomeno nuovo, né fenomeno che si è mai arrestato nel corso del tempo, arrivando quindi fino ai nostri giorni.

Nonostante questo in dottrina si continua a discutere di quale sia l'effettivo retaggio della scienza giuridica romana – e del diritto che ne era alla base, elaborato in un arco temporale di circa sei secoli – sull'attuale assetto normativo dell'area europea: il tutto risolto, semplicisticamente, in base a due diverse opzioni possibili.

Vi è, infatti, da un lato, la posizione, definita da alcuni di tipo «giusnaturalistico»¹⁷, che tende a considerare come momento di continuità tra l'esperienza giuridica romana e quella attuale, l'adozione di quelle soluzioni normative che si possono considerare sostanzialmente coincidenti; dall'altro lato, vi è invece chi vede tale momento nel metodo impiegato dai *prudentes* romani per pensare il diritto: un metodo sicuramente ancora condiviso dai giuristi di tutti i paesi di «*civil law*».

La prima opzione è prevalente nei paesi di area germanica, in cui il diritto romano ha vissuto la più lunga stagione di vigenza positiva (conclusa solo con il «BGB.» del 1900)¹⁸; mentre la seconda è

¹³ Così testualmente, CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi*, cit., p. 46.

¹⁴ Cfr. in particolare G. GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista (da diritto comparato al diritto comune europeo)*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1980, p. 1 ss., *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*, ivi, p. 877 ss., *Un centro di studi storico-comparativi sul "Diritto comune europeo"*, ivi, p. 901 ss., e *Diritto comparato*, in «Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia», Milano, 1982, p. 470 ss.

¹⁵ In particolare, cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, *passim*.

¹⁶ Così ancora testualmente CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi*, cit., p. 47.

¹⁷ Cfr. ancora TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 4.

¹⁸ Sicuramente l'esponente più estremista di tale tendenza è Rolf Knütel, del quale si vedano in particolare *Römisches Recht und Europa*, in «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», II, 1994, p. 244 ss., e *Ius commune und römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in «Juristische Schulung», XXVI, 1996, p. 768 ss. (cfr. anche la 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 F. Gallo», Napoli, 1997, III, p.

invece più diffusa tra gli studiosi di diritto romano italiani.

Vi è da dire – prima di tentare qualsiasi ipotesi sulle cause di tale scollamento, o forse addirittura miopia della dottrina – che le voci critiche non sono mai mancate, oggi (come il già citato Guarino) come ieri.

Varrà forse la pena di ricordarne, per il passato, una, piuttosto significativa, perché ci porta nell'Europa orientale, e ai lavori preparatori del «BGB.»: si tratta di Leo von Petrazycki, uno studioso di origine polacca¹⁹, ma formatosi sotto il profilo giuridico nell'orbita delle culture russa e tedesca, che intervenne nella discussione sui progetti del Codice civile tedesco con due lavori²⁰, in cui accesa è la denuncia nei confronti della Pandettistica tedesca: una dottrina, quest'ultima, che riduceva tutta la scienza giuridica nella dogmatica del diritto privato (di stretta derivazione romanistica), rivendicando per sé il ruolo di scienza universale, per poi rivelarsi incapace di codificare. E' in questa temperie culturale, scossa dai mutamenti socioeconomici avvenuti nella seconda metà dell'Ottocento con il sorgere della grande industria, che la legittimità della Pandettistica, e da qui della romanistica, come depositaria di tutta la scienza giuridica cominciò ad essere messa in discussione: «neanche incaricati del compito codificatorio i dogmatici seppero tramutarsi in legislatori»²¹.

In modo molto incisivo, Petrazycki ricondusse l'insuccesso dei progetti per il «BGB.», visti come «un ammasso di paragrafi, messi insieme in conformità alle rubriche dei manuali delle Pandette», al successo della polemica di Savigny²², tra i padri fondatori della Pandettistica, contro la codificazione: la sua attenzione ai testi antichi lo aveva infatti portato a credere che la codificazione fosse superflua, in quanto le norme giuridiche non sarebbero poste, ma scoperte, sarebbero cioè frutto organico della dogmatica giunta alla maturazione. Leggiamo invece la critica, nella traduzione in italiano (di Tomasz Giaro)²³, del pensiero dello studioso di origine polacca: «sin dall'inizio dell'Ottocento la giurisprudenza tedesca, quasi immemore del suo compito codificatorio, si dette a studi storici e dogmatici che apportarono risultati eccellenti, ma non per questo sufficienti per la riuscita di una codificazione (W. 217). A quest'ultima si procedette, perché si intuì di non poter più accontentare con il diritto romano la vita moderna, ma anche senza aver accertato in che senso essa avesse nel frattempo cambiato e quale ne fosse la direzione di sviluppo ulteriore (E. I 329)».

Perché, prosegue quindi Giaro, la storia e la dogmatica, le uniche scienze giuridiche coltivate allora in Germania, sono incompetenti in materia di codificazione?

La diagnosi di Petrazycki parte dalla distinzione tra la produzione del diritto consapevole e inconsapevole: «la giurisprudenza dell'epoca della Recezione accomodò il diritto romano ai bisogni di vari tempi e luoghi (E. II 580) in via di rapprezzamento, senza trascendere il quadro dell'adattamento inconsapevole del diritto al contesto sociale (E. II 598)». E ancora: «La codificazione tedesca è una codificazione abortita, perché costituisce, nonostante la forma di legge, un'opera legislativa inconsapevole (W. 214, 221, 380; E. II 438, 491, 558)». «La coscienza giuridica del popolo, esaltata dalla Scuola storica, è in realtà mancanza di coscienza (W. 200)». «Più veloce scorre la vita, più presto la saggezza giuridica degli antenati diventa un assurdo (E. 42)».

Si può forse solo immaginare, fa notare Giaro, il disappunto che, alla lettura di queste parole,

521 ss.).

¹⁹ Sulla vitalità della scuola polacca di diritto romano e sui suoi proficui rapporti con la scuola e la cultura italiane, soprattutto a partire dagli anni successivi alla prima guerra mondiale, cfr. per tutti L. LABRUNA, *Sui rapporti tra i romanisti di Varsavia e la romanistica italiana del dopoguerra*, in «Index», XXIX, 2001, p. 21 ss.

²⁰ L. PETRAZYCKI, *Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*, Berlin, 1892 (abbreviato, nelle citazioni del prosieguo – cfr. *supra* nel testo – con la lettera «W.» seguita dal numero della pagina) e ID., *Die Lehre von Einkommen*, Berlin, volumi I-II, rispettivamente del 1893 e 1895 (abbreviato con la lettera «E.», sempre seguita dal numero del volume e della pagina).

²¹ Così T. GIARO, *La Zivilpolitik di Petrazycki o dell'amore nel sistema decentralizzato*, in «Index», XXIX.2, 2001, p. 97 ss.

²² Del quale occorre citare soprattutto i due più noti lavori: *Vom Beruf unsrer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1828, e *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1856.

²³ Si tratta del già ricordato GIARO, *La Zivilpolitik di Petrazycki*, cit., p. 98 ss.

dovette sorgere in Sohm, autore di quel manuale di diritto privato romano, arrivato nel 1923 alla diciassettesima edizione.

Eppure l'imponente apparato, a un tempo dottrinario e normativo, del *Corpus iuris* voluto da Giustiano non ha mai smesso di tormentarci: ancora oggi si discute – ed è forse, a livello generale, la discussione che va per la maggiore – se sia possibile rifondare una scienza giuridica europea su base romanistica, capace di attrarre – come si è già fatto notare – anche il *common law*.

L'illusione è forse quella di trovare un fattore di unificazione che prelude oggi, in Europa, ad una normativa uniforme: il diritto romano fu senz'altro, per il mondo antico, un fattore di unificazione, ma come ci avverte Talamanca, fu un'esperienza e un modello di «élite», che può funzionare (ed ha funzionato) solo in una ristretta società di eguali, e quindi sostanzialmente in un'aristocrazia²⁴ (di cui non si vedono troppe tracce, al giorno d'oggi).

Sicuramente vi è, sullo sfondo, un problema di *governance culturale*, cui la scienza giuridica continentale non vuole rinunciare, nonostante le molteplici evidenze contrarie²⁵: anche se il tema è scarsamente indagato, e anche qui ci si è dovuti accontentare solo di tratteggiare un quadro molto generale, sondaggi recenti mostrano quanto lenta, faticosa e spesso solo parziale sia stata la «romanizzazione» degli ordinamenti privatistici nella maggior parte dei paesi europei nel corso del secolo XIX, e da qui, come abbiamo cercato di evidenziare in queste pagine, nei Codici più recenti²⁶.

Se dunque l'idea che il diritto romano riassunto nei quadri dogmatici della Pandettistica, concepito come un insieme di valori eterni della cultura europea, sia un immenso *réservoir* in cui si trovano soluzioni ai problemi odierni, non sembra sia stata poi più di tanto accolta, nemmeno a livello di «valori»²⁷: che, come ci avverte ancora Guarino, «sono pochi, pochissimi ed hanno carattere estremamente generale, quindi generico e vago. Per tutto il resto, come dire il novantanove per cento di qualsivoglia civiltà giuridica, il diritto ha carattere storico, è un fenomeno sociale che ha un principio e una fine»²⁸: sembrerebbe allora aver ragione il Mefistofele di Goethe, quando travestito da dottor Faust s'intratteneva con un giovane incerto sulla facoltà universitaria da scegliere, avvertendolo che «leggi e diritti si ereditano come un'eterna malattia. Si strascinano / da una generazione all'altra, si propagano / di luogo in luogo, piano piano. / La ragione diventa assurdità, / il pubblico vantaggio una calamità; / che disgrazia essere un postero! / Quanto al diritto che è nato con noi, / purtroppo mai che se ne parli»²⁹.

²⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, in «Studi Impalomeni», cit., p. 405 ss., in particolare p. 433.

²⁵ Cfr. in tal senso le gustose pagine di 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, p. 19 ss., in cui l'autore documenta di fonti antiche e antichissime (diritti popolari greci ed ellenistici, diritto babilonese ed egizio) «rimosse» per comodità dalla tradizione giuridica occidentale, per tacere le componenti orientali della nostra cultura e il suo carattere fortemente multiculturale e non solo romano-centrico.

²⁶ In questo senso, cfr. anche le pagine di A. MAZZACANE, «*Il leone fuggito dal circo*»: *pandettistica e diritto comune europeo*, in «Index», XXIX, 2001, p. 97 ss.

²⁷ Sui motivi per i quali è necessario fare dei notevoli sforzi per rintracciare nel diritto romano classico un sistema generale di valori, cfr. per tutti P. STEIN, *Il diritto romano come teoria generale del diritto*, in «Index», XXIX, 2001, p. 45 ss.

²⁸ Così ancora, testualmente, GUARINO, *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*, cit., p. 17.

²⁹ Si tratta dei versi n. 1972-1979 della traduzione italiana di J.W. GOETHE, *Faust, Eine Tragödie*, ad opera di F. Fortini, pubblicata a Milano nel 1970, nell'ambito della collana Mondadori dei «Meridiani», ormai giunta oltre la decima edizione.