

Luigi Sandirocco

Ancora un contributo sul diritto romano nella storia europea

Come un itinerario didattico si trasforma in un *excursus* che unisce i fili del presente e del passato, nell'intento di valorizzare in chiave moderna la straordinaria eredità del diritto romano, padre nobile della tradizione giuridica europea, con una filiazione non sempre diretta ma comunque riconoscibile. La nota metafora di Johann Wolfgang Goethe¹, con il diritto romano paragonato a un'anatra che si immerge nell'acqua mentre nuota, apparentemente scomparendo ma riapparendo da un'altra parte, ben si presta a fornire un'immagine insuperata dell'evoluzione storico-giuridica. Gianni Santucci, per articolare il suo saggio², ha messo insieme le esperienze maturate con il corso istituzionale di Diritto romano all'interno del percorso didattico e scientifico di Diritto europeo e transnazionale all'Università di Trento e i corsi di Fondamenti del diritto europeo insegnati alla Scuola di specializzazione per le professioni legali di Trento e Verona e altresì nella stessa facoltà di Giurisprudenza. Si tratta di una seconda edizione, pubblicata per la collana «Itinerari» dell'editore bolognese, con complessiva revisione del testo e modifiche a volte significative che andremo a puntualizzare in seguito.

Il volume ha una struttura quadripartita, ben equilibrata nella scansione degli argomenti, aperta da «Gli usi del diritto romano nella storia europea»³, un capitolo metodologico frutto dell'accurata rivisitazione di un testo precedente, con riduzioni mirate, aggiunte e modifiche al percorso scientifico.

¹) J.P. ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in der letzten Jahren seines Lebens* (cur. C. Michel), Frankfurt a.M., 1999, p. 335; si vedano anche S. CASSESE, *L'anatra di Goethe*, in «Index», XXXIX, 2011, p. 28, K.H. BELOW, *Goethe in seinem Verhältnis zum römischen Recht*, in «Studi P. Koschaker», Milano, 1954, II, p. 229 ss., e L. PEPPE, *Uso e riuso del diritto romano*, Torino, 2012, p. 11 ss.

²) G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018, p. 184.

³) P. 11-67.

Il millenario percorso dell'elaborazione giuridica romana (che ha nel *Corpus iuris* giustiniano uno dei suoi punti di massimo splendore) non fu sufficiente a mettere questo patrimonio al riparo dalle vicissitudini storico-istituzionali: se escludiamo gli influssi nel diritto germanico⁴, esso andò scemando in una sorta di inerzia secolare in Europa, senza però scomparire. Come l'anatra di Goethe, riemerge nel XII secolo grazie alla Scuola bolognese che irraggia di nuovo il diritto romano sia nelle sue componenti aderenti alla lettera del testo, sia nelle reinterpretaioni sistematiche, sia nei caratteri storici e filologici della cultura classica⁵, in una nuova fioritura. Un periodo di crisi, che investe proprio il *Corpus* e quindi l'operatività dello *ius commune* nella prassi giudiziaria e nella didattica, è invece quello della fine del XVIII secolo/inizi del XIX, quando si affermano i modelli del giusnaturalismo e del giusrazionalismo che, pur non rigettando i principii e le figure romanistiche, tendevano a escludere l'applicazione diretta del diritto romano, come con l'*Allgemeine Landrecht* in Prussia, il *Code Napoléon* in Francia, l'*Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch* nell'impero asburgico. I primi grandi codici europei, infatti, pur mettendo in secondo piano l'esperienza giuridica romana, ebbero come conseguenza proprio una prepotente rinascita dell'interesse verso quel mondo, andando a schiudere in Germania la cosiddetta «terza via del diritto romano»⁶ che ha in Friedrich Carl von Savigny il suo esponente di punta e nella scienza pandettistica il suo fulcro scientifico, tanto da coniare la definizione di «diritto privato comune tedesco di origine romana»⁷. Un *focus* che si estende dalla Mitteleuropa anche all'Est e che pone, come sottolinea Santucci, le basi di un'impostazione storicistica, modello metodologico che ancora domina gli odierni studi romanistici nel mondo⁸. Con il declino dell'utilizzo mediato delle fonti romane come diritto positivo, la Pandettistica, pur serbandone la sua autorevolezza scientifica, perde ogni funzione pratica anche per quanto concerne l'insegnamento universitario. Insomma, il diritto romano, ormai libero dall'obbligo di servire il diritto privato moderno, diventa oggetto di studio per ciò che era e ciò che rappresentava. Si assiste così a un ulteriore impulso

⁴ E. LEVY, *Reflections on the First «Reception» of Roman Law in German States*, in *Gesammelte Schriften*, Köln-Graz, 1963, I, p. 201 ss.

⁵ P. 12.

⁶ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 15; T. GIARO, *Roman Law always dies with a codification*, in «Roman Law and European Legal Culture» (cur. A. Dębiński, M. Jońca), Lublino, 2008, p. 21.

⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862-1870, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, Torino, 1925, I, p. 1.

⁸ Sul punto, in particolare, si rinvia a E.I. BEKKER, *Die aktionen des Römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1872, p. 2.

della ricerca, con una significativa progressione nella conoscenza e nella diffusione. Tanto che nel 1989, quando veniva ipotizzata una codificazione comune europea, si è aperta un'ulteriore riflessione sul diritto romano e sulla romanistica, intesi come identitari e unificanti⁹.

Santucci accenna, quindi, alle prospettive teorico-interpretative di alcuni studiosi che hanno guardato e guardano allo *ius commune* come al modello ispirativo dell'Unione Europea, mentre altri si spingerebbero fino a ipotizzare che in ampi settori dello *ius commune*, in particolare per quanto concerne i diritti reali e le obbligazioni, risieda quella salda tradizione che dovrebbe andare a costituire il sistema europeo¹⁰, nell'auspicata armonizzazione dei vari diritti nazionali¹¹.

Occorre pertanto andare a scomporre quel vasto mondo racchiuso nella sintetica definizione di «diritto romano», anche perché appare pacifico che l'odierna scienza giuridica debba circoscrivere la lunga e ininterrotta attività teorico-pratica che è andata a depositarsi sul diritto giustiniano, a sua volta punto di approdo di una ricchissima e sfaccettata tradizione. Ci sono almeno cinque significati attribuiti all'espressione «diritto romano» che sfuggono alla *reductio ad unum*. Il cosiddetto «diritto romano dei Romani», o puro¹², è quello che va dall'epoca monarchica delle origini a Giustiniano; la «tradizione romanistica» va riferita al *Corpus* giustiniano così come accolto nell'Europa medievale e moderna; l'accezione di «diritto comune europeo» può essere identificata nel *Roman civil Law*¹³; il quarto modello è la pandettistica; la «romanistica», o «giusromanistica», è infine la scienza che studia il diritto romano. Santucci precisa in questa fase, prima di affrontare la tematica della storicità, che l'impostazione analitica del suo lavoro è nel senso di «diritto romano dei Romani», come abitualmente accade nella giusromanistica¹⁴. La scienza romanistica del '900 si è dedicata a riassembleare le componenti sociali, economiche e culturali dell'evoluzione del diritto. E' stata proprio l'impostazione storicisti-

⁹ E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo*, Padona, 2006, p. 17 ss.; V. BALDO, *Per un codice civile europeo*, in «Index», XXXVIII, 2008, p. 61 ss.

¹⁰ Sulle diverse posizioni in argomento, cfr. T. GIARO, *op. cit.*, p. 23 ss.

¹¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su «i fondamenti del diritto europeo»: un'occasione da non sprecare*, in «Iura», LI, 2000, p. 1 ss., e ID., *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in «Atti del convegno. Il Classico nella Roma contemporanea. Mito, modelli, memoria, Roma 18-20 ottobre 2000» (cur. F. Ruscetti), Roma, 2002, p. 415 ss.

¹² A. HAIMBERGER, *Reines römisches Privatrecht, nach den Quellen und den Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten*, Wien, 1835.

¹³ J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969, trad. it. – *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* –, Milano, 1973, p. 7 ss.

¹⁴ P. 20-21.

ca ad aprire nuovi ambiti di ricerca in tutt'Europa (filologia dei testi, fonti diverse dal *Corpus*, diritto arcaico e del Tardoantico, biografie dei giuristi), abbattendo i paletti dello studio dogmatico secondo i criteri derivati dalla pandettistica. La maggior parte dei romanisti del primo Novecento aderirono alla predominante critica interpolazionistica con la finalità di ricostruire il diritto romano classico nei suoi strati testuali e cronologici, liberandolo dalle successive alterazioni e modifiche operate dai commissari giustinianeî (o precedenti) al momento della compilazione del Digesto¹⁵. Nonostante tutto tra romanisti e giuristi di diritto positivo non venne scavato un solco troppo profondo poiché i primi, nonostante l'indirizzo storico della svolta interpretativa, hanno continuato ad adottare schemi e strutture dogmatiche di origine pandettistica, secondo un condiviso modello di conoscenza.

Lo studioso affronta poi la questione cardinale di alterità e identità tra il diritto romano e quelli moderni. La prospettiva, infatti, è duplice: la linea ideale di continuità e le spezzature fattuali che riescono persino a insinuarsi dietro l'apparente continuità¹⁶. Una forma di «diversità», quindi, che forgia il diritto privato nell'Europa continentale. Santucci fa rilevare le problematiche innescate dall'intervento di giuristi non romanisti che trascurano la conoscenza storica nella loro indagine specialistica¹⁷, ma anche la pervicace ricerca da parte dei romanisti di identità e alterità lì dove non sono, rendendo un cattivo servizio alla compenetrazione e alla comprensione dei due mondi. Il diritto romano, così come riteneva Jacob Grimm in uno scritto a Savigny, era un chiarissimo punto cardinale della storia e per tale andava preso, senza speculare sui motivi di successivo utilizzo¹⁸. Conoscere il passato e il divenire in senso storico, dunque, come momento di avvio e di edificazione della coscienza giuridica europea. Alan Watson non a caso indica i tre secoli che arrivano fino al principato di Augusto come il periodo in cui fiorì il sistema di diritto privato più innovativo e più riuscito del mondo¹⁹, vivificato secondo

¹⁵ Sul punto, in particolare, si rinvia a R. LAMBERTINI, *Avviamento allo studio testuale del diritto romano*, Torino, 2015, p. 158 ss.; cfr. F. CARNELUTTI, *La metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 42 ss.

¹⁶ M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2006, p. 9.

¹⁷ Sul punto, nello specifico, si richiama G. SANTUCCI, *Il dialogo con la storia giuridica nel metodo di Luigi Mengoni. Riflessioni minime su un esempio da coltivare*, in «Luigi Mengoni o la coscienza del metodo» (cur. L. Nogler, A. Nicolussi), Padova, 2007, p. 211 ss.

¹⁸ J. GRIMM, *Briefe der Brüder Grimm an Savigny. Aus dem Savignyschen Nachlass* (cur. W. Schoof, I. Schnack), Berlin, 1953, p. 170.

¹⁹ A. WATSON, *Il diritto di Roma*, in «Storia di Roma» (cur. A. Schiavone), II, Torino, 1991, p. 479.

Santucci da una riflessione storicamente consapevole²⁰, che prende a paradigma tre passi esemplari del modo di creare *ius* da parte dei giuristi romani²¹.

Le apparenti discronie sono invece il frutto di una profonda astrazione che vivifica il testo e lo rende materia palpitante, specchio del presente ma anche strumento di disciplina del vivere in società. L'attività discrezionale del magistrato e dei giuristi risponde al requisito del rispetto dei criteri generalmente e socialmente condivisi, per risalenza nel tempo e per garanzia di applicazione dello *ius*. Le società moderne, al contrario, disomogenee sotto diversi profili e lontane dalla mentalità romana, non potevano che adottare modelli di produzione del diritto privato opposti a quella realtà, attraverso cioè un'impostazione codicistica che di per se stessa ambisce essere autosufficiente ma che nella prassi risulta instabile, mastodontica quantitativamente e modesta qualitativamente²². Un altro aspetto da tenere sotto controllo è la pretesa di poter «romanizzare» il diritto moderno, andando a ritroso con un percorso a tesi mirato all'individuazione delle fonti e dei modelli fondanti: un'ingenua attualizzazione, è definita da Santucci *tout court*²³, un processo in cui nozioni astratte create nel presente e per il presente vengono spostate e spesso generalizzate a esprimere esperienze del passato. Per usare la parole di Francesco Galgano, si tratta del «falso diritto romano»²⁴. Che ovviamente è cosa affatto diversa rispetto al «diritto romano pietrificato»²⁵, ovvero la conservazione di istituti per inerzia o mero calco della tradizione, senza che rispondano a una necessità da parte del diritto positivo di disciplinare la contemporaneità²⁶.

La prima parte del volume si salda alla successiva, «La regola dell'utilità dei contraenti»²⁷, capitolo frutto dell'aggiornamento di un testo precedente²⁸.

²⁰) P. 30-32.

²¹) D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 8.5.8.6 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 8.2.19.pr. (Paul. 6 *ad Sab.*).

²²) P. 36-37. Sul punto in particolare, si rinvia AA.VV., *Fine del diritto?*, con contributi di P. Rossi, L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi, P. Rescigno, Bologna, 2009.

²³) P. 38 ss.

²⁴) F. GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano*, in «Contratto e impresa / Europa», I, 2010, p. 141 e 152 ss.

²⁵) P. 48-55.

²⁶) Sul punto, inoltre, cfr. A. GUARINO, *Il metodo della giurisprudenza* (1963), ora in *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, p. 123 ss., nonché M. MARRONE, *Problemi delle obbligazioni; una rilettura in chiave storica*, in «Rivista critica del diritto privato», VI, 1988, p. 785 ss., V. GIUFFRÈ, *La «datio mutui». Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, e ID., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992.

²⁷) P. 69-109.

²⁸) G. SANTUCCI, «*Utilitas contrahentium*». Note minime su una regola che «cacciata dalla porta rientra dalla finestra», in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato» (cur. R. Fiori), Napoli, 2008, III, p. 277 ss.

E' questo il primo dei tre itinerari di indagine (*utilitas contrabentium*; *diligentia quam in suis*; *iniuria*) finalizzati a far rilucere il principio che la conoscenza della prospettiva storica del diritto romano e della tradizione romanistica rende pienamente comprensibile figure e caratteri dell'esperienza giuridica moderna. Santucci si sofferma sull'invenzione della regola dell'*utilitas contrabentium*, ossia un sistema della responsabilità contrattuale incentrato sui criteri soggettivi di dolo e di colpa, nonché su quello oggettivo della custodia tecnica. Il volume si addentra, quindi, in un risvolto chiaramente più specialistico, per quanto l'autore abbia in precedenza dichiarato esplicitamente di aver voluto sfrondare il testo da approfondimenti troppo specifici o eccessivamente da addetti ai lavori, riducendo l'apparato bibliografico, di per sé abbastanza robusto ma comunque funzionale a ben supportare la trattazione che nella parte mediana del saggio affonda le radici nel diritto romano²⁹, con una disamina puntuale e articolata, confermata nell'esposizione della conservazione del principio nella tradizione del diritto comune, particolarmente ricca nella bibliografia di riferimento nonostante nell'economia del testo lo spazio sia esiguo. Le critiche alla dottrina della tripartizione della colpa si sviluppano agli albori del XVIII secolo col giusnaturalismo ed erodono il valore pratico e teorico dell'*utilitas*, ma con argomentazioni che lo studioso, richiamando passi dei *cap.* 1 e 2³⁰, ritiene deboli e ideologicamente ancorati alla negazione di ogni rilevanza al diritto romano comune in favore di un diritto delle genti³¹. Ecco pertanto, nell' '800, prefigurarsi l'abbandono in talune codificazioni della regola di gradazione tripartita che però, sempre per l'autore, è apparente e non sostanziale³². Uno dei principali estensori dell'*Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch* asburgico del 1811, di cui abbiamo già accennato, Franz von Zeiller³³, giustifica l'abbandono della tradizionale gradazione della colpa con la complessità della società contemporanea e con la multiformità dei contratti in un'epoca di crescita esponenziale dei commerci nell'interno e all'esterno dell'impero. Per Santucci una svolta radicale, ma anch'essa apparente, si era avuta in Francia con il *Code Civil* napoleonico del 1804 che rigetta la formula

²⁹ D. 30.108.12 (*Afr.* 5 *quaest.*); *coll.* 10.2.2 (*Mod.* 2 *diff.*); D. 13.6.5.2-3 e 13.6.5.10 (*Ulp.* 28 *ad ed.*); D. 50.17.23 (*Ulp.* 29 *ad Sab.*); D. 13.6.18.pr. (*Gai.* 9 *ad ed. prov.*).

³⁰ P. 87-88 nt. 46-54.

³¹ P. 87.

³² Il *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* fissa in via generale la tripartizione ponendo a suo fondamento il criterio dell'*utilitas*.

³³ F. VON ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Wien-Triest, 1811-1813, trad. it. – *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca. Versione italiana* –, Venezia, III, 1816, p. 280 ss.

tripartita di gradazione della colpa: però secondo Impallomeni la norma romana era a tal punto viva da essere richiamata proprio da coloro che volevano negarne l'esistenza³⁴; tale conclusione viene fatta propria da Santucci nell'elaborata disamina dell'art. 1137 e dei suoi riflessi in altri articoli in argomento del codice francese, casistici, interpretativi ed esplicativi.

Nel Novecento le principali codificazioni vedono permanere il criterio dell'*utilitas*, come nel caso della «Schweizerisches Obligationenrecht» che nel 1911 completa la codificazione del diritto civile elvetico: essa è l'unica di epoca moderna in vigore che espressamente ne fa menzione³⁵. E' opinione dell'autore che il ruolo dell'*utilitas* sia stato conservato nel codice civile italiano del 1942 come nucleo di scelte del legislatore, quale ad esempio il carico di responsabilità del debitore (1224 c.c.). Lo studioso ne conclude che il legislatore delle principali codificazioni europee, la maggior parte delle quali in vigore, abbia inteso come punto fermo la parametrizzazione della misura della responsabilità del debitore in rapporto simmetrico al vantaggio che gli deriva dal contratto.

Si passa quindi al terzo capitolo che sviluppa il secondo dei preannunciati tre indirizzi di indagine: la *diligentia quam in suis*³⁶. Si tratta di un'interessante trattazione del sistema di responsabilità fondato sulla colpa del debitore, caratterizzata da alcune riduzioni rispetto alla precedente³⁷ dalla quale deriva; come già operato con il primo capitolo, anche questo è contrassegnato da un differente ordine e sviluppo delle tematiche, con alcune innovazioni³⁸. Se il cardine di riferimento è rappresentato dal modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*³⁹, l'uomo '*frugi et diligens*', occorre calibrare su questi il comportamento concreto. I codici moderni hanno attinto a questo modello ma la tradizione civilistica l'ha affinato con la diligenza che si è soliti avere nelle proprie cose: *diligentia quam in suis (rebus adhibere solet)*, appunto, che sposta la prospettiva dal senso comune al comportamento concreto del singolo. Per la valutazione della responsabilità del depositario⁴⁰ la maggior parte delle

³⁴) G. IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, in «Rivista di diritto civile», 1971, I, p. 290.

³⁵) R.H. WEBER, *Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109*, in «Berner Kommentar», VI, Bern, 2000, p. 192 ss.

³⁶) P. 111-143.

³⁷) Sul punto, cfr. G. SANTUCCI, «*Diligentia quam in suis*» e valutazione della responsabilità «con minor rigore» nel codice civile italiano, in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato», Napoli, 2006, p. 355 ss.

³⁸) Si veda anche in proposito G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 56-66.

³⁹) C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXXV, 1981, p. 1005 ss.

⁴⁰) H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis. A Standard of Contractual Liability from*

codificazioni moderne ha fatto leva sulla *diligentia* seguendo la scia del *Code Napoléon* all'art. 1927. Responsabilità allargata al tutore dal codice svizzero e da quello nipponico, di derivazione tedesca. E proprio nel codice tedesco viene applicata la *diligentia* con maggiore ampiezza⁴¹. Sorprende che nel codice civile italiano, che pure si pone nel solco della tradizione romanistica, la *diligentia* come misura della responsabilità non appaia.

Santucci compie quindi un breve *excursus* storico, con la ricezione di quanto già previsto in argomento dal legislatore napoleonico nel codice civile del 1865 all'art. 1843 che, sottoposto a una viva controversia dottrinale⁴², porterà all'eliminazione della *diligentia quam in suis* nel codice attualmente in vigore. Ma ne sopravvivono frammenti, come nel caso della giurisprudenza della Corte dei conti, di cui l'autore ha trattato anche nel primo capitolo⁴³ e nell'interpretazione della dottrina sulla posizione giuridica dell'erede⁴⁴. Estensivamente può ricondursi alla *diligentia quam in suis* la responsabilità del terzo acquirente di immobile ipotecato, quella degli enti bancari in rapporto alle cassette di sicurezza, la nuova formulazione dell'art. 2392 sugli amministratori di società per azioni e pure per il ricorso delle parti a tale figura perché ritenuta la più idonea a soddisfare le reciproche esigenze, secondo la dettagliata e ricca casistica che Santucci enuclea e dispiega anche in chiave critica⁴⁵. In visione retrospettiva ne conclude che la *diligentia* rimane viva nel bagaglio concettuale e operativo dei giuristi italiani, per quanto con una cangiante modalità di applicazione e con oscillazioni dogmatiche⁴⁶, e si produce in un dotto e dettagliato gioco di incastri e di derivazioni dall'esperienza giuridica romana⁴⁷. Ne fa derivare che le diverse anime della *diligentia quam in suis* permeano ancora oggi la realtà italiana, incarnando il concetto della responsabilità attenuata e una funzione mitigatrice. Una duttilità utile all'interprete italiano che sappia

Ancient Roman to Modern Soviet Law, in «Cornell International Law Journal», XVIII, 1985, p. 179 ss.

⁴¹) §§ 690, 708, 1359, 1664 e 2131 BGB. (in riferimento a D. 36.1.23.3 [Ulp. 5 *disp.*]).

⁴²) Sul dibattito cfr. p. 118-123 e nt. 18-30.

⁴³) § 8.

⁴⁴) A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in «Trattato di diritto civile e commerciale» (cur. A. Cicu, F. Messineo), Milano, 1961, p. 284 ss., e via via nell'ultimo mezzo secolo, fino ad arrivare ai giorni nostri: P. FAVA, *Successioni e donazioni. Trattato teorico-pratico*, Milano, 2017, p. 514.

⁴⁵) P. 124-132.

⁴⁶) Sul punto, in particolare, cfr. G. SANTUCCI, *La «diligentia quam in suis» come criterio di responsabilità del fiduciario*, in «Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica» (cur. L. Peppe), Padova, 2009, p. 243 ss.

⁴⁷) D. 10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 26.7.13.1 (Gai 12 *ad ed. prov.*); D. 26.7.57.pr. (Scaev. 10 *dig.*); D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*).

padroneggiare un raffinato quanto sfuggente criterio di valutazione⁴⁸.

Il quarto e ultimo capitolo del volume, «L'*iniuria* nell'illecito aquiliano»⁴⁹, è quello incentrato sul tema della responsabilità per danno ed è coordinato alle parti precedenti e reso omogeneo nei contenuti. La *lex Aquilia* del III secolo a.C. offrì com'è noto la prima organica disciplina in tre capi per il danno ingiusto (*damnum iniuria datum*), il secondo dei quali presto caduto in disuso perché inerente una fattispecie specifica⁵⁰. Il primo e il terzo⁵¹ sono dunque quelli sui quali si sofferma la disamina di Santucci, in riferimento all'art. 2043 del codice civile e all'esperienza romana⁵². Proprio i giuristi antichi si dedicarono con particolare impegno a definire il significato di '*iniuria*' adoperato dal legislatore repubblicano⁵³, impegno rinnovato con continuità dai giuristi medievali⁵⁴. Il punto di frattura arriva nel XVIII secolo con il filosofo-giurista Christian Thomasius⁵⁵ il quale intende dimostrare come l'azione di danno recepita nella prassi forense tedesca fosse estranea all'azione che derivava dalla legge Aquilia della tradizione di *ius commune*, in base alla riflessione sull'*iniuria* e al precetto di *ius naturae vel gentium*: è quest'ultimo a imporre il suo risarcimento ogni qual volta venga violato un diritto soggettivo fuori dal diritto, non rilevando se l'evento sia stato prodotto con dolo o con colpa o involontariamente. '*Iniuria*', quindi, nel senso di '*quod non fit iure*', fuori dal *ius*. Thomasius arriva di conseguenza ad attribuire la responsabilità tanto all'*infans* quanto al *furiosus*. La separazione dogmatica tra *iniuria* e *culpa* ha ovviamente una ricaduta sulle codificazioni europee. Il sistema francese, a partire dal codice del 1804, conserva la visione romana; il codice austriaco del 1811, invece, risente del cambio di prospettiva giusnaturalistico: non per nulla Zeiller era uno dei massimi fautori delle teorie di Thomasius. Il codice italiano del 1865 non si discosta dal *Code Napoléon* e così il codice civile del Regno di Spagna del 1899. Il codice civile tedesco del 1900 formula un impianto della responsabilità aquiliana a metà tra la clausola generale e un sistema tipico dei

⁴⁸) P. 143.

⁴⁹) P. 145-173.

⁵⁰) Sul punto, in particolare, lo studioso richiama A. CORBINO, *Il secondo capo della «lex Aquilia»*, in «Panta Rei. Studi M. Bellomo» (cur. O. Condorelli), II, Roma, 2004, p. 1 ss.

⁵¹) D. 9.2.2.pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 9.2.27.5 (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁵²) *Iust. inst.* 4.3.16; *Iust. inst.* 4.3.9-10; D. 9.2.7.8 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 19.2.30.2 (Alf. 3 *dig. a Paulo ep.*).

⁵³) Gai., *inst.* 3.2.12; *Iust. inst.* 4.3.2-3; D. 9.2.5.pr.-2. (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 47.10.1.pr. (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47.10.46 (Ulp. 57 *ad ed.*).

⁵⁴) P. 160-161.

⁵⁵) Cfr. *cap.* 2. THOMASII, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno lato, receptae in foris germanorum* (LX), Halae Magdeburgicae, 1750, p. 869 ss.

delitti di tradizione romana, differenziandosi dal *Code* francese. Il codice italiano del 1942, con il noto art. 2043, separa l'elemento soggettivo della colpevolezza da quello dell'antigiuridicità che viene ad assumere una posizione autonoma. Da sottolineare che nel 1927 era stato approvato il testo definitivo di un progetto italo-francese per un codice comune delle obbligazioni e dei contratti, mai entrato in vigore, ma che costituisce un interessante tentativo di dare vita per la prima volta alla codificazione di una parte del diritto europeo. I principali ordinamenti europei, quindi, si differenziano per le due concezioni di '*iniuria*' risalenti al pensiero romano e a quello giusnaturalista. Per Santucci è l'occasione di rimarcare che solo la conoscenza della prospettiva storica consente di rendere pienamente intelligibile l'esperienza giuridica moderna e contemporanea, perché nella storia ci sono le radici e le ragioni dell'identità e delle diversità.

Il testo dello studioso, per chiudere, rappresenta un'indagine prettamente scientifica con alcuni spunti originali e analisi storiografiche di prima mano, che accorpa *cum grano salis* anche contributi realizzati in precedenti esperienze, ma con modifiche ampie e significative, ben al di là della riproposizione tematicamente correlata. L'idea di fondo alla base del volume, con più sostanza di quanto l'agile formula editoriale sembrerebbe offrire, è la ben spiegata valorizzazione del ruolo del diritto romano nel sistema giuridico europeo. Rileggere il passato per leggere il presente. Perché l'anatra di Goethe da secoli continua a nuotare, a immergersi e immancabilmente a riapparire e a riportare così in alto la grande lezione della romanità.