

DIRITTO ROMANO, FONDAMENTI E FONDAMENTALI

1. *I Fondamenti e l'Università di Brescia* – Nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, dove presto servizio, sono istituiti gli insegnamenti di Fondamenti del diritto europeo, presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali (SSPL), tenuto nel tempo dai colleghi Roberto Fiori e Antonello Calore, oltre che da me, e, dal 2015, Fondamenti europei delle obbligazioni, tenuto da me presso il Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza.

L'erogazione della didattica ha rapidamente reso evidente la necessità di differenziare l'approccio metodologico (così come gli stessi contenuti erogati) in questi due insegnamenti, pur sotto il comune ombrello dei *'Fondamenti'*. Infatti, se l'approccio dogmatico e il dialogo di correlazione tra le fonti romane e i Codici civili europei, così come anche i progetti di cd. *Soft Law*, rispondono ancora alle aspettative dello studente del IV anno di corso di laurea magistrale (dove è collocato l'insegnamento di *Fondamenti europei delle obbligazioni*), una indagine delle sentenze delle Corti italiane o anche europee mi è apparso, nel tempo, il modo migliore per rispondere alle esigenze dei perfezionandi, i quali, già laureati e alle prese con l'avvio della carriera forense, si dimostrano all'atto pratico più interessati a misurare i risvolti

applicativi della rimozione di quei filtri ideologici che il diritto romano offre rispetto alle decisioni dei casi concreti esaminati dai giuristi romani.

Più in generale, l'innesto di questi 'nuovi' insegnamenti nell'Ateneo bresciano ha voluto rispondere, oltre che all'istituzione dei *Fondamenti del diritto europeo*, sulla quale tanto si è detto e scritto, anche all'esigenza di soddisfare un bisogno di modernità e di adeguamento degli studi romanistici ad istanze del mondo contemporaneo, oltre che al dialogo con le altre discipline.

Tutt'altro che esclusa dagli intenti è stata la volontà di provare ad offrire agli studenti un percorso diverso, stimolandoli con la dimensione potenzialmente 'aperta' offerta dal respiro europeo, anche allo scopo di tentare di rispondere in qualche modo alla conclamata crisi che ha avviluppato negli ultimi anni gli studi giuridici nel loro complesso (v. *infra*, § 4).

2. *I Fondamenti tra storia e dogmatica* – La questione nella quale la dottrina, romanistica ma non solo, si dibatte da almeno tre lustri¹ è quale sia il contenuto di questo insegnamento: cosa dobbiamo insegnare ai nostri studenti dei Fondamenti?

Le risposte sono state varie e articolate, a tutti note, al punto che un loro riepilogo in questa sede appare inutile e soprattutto improduttivo, di fronte a posizioni che si sono in qualche modo incancrenite in una sorta di guerra di trincea tra (per usare una terminologia già di Koschaker) '*Historisierung*'² e

¹ Possiamo ravvisare il punto di partenza nel notissimo volume *Fondamenti del diritto europeo. Atti convegno Ferrara 2004*, a cura di P.P. Zamorani, A.D. Manfredini, P. Ferretti, Torino 2005.

² O, se si vuole usare una espressione solo apparentemente più morbida, lo 'studio della storia del pensiero giuridico romano': cfr. A. SCHIAVONE, voce *Diritto romano*, in *ED – Agg. VI* (2012), 1158 ss.; per ragioni di sintesi, ricordo qui soltanto alcuni degli autori (del resto noti a tutti gli specialisti) che, nel tempo, hanno condiviso questo orientamento, oltre a Schiavone, che probabilmente ne è l'esponente più conosciuto: cfr. P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inesistenza di una disciplina altra*, Milano 2009 (raccolta di scritti

‘*Aktualisierung*’³, dalla quale certamente non può sortire alcun effetto positivo non solo per il diritto romano, ma anche per gli studi giuridici in generale. Meglio è, mi pare, provare a mettere sul piatto una proposta, che viri in una nuova direzione tutto sommato ancora poco o punto esplorata.

Una breve premessa si rende però necessaria, che chiarisca i motivi per i quali un insegnamento, che svolge un ruolo così delicato

già editi in lingua tedesca); A. MANTELLO, *Diritto europeo e diritto romano: una relazione ambigua*, in *Fondamenti*, cit., 93 ss. (dove cfr. i rinvii ad altri lavori dello stesso a. pubblicati in *Diritto romano attuale*, 4 (2000), 37 ss. e in *Labeo* 48 (2002), 7 ss.); M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004, 70 ss.; T. GIARO, *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, in *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, a cura di P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, Roma 2005, 77 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo*, Torino 2006, 77 ss. e ID., *Un futuro senza storia?*, in *Index* 39 (2011), 43 ss. (dove cfr. il rimando ad altri contributi dello stesso a. sul tema).

³ Anche qui tralascio citazioni puntuali, che però possono leggersi in L. FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma 2013; mi piace in ogni caso qui ricordare (oltre agli aa. che menzionerò nel corso della trattazione) L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del giurista europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Padova 2008, 295 ss.; ID., *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec – Roma, 10-11 ottobre 2015*, a cura di L. Vacca, Napoli 2017, 1 ss., le cui argomentazioni e le conclusioni mi trovano completamente concorde; e I. FARGNOLI, *Diritto romano e armonizzazione del diritto europeo*, *ibidem*, 145 ss. Rispetto a locuzioni come ‘neopandettismo’, o ‘metodo neoattualizzante’ coniate con un evidente intento spregiativo (invero tutt’altro che riuscito: cfr. M. TALAMANCA, *Considerazioni conclusive*, in *Fondamenti* cit., 40, il quale valutava come onorifico il titolo di ‘neopandettista’), meglio mi parrebbe adottare la ormai comune locuzione di ‘metodo storico-comparatistico’, che non consiste nell’applicazione della comparazione alla storia, ma nella combinazione tra il metodo comparatistico e quello storico: cfr. C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano 1999, 50 ss.; v. anche T. DALLA MASSARA, *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, in *Nel mondo del diritto romano* cit., 138 ss., il quale parla, a questo proposito, di «giocare nel centro del campo».

nella formazione del giurista contemporaneo, proiettandolo verso un futuro aperto ad una dimensione sovranazionale, possa essere utilmente erogato da docenti afferenti al SSD IUS/18.

Possiamo partire dalle parole del giurista romano Celso, il quale, con un brocardo che è poi divenuto celeberrimo, affermava che: *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*⁴.

E, sempre nella linea di risalire alla *vis legis*, nel 1956 Jean Gaudemet affermava che è senza dubbio possibile essere un buon giurista senza conoscere il diritto romano, ovviamente se intendiamo per 'giurista' un pratico che si limiti ad applicare e a far osservare le norme. Ma «si le véritable juriste est celui qui, non content de savoir appliquer le droit positif de son pays, veut connaître la raison et la valeur des règles, il est évident qu'il ne peut négliger les études historiques, ni les études comparatives de droit»⁵. Già qualche anno prima un indiscusso Maestro della nostra (ma non solo) disciplina, Giuseppe Grosso, aveva osservato come «la conoscenza e la prospettiva storica dà al giurista la piena conoscenza del valore della sua posizione e della natura del suo lavoro»⁶. Giovanni Pugliese ebbe a scrivere che: «non di rado, per attribuire a una norma del presente il suo esatto significato, è necessario o utile risalire ai significati che essa ha avuto nelle sue precedenti formulazioni, fino a quella originaria o fino alla concreta decisione, che è stata poi generalizzata dalla norma»⁷.

Su queste affermazioni, tutte in sé e per sé pienamente condivisibili, getta luce lo stesso Pugliese, facendole riflettere di un nitore dogmatico che è difficile non condividere; secondo questo studioso, infatti, nel nostro essere storici del diritto l'analisi filologica è indubbiamente indispensabile; però, se si tralascia l'aspetto

⁴ Cfr. D. 1.3.17 (Cels. 26 dig.).

⁵ Cfr. la risposta di J. GAUDEMET, *Studio e insegnamento del diritto romano. Inchiesta: prima puntata*, pubblicato in *Labeo* 2 (1956), 72.

⁶ Cfr. G. GROSSO, *Problemi e visuali del romanista*, in *Jus* I 3-4 (1950) (poi in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, Milano 1954, e in *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, 244, da cui cito).

⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Il significato dell'insegnamento del diritto romano oggi*, in *Romanitas* 9 (1971), 447 ora in *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli 1985, 411.

giuridico, si perviene a conclusioni formalmente anche impeccabili, ma che risulteranno prive di basi non appena si facciano i conti con il diritto⁸. Spesso i giuristi cd. positivi si rifugiano nella dogmatica, per coprire la loro ignoranza della storia, e, quindi, della *vera ratio* intrinseca a un istituto o a una norma: si corre così il rischio di creare soluzioni artificiali, per la mancata conoscenza dell'evoluzione storica di un istituto, che meglio potrebbe disvelare la migliore soluzione del problema, che sta nella storia dell'istituto medesimo o nella storia delle soluzioni che all'istituto sono state date nel corso del tempo⁹.

Enuncio subito la mia posizione, che, sposando in pieno le affermazioni appena illustrate, tenterà di aggiungere un piccolo mattoncino all'edificio da esse costruito: a mio avviso, la limitazione dello studio del diritto romano al profilo storico, pur essenziale nella ricostruzione degli istituti che in quella esperienza giuridica possiamo ricostruire, ingenererebbe un pericoloso isolamento della nostra disciplina e una (a mio parere insidiosa e deprecabile) deriva verso gli studi di antichistica, facendo perdere ai romanisti la loro imprescindibile dimensione di giuristi, concretizzandosi quasi in un desiderio di auto-disintegrazione, che efficacemente è stato qualificato come un *cupio dissolvi*¹⁰.

La polemica è antica e nota: non intendo soffermarmi oltre. È, però, a mio avviso, un modo del tutto parziale e, tutto sommato, poco rispettoso quello di valutare questa impostazione in termini

⁸ G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di storia del diritto* 5-6 (1961-62), 111, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, cit., 69.

⁹ Sono parole che, sebbene (da me spero non troppo malamente) parafrasate, riflettono sempre il pensiero di Pugliese, almeno se ho ben inteso quanto riferito dal suo allievo C.A. CANNATA, *Giovanni Pugliese a dieci anni dalla sua scomparsa*, in *Rendiconti – Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno 153, Classe sc. mor. stor. e filol., serie IX, vol. XVII, fasc. 4, Roma 2006, cito da *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino 2012, 605 s.

¹⁰ Cfr. V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Europa e diritto* (2005), 376 ss., ora in ID., *Questioni di diritto*, Milano 2007, 21.

di «scorciatoia dell'attualizzazione»¹¹; al contrario, non mi appare revocabile in dubbio il fatto che il diritto romano, con la sua sistematicità, con la sua connaturata dimensione internazionale, con la sua portata universale, che permette di incontrarlo in quasi tutte le aree geografiche del mondo, abbia offerto e ancora offra un fertile terreno di coltura per la formazione dei giovani giuristi, il migliore possibile per quello che, a quasi quindici anni dal suo varo, possiamo qualificare come un esperimento riuscito.

Mi sforzerò di chiarire il punto nelle prossime pagine.

3. *Quale diritto e quale Europa?* – Nella attuale temperie, la dimensione sovranazionale, che il legislatore ha voluto identificare con l'Europa già nella denominazione dell'insegnamento di cui qui discutiamo (Fondamenti del diritto europeo), appare imprescindibile.

Invero è difficile non concordare con l'esigenza di formare oggi dei 'giuristi europei', «intesi nel senso di giuristi non chiusi in ambiti disciplinari specializzati, ma consapevoli di una sorta di missione sovranazionale, in cui ordinamenti interni ai singoli Stati e ordinamento dell'Unione si integrano, appunto, in una società caratterizzata sempre più dal pluralismo, aperta e inclusiva»¹².

I problemi cominciano già quando ci si spinga a cercare di delineare quale sia questo diritto europeo. Per anni, infatti, i giuristi di vari ambiti disciplinari si sono interrogati su quali competenze debba avere tale giurista, e, in particolare, su quale materiale egli debba essere formato. È evidente, infatti, che se si pensa che il 'diritto dell'Europa', debba essere il 'diritto dell'Unione Europea', il rischio è di far perdere il giurista, della cui formazione si discute, in un labirinto senza uscita.

¹¹ Così v. M. BRUTTI, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino 2016, 297.

¹² Cfr. L. MOCCIA, *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive*, in *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, III, a cura di A. Miranda, Torino 2015, 275; v. anche ID., *Formazione di (un giurista e di) un diritto europeo*, in *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano 2005, 973 ss.

Già da qualche lustro, infatti, la produzione legislativa europea ha subito una crescita imponente, che rimbalza negli ordinamenti interni, nei più disparati settori, come ben sa qualsiasi operatore giuridico (avvocato, giudice o notaio, che sia), ma anche economico (manager, CEO ecc.). Giustamente è stato sottolineato che esiste ormai una massa imponente di norme, adottate sulla base dell'attribuzione di competenze all'Unione, aventi di mira l'instaurazione e il funzionamento del 'mercato interno' (o 'mercato unico'), inteso come «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», mediante il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri»¹³. Si tratta, a mio avviso, di un approccio centralistico-burocratico e, quindi, in un certo senso artificioso e settoriale, oltre che con ambiti di intervento frammentari; esso, quindi, risulterebbe poco produttivo per un giurista in formazione e lascerebbe comunque inevasa la necessità di fornire al giurista (presente o futuro) una sorta di bussola, una guida che, come il viaggiatore di oggi, che può accedere a ogni luogo del globo, orienti il viaggiatore del diritto per non farlo sentire spaesato.

Un altro e diverso modo di intendere il 'diritto europeo' potremmo definirlo *bottom up*, cioè risalente induttivamente dal basso. Tale accezione coinvolge nozioni, regole e istituti di rilevante interesse comparativo, e si lega all'idea del '*learning from Europe*', cioè di una sorta di 'effetto di ritorno' legato alla comunicazione tra giuristi e operatori del diritto, che efficacemente è stata definita come un processo di 'europeizzazione dal basso'¹⁴. Anche questo approccio, però, pone alcuni problemi, che, a mio avviso, ci riportano al punto di partenza. Infatti, ritengo che non sia adeguato lasciare questo momento

¹³ L. MOCCIA, *Formazione di un giurista* cit., 266; ID., *Formazione di (un giurista e di) un diritto europeo* cit., 982.

¹⁴ L. MOCCIA, *Formazione di un giurista* cit., 266; sul concetto, cfr. soprattutto N. BURROWS, *European Community: The Mega Mix*, in *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, a cura di E. Örüçü, E. Attwooll, S. Coyle, The Hague-London-Boston, 1996, 297 ss.; J.A. USHER, *General Principles of EC Law*, London-New York 1998; *General Principles of European Community Law*, a cura di U. Bernitz, J. Nergelius, The Hague, 2000.

formativo del così inteso ‘diritto europeo’ sostanzialmente nelle mani degli avvocati o dei pratici, ma sia piuttosto da perseguire una interazione tra il momento della ‘pratica’ e il momento della ‘scuola’. Il diritto, infatti, qualsiasi sia il suo percorso formativo, la sua fonte, non può fare a meno dell’opera adeguatrice del giurista, che quotidianamente filtra il materiale giuridico e lo adatta al contesto nel quale esso deve trovare applicazione. Il rischio che si corre nell’adottare un mondo di regole senza la mediazione del giurista è quello di avere degli ottimi standard, dotati anche di una certa efficacia, ma privi di sistematicità, di ordine, di raccordo, e, potenzialmente, perfino contraddittori, al limite della inapplicabilità (v. *infra*, § 5).

E il giurista deve essere un giurista competente, cioè un giurista in grado di assolvere a tale gravoso compito di cogliere il precipitato delle singole norme ed elevarle a principio generalizzabile e generalmente applicabile. E questo è un compito di formazione, che è essenzialmente nelle nostre mani e non può e non deve essere ceduto nelle mani dei pratici o, peggio, di chi giurista non è.

E allora siamo di nuovo al punto daccapo: come dobbiamo formare questo giurista europeo?

4. *Fondamenti e fondamentali* – 4.1 *La recessione degli studi giuridici e le sue cause: la crisi dello ‘Stato’* – Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente non fanno che dare conto di come la questione dei Fondamenti (del diritto europeo) sia piuttosto complessa.

Il rischio concreto è quello che, per avere di mira la questione del ‘contenuto’ dei *Fondamenti*, ci si smarrisca in lotte intestine tra giuristi di vari SSD o, addirittura, del medesimo ambito disciplinare, perdendo di vista il vero ‘punto fondamentale’ della questione, che riguarda una conclamata e generalizzata crisi degli studi giuridici in Italia.

Gli ultimi dati mostrano come in Italia la scelta dei Corsi di Studi in materia giuridica sia assolutamente recessiva¹⁵. Ciò, a mio

¹⁵ In dieci anni gli studenti immatricolati nelle lauree magistrali a ciclo

avviso, è dovuto, semplificando al massimo, essenzialmente a due fattori: (1) la crisi del modello ‘Stato’, alla quale si deve la creazione di una sorta di vuoto, in cui si sono inseriti i valori propugnati dalla (2) cd. globalizzazione, che impernia la costruzione di un nuovo ordine mondiale non più sui valori veicolati dal diritto, ma piuttosto su imperativi prettamente economici¹⁶.

Affronto brevemente il primo punto. Il diritto precede l’avvento degli Stati; da Roma all’Evo intermedio esso si è svolto, fondamentalmente, come diritto consuetudinario, a formazione spontanea, la cui sistemazione è stata opera dei giuristi, nelle cui mani era consegnato il progresso della scienza e il fondamento stesso della libertà degli individui¹⁷.

unico in giurisprudenza si sono praticamente dimezzati, passando dai 27.274 del 2008 ai 16.683 del 2017 (il numero tiene sostanzialmente fino al 2012 assestandosi intorno ai 26.000 e poi crolla drasticamente e costantemente nel tempo: 22.116 nel 2013; 20.489 nel 2014; 18.120 nel 2015; 16.989 nel 2016); né va meglio se si considerano tutti gli iscritti a corsi giuridici, i quali passano dai 33.360 del 2008 ai 20.106 del 2017, con un calo di circa il 40%. Dati ISTAT.

¹⁶ Ovviamente mi riferisco a quella che R. BALDWIN, *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge (MA) 2016 (Harvard Univ. Press), cito dalla trad. it. *La grande convergenza. Tecnologie informatiche, web e nuova globalizzazione*, Bologna 2018, 15 ss. e 150 ss. chiama la ‘nuova globalizzazione’ guidata, sul finire del XX secolo, dallo sviluppo dell’ICT (in contrapposizione alla ‘vecchia globalizzazione’ di fine Ottocento, trainata dall’abbattimento dei costi di trasporto): quest’ultima, grazie alla ‘delocalizzazione’ e alla circolazione delle idee e del know-how, ha portato a quello che sempre questo studioso definisce la ‘grande convergenza’, conseguenza della quale sono state e sono la crescita e l’industrializzazione dei paesi che prima erano ai margini dell’economia mondiale e la deindustrializzazione delle nazioni sviluppate.

¹⁷ Si legge nelle opere non di un romanista, ma di un privatista che le garanzie di stabilità di questo processo sono state l’universalità del diritto romano e la sua capacità di porsi come fondamento del diritto moderno, le quali, a loro volta, dipendevano proprio dalla natura di diritto indipendente da ogni costituzione politica che deve riconoscersi al sistema giuridico fondato a Roma: cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto* 40 (2009), 177 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2009 (ma di questo a. è facilmente reperibile in rete [www.unibo.it/it/allegati/GlobalizzazioneImercatieuniversalitydelDirittoFra.doc]) anche un altro saggio dal titolo

A Partire dalla pace di Westfalia, si è imposto un nuovo modello riordinatore delle democrazie mondiali, quello dello Stato: tale modello, che tentava di dare risposte concrete alle esigenze di governo della cosa pubblica nell'interesse e nel rispetto del maggior numero di individui possibile, dal punto di vista giuridico ha finito per consegnare nelle mani del neo-nato organismo (lo Stato, appunto), il monopolio totale della produzione del diritto. Nel suo affermarsi, infatti, esso ha voluto segnare una «cesura rispetto ad una fase storica, che aveva esaltato una comune identità giuridica dei popoli europei, in cui sovrani, tribunali e giuristi ricevevano e applicavano il diritto romano a sostituzione o integrazione dei diritti locali, considerandolo manifestazione di una civiltà superiore e universale, rispetto a quelle autoctone»¹⁸. Si è determinata così la nascita di una sorta di 'assolutismo legale', il quale ha comportato, oltre che la creazione di un mercato distacco tra governanti e governati¹⁹, una scissione *tranchant* tra l'ordinamento interno, fondato sulla propria sovranità, e un ordine internazionale che, non riuscendo più a essere dotato di effettività, si è diluito per anni nel gioco incrociato dei buoni o cattivi rapporti tra Stati assolutamente sovrani²⁰.

Si è così consolidato un processo per cui la forza dogmatica del diritto (e del diritto romano *in primis*), fondata su valori come il *bonum et aequum*, la razionalità, il ruolo dei giuristi come *sacerdotes* ecc., è stata assorbita dall'autorità della legislazione statuale, per cui l'imperatività della legge ha sostituito la razionalità propria dell'argomentare dei giuristi²¹. Rispetto al diritto statuale, giudici e soprattutto giuristi si sono, più o meno consapevolmente, ridotti al mero rango di interpreti non propositivi, ma soltanto interpretativi di un dato normativo

Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto e dal medesimo contenuto.

¹⁸ Cfr. F. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@Storia* 5 (2006), § 6.

¹⁹ Cfr. S. TAFARO, *La democrazia ricorrente. Democrazia o oligarchia?*, in *Civitas et lex*, 2 [6] (2015), 39 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. specialmente C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 1949, 7 ss.; A. D'ORS, *Jus Europaeum*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, I, Milano 1954, 457.

²¹ Cfr. A. D'ORS, *Jus Europaeum*, cit., 461.

eteroimposto e soprattutto da loro non modificabile, e difficilmente modellabile²². Si è identificato il diritto con la legge, la consuetudine è regredita e si è persa l'universalità del diritto; si è, di conseguenza, aperta una contraddizione evidente tra il diritto, che si è frammentato sempre di più, e il commercio, che invece ha finito per dilatarsi in ambiti sovranazionali.

Si è così portato alle estreme conseguenze un fenomeno abbastanza evidente, che invero affondava le sue radici ancora più indietro nel tempo²³, per cui il diritto ha perso nettamente quota all'interno delle scienze sociali. Tale fenomeno ha finito per essere ancor più esasperato negli anni successivi. Infatti, anche lo Stato (e il modello di creazione/interpretazione/adequamento del diritto ad esso collegato) ha dimostrato di non riuscire a resistere ai colpi del tempo. In Europa, di crisi dello Stato si parla già dai primi decenni del secolo appena trascorso: celeberrima, in Italia, è la prolusione di Santi Romano, pronunciata nel 1909 a Pisa²⁴, nella quale lo studioso invocava la crisi dello Stato, fondata, a suo avviso, sul progressivo organizzarsi di particolari interessi sociali che mettevano in crisi il rapporto, già di per sé tutto sbilanciato, del singolo individuo con lo Stato medesimo²⁵.

²² Certo oggi nessuno può più credere che i giudici siano solo la «bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore» (il riferimento è, come è chiaro a tutti, all'*Esprit de lois* di Montesquieu del 1748; la traduzione è tratta dall'edizione italiana curata da D. Felice, Milano 2014, lib. 11, cap. 6); per una critica, che ne certifica il superamento, cfr., *ex multis*, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealistica del potere*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e P. Guastini, Torino 2004, 2 ss.). Però è innegabile la progressiva perdita di potere da parte dei giuristi in favore del monopolio statale di produzione del diritto, che giustamente è stata qualificata come un «accidente storico» (cfr. F. GALGANO, *supra*, nt. 16).

²³ Non è un caso che, ad esempio, Diderot e d'Alembert abbiano inserito solo la voce diritto naturale nella loro enciclopedia, testimoniando così come tra la fine del Settecento e l'Ottocento il diritto avesse già perso quota tra le scienze sociali.

²⁴ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909*, Pisa 1909.

²⁵ Il tema è poi stato ripreso da Giuseppe Capograssi nel 1921, da Gior-

Peraltro, non si può ignorare come il modello qui in discussione (cioè lo Stato) abbia dimostrato, e per ragioni diverse, una sua totale inadeguatezza in alcune zone del mondo nelle quali si è tentato di trapiantarlo, come in Africa²⁶ o in America Latina²⁷.

Se si riflette sul fatto che è stato il nazionalismo a creare le nazioni, e non viceversa²⁸, non si faticano a comprendere non solo

gio Del Vecchio nel 1933 e da altri in tempi più recenti (Opocher, Tarello, Mazzacane, Ferrajoli, Cassese, Grossi), che non cito qui nel dettaglio, sia perché si tratta di lavori a tutti noti, sia per non appesantire oltremodo il discorso.

²⁶ In Africa, il modello 'Stato' era stato imposto dalle potenze colonizzatrici, praticamente a tavolino, su una serie di realtà disaggregate, tribali, locali, governate da logiche tutt'affatto diverse, così che la sua implosione e la sua direi quasi conaturata insufficienza è stata praticamente un risultato inevitabile, che abbiamo ancora oggi tutti sotto gli occhi, con conflitti, guerre, povertà e sottosviluppo.

²⁷ In America Latina, lo Stato si è impiantato, a partire dal XIX secolo, su una precedente ripartizione in unità amministrative, propria dell'organizzazione spagnola, e con una sostanziale assenza di nazioni (cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index* 14 [1986], 6); da qui la diffusa instabilità nel Nuovo Mondo del modello 'statuale' sentito quasi come eteroimposto, ma di fatto inadatto a regolare adeguatamente la realtà sociale sottostante, che nel frattempo aveva conosciuto uno sviluppo che la aveva portata molto lontano dal modello costituito dalla madre patria europea: i colpi di stato, le rivoluzioni, le instabilità politiche che hanno attraversato l'Ottocento e il Novecento in questa parte di mondo sono, a mio avviso, una sostanziale conseguenza di questa situazione (cfr. R. CAMPA, *Perfil político de América Latina*, in *Revista de literatura hispánica* 71/72 [2010], 360). Dal punto di vista giuridico, ciò costituisce una evidente testimonianza della mancanza di forza espansiva del 'modello Stato', che non è riuscito a chiudere al suo interno il diritto, il quale, a differenza di quanto avveniva negli stessi anni in Europa, si è ivi mantenuto a un livello per così dire diffuso, sovranazionale pur nella vigenza e nell'effettività degli ordinamenti nazionali: cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di una proposta di codificazione dei 'principi generali del diritto latinoamericano' nell'art. VIII del Tit. prel. del Codice civile del Perù del 1984*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, II, Milano 1998 (trad. spagn. in *Código civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas. Congreso internacional*, I, Lima 1995, 13 ss.), ora in ID., *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino 1999, 179; ID., *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Rivista di diritto civile* 40/2 (1991), ora in ID., *La codificazione*, cit., 137.

²⁸ E.J. HOBBSAWN, *Nation and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality*, Cambridge Univ. Press 1990, trad. it. *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, Torino 1991.

l'implosione interna dello Stato, ma anche il verificarsi di alcuni fenomeni disgregativi a cui abbiamo assistito negli ultimi anni nel vecchio continente²⁹, così come anche l'insufficienza (o la diffusa percezione della insufficienza) del fenomeno aggregativo della Unione Europea, di cui la recente Brexit è una delle tante e più evidenti testimonianze.

4.2 *La recessione (segue): la globalizzazione e i suoi 'fondamenti' economici*

– In questa sorta di vuoto lasciato dal recesso del modello dello Stato, con il suo fondamento sul diritto, si è inserito il fenomeno moderno, prettamente economico, della globalizzazione, che ha agito come un acceleratore del processo in corso³⁰.

Oggi nel mondo gli Stati nazionali sono circa 200; erano circa 1000 nel XIV secolo e più o meno 500 nel XVI. Però, pur di fronte al diminuito numero, la descritta, progressiva, perdita di potere dello Stato medesimo, è stata di fatto esponenzialmente acuita da una continua sottrazione di sovranità da parte di un alto numero di imprese multinazionali e organizzazioni internazionali, sovra o meta-statali, le quali condizionano e influenzano i pubblici poteri statali, perché concludono trattati e producono norme, elaborano standard, contribuiscono a trasformare l'organizzazione interna degli Stati stessi, stabilendo regole che si applicano direttamente a soggetti privati, di fatto bypassando il controllo statale³¹, dando luogo a un fenomeno che potremmo definire di «autopoiesi giuridica»³².

²⁹ Dalla ex URSS, alla ex Jugoslavia, ma fino alla divisione tra Repubblica Ceca e Slovacchia; non estranei a questi fenomeni appaiono movimenti di senso opposto, come la cd. 'riunificazione' della Germania.

³⁰ Afferma F. GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del diritto* (2003), 1 e 8, che il diritto, frantumatosi negli Stati nazionali, perde di universalità, soprattutto nei confronti dell'economia, per la quale il concetto di *homo oeconomicus* garantisce, al contrario, la universalità.

³¹ Cfr. S. CASSESE, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla 2012, trad. it. *Chi governa il mondo?*, Bologna 2012, 7, 17 e 35

³² Così cfr. N. IRITI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Il diritto frammentato*, a cura di A. Febbrajo e F. Gambino, Milano 2013, 6; lo stesso a. definisce

Il potere economico, così come quello giudiziario (e pure quello giuridico) sfuggono oggi sempre più dal controllo dei singoli Stati, che si trovano in un vortice di continua e quasi inarrestabile delegittimazione, così che il loro margine di manovra appare sempre più limitato e in qualche modo nelle mani di istanze private³³. Assistiamo ad una evidente deterritorializzazione dell'economia, la quale guarda all'intero mondo e non più al singolo Stato come destinatario finale dei propri prodotti, e quindi tende a superare, dall'interno o dall'esterno, l'organizzazione stessa che i singoli Stati si sono dati³⁴. Tale deterritorializzazione ha comportato il venir meno del classico triangolo economia-spazio-potere³⁵, accentuando quel processo di decadenza dello Stato nazionale, che, come abbiamo visto, era in corso già da tempo. È stato efficacemente detto che le leggi dei singoli Stati, per potenti che essi siano, fanno pensare «al ruggito del topo», perché agiscono su un minuscolo frammento del mercato, che ha invece una dimensione planetaria, e sul quale esse non possono efficacemente incidere³⁶.

efficacemente questo fenomeno, per cui la creatura si fa creatore, dimenticando la sua origine e la sua derivazione, come un «misto di mitologia europea e di arcaico giusnaturalismo»: cfr. N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (2009), 1243 ss., ora in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011, 125 ss.

³³ La risoluzione delle controversie sul commercio internazionale viene oggi affidata non già a organi giurisdizionali acconciati a tal uopo dagli Stati nazionali, ma piuttosto dal potere giudiziario privato, nelle mani di grandi studi privati, che sono in grado di gestire l'ordine degli arbitrati internazionali. Agenzie di valutazione del debito, come *Moody's* o *Standard & Poor's* svolgono una funzione di sorveglianti dell'economia globale ma anche della credibilità dell'economia dei singoli Stati: cfr. A. DIACONO, *La crisi dello Stato nazione nell'epoca della globalizzazione: Bauman, Beck e Giddens a confronto*, reperibile in rete all'indirizzo www.filosofico.net/inattuale/crisi_stato.htm.

³⁴ Illuminante, ancora una volta, N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2001, 4 ss.

³⁵ Su questi problemi, v. in particolare S. LATOUCHE, *L'Occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris 1989, trad. it. *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino 1992; P.L. ZANCHETTA, *Lo Stato-nazione tra multiculturalismo e globalizzazione. Analisi e proposte di Jürgen Habermas*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza* (2000) fasc. 1, 12.

³⁶ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto*

Il sociologo tedesco Jürgen Habermas³⁷, parla a questo proposito di un ‘terzo livello’, il livello, cioè, in cui gli imperativi economici e amministrativi trasmessi attraverso il potere e il denaro si introducono in altri ambiti, finendo per prevalere. Lo Stato attualmente vive, e per le diverse ragioni illustrate, una vera e propria crisi di legittimità, perché non appare più in grado né di comporre quelle diversità che ne costituiscono in qualche modo il cuore³⁸, né di governare i processi che coinvolgono i propri cittadini, processi che ormai si muovono su una scala ‘globalizzata’ a livello mondiale.

5. *La necessità di un recupero del giuridico passa (anche) attraverso i ‘Fondamenti’* – Di fronte al venir meno del paradigma dello Stato e alla contemporanea inconsistenza di istituzioni sovranazionali, come le Nazioni Unite³⁹, viviamo in una sorta di predominio

e Impresa 16 (2000), 189 ss. Afferma questo a. (F. GALGANO, *Globalizzazione dei mercati* cit.) che il grimaldello che ha scardinato la chiusura territoriale della sovranità nazionale, quella che permetteva cioè ad ogni Stato di legiferare in autonomia, regolando attraverso tale attività la quasi totalità dei fenomeni in atto sul proprio territorio, è stata, dunque, la pervasione su ordine mondiale di modelli contrattuali ed economici che hanno tagliato trasversalmente la sovranità territoriale, privando gli Stati del controllo totale delle norme applicabili (o meglio: di fatto applicate) al loro interno.

³⁷ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1996, trad. it *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano 1998, 280, a giudizio del quale gli imperativi economici e amministrativi trasmessi attraverso il potere e il denaro si introducono, in altri ambiti che in un certo qual modo vengono danneggiati se si rimpiazza l’agire orientato all’intesa (che egli definisce ‘agire comunicativo’) con queste interazioni orientate in modo strategico (che chiama ‘agire strumentale’) da media, potere e denaro.

³⁸ Cfr. F. VIOLA, *Introduzione*, in *Ars interpretandi – Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, XVI (2011), 7 ss., a giudizio del quale la globalizzazione ha accentuato quella sostanziale perdita di identità dello Stato, già in corso da almeno un secolo, perché quest’ultimo non si dimostra più in grado di assicurare una pacifica convivenza politica (non etnica, né morale) tra i ‘diversi’ da cui esso è formato: in buona sostanza, la globalizzazione ha finito per esaltare, fino a portarle quasi al punto di rottura, quelle differenze che per lungo tempo lo Stato si era dimostrato in grado di sistemare.

³⁹ Queste ultime assomigliano, per vari aspetti, più ad una sorta di otto-

mondiale del liberismo⁴⁰, per cui noi oggi faticiamo a comprendere che possa esistere un diritto senza uno Stato (o, meglio, 'oltre' lo Stato)⁴¹, o senza un potere che lo renda effettivo, cosa che invece (v. infra, il paragrafo successivo) ancora poco più di due secoli fa costituiva una affermazione elementare.

Il governo del mondo ha perso il suo ordine sistematico; esso non è più organizzato né unitario⁴², e soprattutto non appare più essere nelle mani dei popoli, quanto piuttosto nelle mani di istanze sovranazionali (o, per usare la terminologia del precedente paragrafo, globalizzate)⁴³, che traggono la loro forza propulsiva

centesca Santa Alleanza che non alla precedente Società delle Nazioni: cfr. D. ZOLO, *Cosmopolis – La prospettiva del governo mondiale*, Milano 1995.

⁴⁰ L'individualismo di matrice neoliberista, antistatalista, ha finito per favorire il fenomeno della globalizzazione, che vede nel mercato l'unico strumento demiurgico di efficienza; un collegamento tra globalizzazione e sistema individualista della modernità in uno stadio molto avanzato coglie recentemente U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Troina 2002, cap. III e V. Proprio nel dilagare del liberismo taluno ha voluto vedere il più grave impedimento all'adozione di misure di controllo di puro buonsenso: cfr., con riferimento alla cd. *Tobin Tax*, che imponeva una modesta tassazione sulle transazioni finanziarie internazionali, A.C. MICHALOS, *Un'imposta giusta: la Tobin tax. Tassare le operazioni finanziarie per costruire una finanza etica*, Milano 1999 (trad. it).

⁴¹ Cfr. per es. E. POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago Ill. 2009, per il quale non ha senso parlare di un ordinamento giuridico globale, perché non può esistere un diritto senza un legislatore, un potere esecutivo, delle corti ecc. (Posner giunge fino a suggerire la cessazione di dibattiti sul punto, allo scopo di risparmiare energie intellettuali che potrebbero essere destinate in modo migliore); sostanzialmente concorde S. CASSESE, *Chi governa il mondo?* cit., 43, il quale giudica come «primitivo» (e per queste stesse ragioni) il concetto di ordinamento giuridico globale. Mi pare però che il concetto di diritto debba e possa essere disgiunto dal momento applicativo. Per una critica, v. anche la *Recensione di J. P. TRACHTMAN*, in *European Journal of International Law* 20 (2009), 1623 ss.

⁴² S. CASSESE, *Chi governa il mondo?* cit., 23.

⁴³ I.D. MORTELLARO, *Le istituzioni della mondializzazione*, in P. Ingraio, R. Rossanda, *Appuntamenti di fine secolo*, Roma, 1995, 224 ss., il quale parla addirittura di un «Direttorio planetario»; S. SASSEN, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1996, trad. it. *Fuori controllo. Mercati finanziari contro Stati nazionali: come cambia la geografia del potere*, Milano 1998.

dal potere economico, piuttosto che da una legittimazione giuridico-democratica⁴⁴. Esso assomiglia sempre di più ad una sorta di anarchia feudale⁴⁵, in cui le singole istanze o i singoli potentati dettano le regole e i principi che più rispondono alle loro convenienze economico-affaristiche, senza curarsi del rispetto dei principi base che, veicolati dalla tradizione del diritto romano, si sono affermati in una grande parte del mondo (solidarietà; rispetto del più debole; ruolo centrale della persona umana; affidamento ecc.). La logica del profitto, del guadagno a tutti i costi, della crescita costante e inarrestabile⁴⁶ è quella che oggi governa il mondo, tramite le istanze sopra menzionate. In questo schema il diritto non serve più a tutelare il più debole, a lavorare per il rispetto delle minoranze, ma serve piuttosto ad elaborare schemi uniformi che favoriscano l'eliminazione di differenze, viste come un ostacolo al 'buon funzionamento' di questo fenomeno⁴⁷. Le regole giuridiche vengono inventate, elaborate, adattate non più per governare la vita delle persone, quanto piuttosto per rispondere a tali bisogni etero-indotti, e a favorire il profitto e il guadagno di chi produce e di chi finanzia la produzione⁴⁸; si apre la

⁴⁴ Cfr. M. REVELLI, *La globalizzazione. Definizione e conseguenze*, in *Teoria politica* (2002), fasc. 3, 55 ss.

⁴⁵ K.F. WERNER, *Naissance de la noblesse. L'essor des élites politiques en Europe*, Paris 1988, trad. it. *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite politiche in Europa*, Torino 2000, 58.

⁴⁶ Sottolinea opportunamente N. IRTI, *Geodiritto*, in ID., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, s.d. (ma 2007), 28 s. che questo «mercato degli ordini giuridici» non sorge spontaneo e naturale, ma è il frutto di una precisa decisione politica, quella con cui «la classe politica rinuncia a governare l'economia, e si fa governare da essa».

⁴⁷ Della *lex mercatoria* come «non luogo del diritto» parla da ultima M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazio globale*, Roma-Bari 2006.

⁴⁸ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto*, in *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna 2009, 34, parla di un diritto creato non *ex ante*, ma *ex post*, che garantisca razionalmente il 'buon funzionamento' sulla base di regole disparate, che si irradiano dalla molteplicità dei centri di produzione delle norme, la cui concreta giustizia sarebbe garantita solo dalla vicinanza al caso concreto, senza il bisogno o la necessità di indulgere a principi o norme predeterminate.

caccia al rimedio concreto, più che al principio di diritto, quasi a evocare un giusrealismo di frankiana memoria⁴⁹.

Assistiamo alla imposizione di un modello culturale pervasivo, che tende alla omogeneizzazione, alla creazione di un mercato globale, nel quale sia più facile vendere i prodotti delle aziende che liberamente operano nel mercato. Si decide una certa linea produttiva, si elaborano schemi di comportamento uniformi, si spostano capitali e si creano così bisogni ‘globali’, che i singoli uomini in ogni parte del globo si affannano ad inseguire. Si è spostato il focus della tutela a cui deve guardare il diritto dal singolo individuo alle multinazionali. Si è privilegiata l’efficienza rispetto alla tutela del più debole, il funzionamento ‘purché sia’ rispetto al ‘buon’ funzionamento, il decisionismo rispetto alla protezione delle minoranze, l’imposizione di regole non condivise, rispetto alla mediazione e al compromesso. Mi pare, pertanto, che colga nel segno chi definisce la globalizzazione come una sorta di passaggio di consegne dallo Stato al Mercato, visto come strumento unico per garantire l’efficienza dei processi⁵⁰.

Ma vi è di più. Questo ‘diritto globale’ è un insieme di regole assolutamente privo del carattere della organicità, un processo prettamente economico, che coinvolge tutto il mondo conosciuto, ma non per questo si connota di caratteri di universalità⁵¹ e che, proprio

⁴⁹ Il riferimento, come è noto, è a J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, sebbene la matrice americana del giurrealismo sia più risaltante; sul concetto, cfr. *ex multis*, M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 2014, 82.

⁵⁰ Cfr. G. GOZZINI, *La parola globalizzazione*, in *Passato e presente* 21 (2003) n. 58, 5. Sul punto, cfr. soprattutto S. STRANGE, *The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge 1996, trad. it. *Chi governa l’economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, Bologna 1998, la quale per prima, già nel 1996, aveva intuito che gli Stati non erano più l’unico attore delle relazioni internazionali, e che le istituzioni statali si mostravano sempre più soggette a condizionamenti, pressioni e influenze di diversi attori, soprattutto da parte della finanza, delle imprese multinazionali e dei detentori delle tecnologie.

⁵¹ Si ha l’impressione che esista un «sovra-Stato, un mondo acefalo dove, mettendo da una parte l’autoaiuto e, quale estrema ratio, la guerra, i modelli istituzionali che si sono trovati sono il prodotto di intese negoziate e da queste dipende la loro efficacia»: cfr. S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 42.

per questo, non è in alcun modo in grado di elevarsi a sistema, nel quale si riescano ad individuare dei principi e/o delle regole-guida⁵². Esso risulta formato essenzialmente dalla creazione di standard di armonizzazione tecnica ed è il prodotto di un meccanismo relativamente autonomo di produzione che va oltre lo Stato⁵³, formatosi quasi magmaticamente, per rispondere a istanze che si presentavano di volta in volta.

Il risultato è, in un certo senso, un insieme agiuridico di regole, in cui l'economia si è imposta sul primato della politica e della scienza del diritto, ora piegato alle esigenze della nuova 'teologia economica'⁵⁴, che piuttosto che la razionalità dell'ordinamento e la fissazione

⁵² È stato giustamente affermato che la settorialità è una caratteristica dei corpi normativi del cd. ordinamento globale, in assenza di un insieme generale di regole o meta regole che operi come elemento unificante: cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006, partic. 10 ss. Certo, per la maggior parte si tratta di regole di buon senso, che tentano di assicurare il buon funzionamento delle istituzioni sovranazionali fondandosi sul tramite di accordi internazionali e di norme prodotte sia da istituzioni ultra-statali, sia da corti globali: ad es., la regola del rispetto del contraddittorio davanti alle corti, o la regola del cd. *consensus* tendono a garantire la procedibilità di queste istanze e il funzionamento di una istituzione anche in casi complessi; anche per questo non hanno nulla in comune con quella 'naturalità' (nel senso precisato *infra*, § 7), che era caratteristica precipua del diritto romano: cfr. S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 44. Cfr. anche S. ROBERTS, *After Government? On Representing Law Without the State*, in *The modern Law Review* 68 n. 1 (2005), 18 e 23, il quale sostiene che sia inappropriato estendere il concetto di ordinamento giuridico a questo ordine globale, che è invece fatto di assunti variamente negoziati a livello regionale o globale; siamo in presenza di un 'diritto' che ha perso totalmente la propria capacità analitica o, direi meglio, sistematica.

⁵³ Per parafrasare il titolo di un'opera famosa, potremmo parlare di '*Law making beyond the State*': sul punto, cfr. soprattutto H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford-Portland 2005, partic. 405 ss.; S. CASSESE, *Chi governa il mondo* cit., 39. Per il dubbio che possa esistere un diritto definibile come 'globale', cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012 (ma v. anche *supra*, nt. 38).

⁵⁴ Per parafrasare una espressione di G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Torino 2009, la cui tesi centrale, però, che ruota intorno a una sorta di secolarizzazione dell'idea teologica di un ordine divino trascendente, è tutt'altro che universalmente accettata (cfr., ad es., in senso critico J.L. VILLACANAS, *Teologia economica. Analisi critica di una categoria*, in

di norme generali e astratte predilige la soluzione dei problemi contingenti, man mano che questi si presentano.

Tale sorta di «tecno-economia del nostro tempo»⁵⁵ non crea giustizia, ma produce disuguaglianza, o esaspera le ingiustizie e le disuguaglianze esistenti: l'esatto contrario di quello che ci aspettiamo dal diritto.

6. *Fondamenti del diritto e non dell'economia* – È evidente la necessità di ripensare (e insegnare ai nostri studenti) dalle fondamenta l'organizzazione globale, non rassegnandosi affatto alla ineluttabilità della attuale organizzazione della gius-politica mondiale, che affida il controllo del potere a organizzazioni meta-statali, in base alla potenza della loro efficienza economica⁵⁶, in spregio ai valori propri della nostra tradizione giuridica, come il rispetto delle minoranze, il favor debitoris, la protezione del più debole, la giustizia distributiva e commutativa ecc.

Indubbiamente la globalizzazione ci ha posti di fronte ad un abbattimento delle frontiere, ad un incontro sempre più ravvicinato tra diverse parti del mondo, con una progressiva valorizzazione, senza precedenti, delle istanze locali, come frutto dell'abbattimento delle barriere spazio-temporali che prima vincolavano l'ecumene. Ciò, però, non ha portato con sé quel senso di universalismo che ci saremmo aspettati da un fenomeno così globalmente esteso: al contrario, esso ha irrigidito le singole posizioni su punti di vista che oggi appaiono più irrimediabilmente contrapposti che non nel passato⁵⁷. In altre parole, di fronte a un centro, che ormai è

Filosofia politica 3 [2013] 409 ss.).

⁵⁵ Cfr. la bellissima immagine della «potenza della sconfinatezza» di N. IRISI, *Geodiritto*, cit., 26.

⁵⁶ Quanto mai attuale appare la domanda biblica, che già Elihu poneva, rimproverandolo, al suo amico Giobbe: «chi gli ha dato il governo della terra? Chi ha affidato l'universo alla sua cura?»; cfr. Giobbe, 34,13.

⁵⁷ Oggi si usa lo stesso oggetto in tutto il mondo, ma si fatica a percepirne un senso comune. Manca, a mio avviso, proprio uno schema universale, che possa tirare fuori le eterogeneità dall'indeterminatezza, e inscrivere in uno

dappertutto, manca la circonferenza che delinea una linea omogenea di sviluppo⁵⁸: circonferenza che nel modello romano, era senz'altro costituita dal quadro coerente costituito dai valori veicolati dal diritto.

Piuttosto che preconizzare (seppure negandola) la 'fine del diritto'⁵⁹, è, a mio avviso, necessario ricreare un diritto sovranazionale a formazione spontanea, in modo tale che entro il villaggio globale il diritto possa ritrovare la antica universalità⁶⁰: è questo, a mio avviso, che deve porsi alla base di un insegnamento di *Fondamenti*.

7. *Fondamenti del diritto mondiale? Universalità del diritto romano e (quindi anche) dei Fondamenti* – A mio avviso, per il futuro di un insegnamento come quello dei Fondamenti del diritto non è solo all'Europa che dobbiamo guardare, ma all'intero mondo, per la sopravvivenza non solo e non tanto del diritto romano e della tradizione giuridica come 'fondamentale fondamento' della cultura giuridica, ma per evitare una perdita di incidenza della sfera del giuridico nei confronti della pervasività di altre scienze sociali. In questo processo il diritto romano può e deve svolgere un ruolo fondamentale⁶¹, perché è necessario, in particolare, recuperare e rivitalizzare quella universalità che da sempre è stata riconosciuta alla base del sistema

schema comune, che ne rappresenti una sorta di sintesi hegeliana: Cfr. D. LAROCHELLE, *Demostene, Cicerone e la globalizzazione*, in *Teoria politica* (2005), fasc. 2, 5 ss.

⁵⁸ Rielaboro la nota immagine della «sfera infinita, il cui centro è ovunque, la circonferenza da nessuna parte» che Blaise Pascal (cfr. *Pensieri. Antologia di testi filosofici*, trad. it., Bologna 2012, n. 185, 69; la prima ed. [postuma] dell'opera è, come è noto, del 1669) mutua (in un contesto e con un significato diverso) da Giordano Bruno (cfr. *De la causa et principio uno*, Dialogo V, cito dalla ed. Venetiis 1584, 140 ss.); interessante è pure la riproposizione del tema da parte di Jorge Luis Borges (cfr. *La sfera di Pascal*, in *Altre inquisizioni*, trad. it., Milano 1952, 15 ss.).

⁵⁹ Cfr. i saggi contenuti nel volume *Fine del diritto?* cit., a cui adde M. ORLANDI, *Fine del diritto?*, in *Il diritto frammentato* cit., 147 ss.

⁶⁰ F. GALGANO, *I caratteri* cit., 12.

⁶¹ V., per esempio, il tentativo che è alla base del notissimo P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, più incisivo nel titolo della traduzione italiana *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano 1995².

creato già dai giuristi romani, e che correttamente possiamo definire sistema giuridico romanistico.

Già Giustiniano, nell'ordinare la compilazione del *Corpus iuris civilis*, aveva chiaro il disegno mirabile a cui questa tendeva, che non era solo la risoluzione di problemi contingenti di insegnamento o di sistemazione del materiale giuridico, ma rispondeva al più ampio progetto di edificare un vero e proprio tempio alla giustizia e costruire quasi una cittadella del diritto⁶². L'universalità spazio-temporale del 'sistema' creato dai giuristi romani appariva all'imperatore di una evidenza tale, da imporsi *ex se*⁶³: tale sistema era evidentemente valido per il presente, ma doveva intendersi come orientato verso il futuro e soprattutto aperto al contributo accrescitivo e migliorativo da parte di popoli che abitano l'ecumene, noti o ancora ignoti, e che si potrebbero incontrare, in una prospettiva universalistica che le moderne contrapposizioni tra gli Stati e tra gli ordinamenti che dagli Stati derivano rendono faticoso, se non quasi impossibile, cogliere. Del resto, già i giuristi romani, a partire dall' 'invenzione' del *ius gentium* e del successivo riconoscimento della categoria del *ius naturale*, pensavano a un diritto a chiara vocazione universale, fondato sulla *naturalis ratio* che accomuna tutti gli uomini⁶⁴.

⁶² Cfr. *Const. Deo auctore* 5: ...oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare...

⁶³ Il medesimo Giustiniano precisa (*Cost. Tanta*, 12) che questa sua opera non è diretta tanto a proporre un diritto perfetto ad uso dei contemporanei, ma è piuttosto destinata ad essere sostegno per gli uomini nel corso dei secoli futuri (*omni aeo tam instanti quam posteriori*), codificando, cioè, un diritto non limitato né temporalmente, né spazialmente (v. *Const. Tanta/Dédoken*, 23-24).

⁶⁴ Mi riferisco a fonti e a problematiche molto note: cfr., tra le tante che si potrebbero citare, Gai. 1.1.1 (= D. 1.1.9; I. 1.2.1); in dottrina, cfr. E. LEVY, *Natural Law in Roman thought*, in *SDHI* 15 (1949), 10; S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano 1954, 7; B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano*, in *Eos. Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, II, Varsaviae 1957, 177 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano. Problemi generali*, Milano 1956, 451 s.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1980, 20; punto sulla questione in A. SACCOCCIO, *Il 'sistema' del diritto romano come patrimonio comune dell'umanità*, in *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona, il diritto*, a cura di A.F.

Nell'esaminare il lascito del diritto romano, è quindi possibile, anzi doveroso, astrarre dalle accidentalità epifenomeniche e contingenti legate alla società nella quale esso ha trovato la sua prima elaborazione concettuale, per individuare quei «dogmi generali», quegli aspetti «non contingenti ma universali» che ne costituiscono la base, quei «valori particolari, ma permanenti, razionali e pratici insieme, e quindi descrivibili nel loro essere e nel loro divenire»⁶⁵. Affermava Giovanni Pugliese che «chiunque non sia animato da partito preso, non può non intuire, prima ancora di rendersene conto con la ragione, che esiste nell'esperienza giuridica un nucleo stabile di verità superiori alle contingenze storiche, suscettibile di essere isolato ed articolato in concetti e principi»⁶⁶. Indubbiamente, un diritto che si fonda su «quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti» deve avere necessariamente natura universale⁶⁷. È evidente la distanza tra questo modello, che tende a costruire l'armonizzazione del diritto facendo leva sulla universalità, da quello, oggi purtroppo abbastanza diffuso, dei cd. trapianti giuridici (*legal trasplant*)⁶⁸, i quali, come è stato efficacemente fat-

Uricchio e M. Casola, I, Bari 2019, 551 ss. .

⁶⁵ Così cfr. C. GIOFFREDI, *Dommatica e sistematica nello studio del diritto romano (A proposito di una recente traduzione delle 'Istituzioni' di Gaio)*, in *SDHI* 18 (1952), 252.

⁶⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Annali dell'Università di Macerata* 15 (1941), 19, ora in *Scritti*, III, cit., 175.

⁶⁷ Cfr. S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, cit., 10; cfr. anche O. BEHREND, *Che cos'era il ius gentium antico?*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, dir. da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, I, Napoli 2006, 481 ss. e particolarmente 511 ss., secondo il quale il *ius gentium* (che egli chiama 'secondario') fonderebbe una unità spirituale come frutto della molteplicità, ma senza alterare l'identità di quelle che l'a. chiama «formazioni statali» le quali, in piena libertà, «elaborano ciò che è comune ed è per tutti vincolante, a partire dalle loro condizioni di volta in volta particolari».

⁶⁸ Sul concetto di *legal transplant* (o *legal borrowing*), v. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens and London 1993², trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli 1984; ID., *Society and Legal Change*, Edinburgh 1977, trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano 2006, particolarmente 155 ss.

to notare, non di rado (e proprio perché posti in essere a prescindere dalla ricerca delle comuni radici) ingenerano crisi di rigetto⁶⁹.

Sgombrato il campo dagli *idola temporis e loci*, «quello che perdura è l'esigenza che il diritto abbia a corrispondere alla natura umana, all'equità, alla giustizia»⁷⁰, così che il diritto romano può a buon diritto essere definito come «un pedagogo della ragione giuridica» e ancora pieno di vitalità al giorno d'oggi⁷¹, quasi una lingua franca di ogni giurista.

8. *Il valore dei valori e il fondamento dei Fondamenti* – Molti e meritori sono i 'principi', già propri della comune tradizione giuridica di matrice romanistica⁷², che una corretta valorizzazione del momen-

⁶⁹ Cfr. già G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Up in New Divergences*, in *The Modern Law Review* 61 (1998), 11 ss.; ID., «Legal irritants»: come l'unificazione giuridica dà luogo a nuove divergenze, in *Art interpretandi* (2016), *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione*, 143 ss. A me continua ad apparire preferibile parlare di 'trasfusione' o di 'armonizzazione del diritto': v., da ultimo, A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in *Sistema giuridico latinoamericano. Summer school (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, a cura di A. Saccoccio e S. Cacace, Torino 2019, 44.

⁷⁰ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina* cit., 41. Per questo, a me non appare affatto sconcertante (come invece ad A. MAZZACANE, *Il leone scappato dal circo: pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index* 29 [2001], 97 ss.) che i problemi di responsabilità ingenerati dalla fuga di una fiera da un circo vengano risolti alla luce di un principio ricavabile dal diritto romano ed elaborato secoli prima.

⁷¹ Cfr., rispettivamente, l'abate Antonio Rosmini (cfr. A. ROSMINI-SERBATTI, *Filosofia della morale e del diritto*, V, *Filosofia del diritto*, I, Milano 1841, 12 nt. 2) e Sir James Bryce (già professore ad Oxford: cfr. J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford 1901, 85).

⁷² Inappropriati mi appaiono i riferimenti alla 'tradizione giuridica occidentale' che si leggono in alcuni recenti scritti (v., per es., G. ALPA, M. ANDRENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano 2005, 41 ss., dove si parla di «valori comuni dell'Occidente» o U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale. Un'introduzione storica*, Roma-Bari 2010). Questi stessi 'valori', infatti, si trovano negli ordinamenti giuridici dei Paesi latinoamericani (che non so dire rispetto a quale 'Oriente' potrebbero rappresentare un 'Occidente, a meno di non adottare una accezione ideologica di Occidente [v. Latouche, *supra*, nt. 33] che però non mi pare del tutto convincente), ma anche in Cina o a Taiwan, o in Giappo-

to giuridico sarebbe in grado di opporre o di meglio valorizzare, pur nell'epoca della cd. globalizzazione: dall'alterum non laedere all'autodeterminazione e all'autonomia contrattuale e fino alla tutela dei diritti della personalità (immagine, onore, riservatezza ecc.); dall'autoresponsabilità e fino al divieto di atti emulativi o di abuso del diritto; dall'eguaglianza sostanziale all'affidamento e alla buona fede nel diritto dei contratti⁷³; ma anche, per spostarci in un ambito che oggi definiremmo gius-pubblicistico, i principi di partecipazione, di uguaglianza, di proporzionalità, di imparzialità del giudice e del contraddittorio ecc.⁷⁴.

Tutti, però, mi paiono in qualche modo corollari della centralità della persona umana come colonna portante dell'intero sistema⁷⁵ e della conseguente valorizzazione di quella *humanitas*, che è un valore tipicamente romano⁷⁶, ma che i romani riconoscono come elemento comune all'uomo in quanto tale⁷⁷. Tale *humanitas* appieno

ne, o ancora nei Paesi appartenenti alla ex URSS.

⁷³ In quest'ottica, *fides bona*, *aequitas*, *voluntas*, *libertas*, eguaglianza sostanziale; causalità; *favor debitoris*; lotta contro le usure e gli usurai ecc. costituiscono tutte facce di una stessa medaglia, un patrimonio comune per i giuristi odierni proprio grazie al riconoscimento che di essi hanno fatto i giuristi romani nell'ambito del sistema. Cfr., per una visione di sintesi, soprattutto S. SCHIPANI, *Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 33 (2012) 293 ss. (versione russa in *Pravoye aspekty BRIKS. Sbornik dokladov i vystuplenij na naučnom seminare, 8-9 sentjabrja 2011 goda* [Aspetti giuridici del BRICS. Raccolta delle relazioni e degli interventi del Seminario scientifico 8-9 settembre 2011], a cura di T. Alexeeva e P. Catalano, San Pietroburgo 2011).

⁷⁴ Cfr. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano 2000, 11 ss.; G. ALPA, M. ANDRENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit. Sul punto v. anche A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino 2018, 59 ss.

⁷⁵ Cfr. soprattutto *Hermog., 1 iur. epit.* D.1,5,2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus.*

⁷⁶ Cfr. A. PALMA, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992; L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto@Storia* 4 (2005); ID., *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano*, in *Teoria e storia del diritto privato* 8 (2015) ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica: nuovi saggi*, Torino 2015, 39 ss.

⁷⁷ Senza necessariamente scomodare l'uomo come misura di tutte le cose

manifesta il modo romano di concepire i rapporti interpersonali, lasciando derivare a cascata tutto quanto sopra brevemente schizzato, ma molto altro ancora.

I romani declinavano il concetto in (sostanzialmente) tre possibili accezioni: come istanza morale, come valore culturale, e come metro di misura del diritto stesso (ma, più in generale, dei comportamenti umani)⁷⁸.

Dalla prima accezione, deriva la nascita del concetto di rispetto dell'altro, di fratellanza, di solidarietà, che saranno poi rielaborati dalla tradizione cristiana, che si sforzerà di precipitarli e inglobarli all'interno del nucleo essenziale della propria dottrina⁷⁹ e poi, stravolti dall'illuminismo e dalla rivoluzione francese, penetreranno nella nostra cultura giuridica, fino a diventare, in Italia, il fulcro della Costituzione e dei suoi celeberrimi articoli 2 e 3⁸⁰.

Dalla seconda accezione, deriverà quel modello culturale e giuridico, costituito dal *bonus vir*⁸¹, che poi evolverà nel parametro del 'buon padre di famiglia', proprio della nostra tradizione giuridica.

Decisamente più interessante, per il discorso qui condotto, è la terza accezione di *humanitas*, che non faticiamo a definire brevemente 'antropocentrica'. In questa accezione, l'*humanitas* diviene

nella filosofia greca (secondo la nota affermazione di Protagora: cfr. Platone, Theaetetus, 151d), si può qui ricordare il famosissimo '*Homo sum. Nihil humani alienum a me puto*' di Terenzio (*Heaut.* 77), dove il commediografo pare considerare l'*humanitas* in qualche modo come un valore universale e onnicomprensivo, mediante il quale ogni uomo può (deve) rivendicare il diritto-dovere di interessarsi ai problemi degli altri uomini con un atteggiamento di solidarietà e condivisione, per creare un «equilibrio tra gli individui che compongono l'umanità» (v. G. PURPURA, nt. seguente).

⁷⁸ Cfr. G. PURPURA, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA* 53 (2009), 287 ss.

⁷⁹ Cfr. soprattutto B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, *Orientamento religioso della legislazione*, Bologna 1952, 56 ss., il quale parla di «complessa opera di riduzione del diritto pagano in diritto cristiano».

⁸⁰ Vd., ad es., per una ricerca sulle radici della fraternità, P.P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia* 6 (2007).

⁸¹ Su punto, v. R. FIORI, *Bonus vir. Politica, filosofia e retorica nel «De officiis» di Cicerone*, Napoli 2011, e il volume *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione antica*, a cura di A. Lovato, Bari 2013.

il modo stesso di intendere il diritto: quasi troppo facile diventa richiamare qui nuovamente la sottolineatura della centralità della persona umana da parte di Ermogeniano⁸², che non deve mai essere persa di vista dal legislatore. Quasi come un primo e più diretto corollario di ciò appare la famosa definizione celsina del *ius* come *ars boni et aequi*, arte del buono e dell'equitativo⁸³. Sul punto basti in questa sede richiamare quanto scritto da Filippo Gallo, il quale, di questa definizione, evidenzia alcuni punti che calzano perfettamente con il discorso che vengo qui conducendo⁸⁴.

9. *Per (brevemente) concludere* – È stato opportunamente segnalato che oggi il sistema del diritto romano «non ha alcun vertice politico-istituzionale, per debole che fosse il vertice esistente nell'ultimo periodo della sua presenza; non ha alcuna giurisdizione che ne porti ad effetto il diritto, come era il pretore in Roma prima e il

⁸² Vd. *supra*, nt. 75; il 'riconoscimento' del valore della *humanitas* è, come è fin troppo ovvio, molto più antico.

⁸³ Si tratta del notissimo *dictum* celsino, conservato da Ulpiano e poi significativamente posto da Giustiniano nell'*incipit* del Digesto, a rivendicarne una chiara natura programmatica. Da ultimo, per la sottolineatura di un legame stretto tra 'umanità' e 'diritto' cfr. G. MARINO, *Umanità del diritto. Percorsi*, Napoli 2011, particolarmente 96 ss.

⁸⁴ Tra i tanti scritti che l'a. piemontese ha dedicato a questo tema (con una posizione, però, tutt'altro che universalmente condivisa nella romanistica), mi piace qui ricordare F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010 (trad. spagnola *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, Buenos Aires 2015). Sostiene questo a. che il diritto è un'*ars*, una *tekhné*, cioè una creazione umana, che non si trova in natura, ma è creato dall'uomo, evidentemente in funzione dell'uomo stesso, per risolvere problemi del vivere; esso è teso ad ottenere soluzioni ai problemi umani, che si presentino connotate di una caratteristica essenziale, cioè quella di essere buone, di essere tese al raggiungimento di ciò che è meglio per l'uomo stesso; ciò che è 'migliore' per l'uomo, però, non deve andare a scapito di altri, così che il 'buono' deve essere temperato dall'equo, cioè dal rispetto che ciascuno deve alla sfera personale e giuridica degli altri. Sul punto, da ultimo, v. anche S. SCHIPANI, *Sistema di «ciò che è migliore e più uguale»*, in *Sistema giuridico latinoamericano cit.*, 3 ss.

Tribunale imperiale poi»⁸⁵; esso è esclusivamente nelle mani dei popoli, che hanno il compito di emanare leggi ispirate ai principi e ai valori del sistema; e nelle mani dei giuristi, i quali, sulla base della loro competenza, hanno il compito di verificare la coerenza dell'insieme così generato⁸⁶.

Il sistema del diritto romano, quando viene rispettato nella sua struttura profonda, non viene imposto, ma cercato, recepito, ed è aperto al dialogo con le altre esperienze giuridiche, alle quali offre i propri principi. In questi termini, esso trascende senza dubbio i confini dell'Europa, a cui la definizione *Fondamenti del diritto europeo* tende a confinarlo. Ad esempio, è a un venezuelano, cioè Simon Bolívar, il grande *libertador*, eroe dell'indipendenza latinoamericana, che si deve la definizione del diritto romano come 'base della legislazione universale'⁸⁷; mentre è stato un giurista cinese, Jiang Ping, già Rettore della CUPL di Pechino, a qualificarlo come «parte integrante della cultura dell'intera umanità»⁸⁸.

⁸⁵ S. SCHIPANI, *Ius romanum commune* cit., 298 ss.; significativo mi appare anche quanto scrive A. PLACHY, *Il diritto romano come valore culturale nella storia dell'Europa*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, I, Milano 1954, 480, secondo il quale «la forza vitale del diritto romano è una realtà culturale, più o meno indipendente dalle forze politiche».

⁸⁶ In altre parole, quello fondato sul diritto romano, proprio perché è un sistema che pone l'uomo e ciò che è meglio per lui costantemente al centro, proprio perché si fonda su un sistema di valori universalmente riconosciuti, è un sistema 'aperto', che non è destinato ad essere superato, ma che si rinnova continuamente, adeguandosi alla multiforme e mutevole realtà alla quale viene contingentemente ad applicarsi: cfr. M. CACCIARI, *L'epoca della globalizzazione*, in *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata, 2-5 ottobre 2002*, a cura di G. Torresetti, Macerata 2008, 50, ripubblicato con il titolo *Pensare la globalizzazione*, in *Bioetica, globalizzazione ed ermeneutica. L'impegno critico della filosofia nel mondo contemporaneo*, a cura di F. Minazzi, L. Norasco, Milano 2007, 82.

⁸⁷ Cfr. *Método que se debe seguir en la educación de mi sobrino Fernando Bolívar*, in una lettera scritta nel 1821 al generale Carlos Soublotte, il quale conduceva il fratello Fernando a studiare negli Stati Uniti: «El derecho romano, como base de la legislación universal, debe estudiarlo» (<http://fluidos.eia.edu.co/lecturas/bolivar.html>).

⁸⁸ Così, come noto, JIANG PING, *Il Diritto romano nella Repubblica Popolare*

I fondamenti del diritto vanno quindi ricercati all'interno di questo patrimonio sapienziale, che va continuamente re-interpretato, e indubbiamente ogni popolo (non solo europeo) che vi aderisce apporta un proprio personale contributo, grande o piccolo, all'edificazione di quello che giustamente Giustiniano definisce *templum iustitiae*⁸⁹. La diversità di contesto, di posizione in cui ci si colloca, e il contributo che da queste posizioni deriva, allarga gli orizzonti della nostra capacità di giuristi di vedere i problemi e di scegliere conseguentemente le soluzioni giuridiche 'migliori e più eque'⁹⁰.

Il mondo intero, più che l'Europa, appaiono un saldo banco di prova di queste idee: per il romanista cileno (ma venezuelano di nascita) Andrés Bello, autore, tra le altre cose, del Codice civile del Cile, nel diritto romano si può senza dubbio riconoscere la fonte del moderno diritto delle genti⁹¹. Questo 'diritto naturale romano' che, senza dubbio, ha contribuito altresì a fondare l'Europa che i nostri predecessori ci hanno tramandato⁹², ma di cui,

Cinese, in *Index* 16 (1988), 367, ora in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, a cura di L. Formichella, G. Terracina, E. Toti, Torino 2005, 3 s.; la definizione sarà poi ripresa da S. SCHIPANI, *Le droit romain en Chine: patrimoine commune de l'humanité*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, Napoli 2009, 1181 ss.

⁸⁹ Cfr. sul punto B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni* cit., 177 ss. (= 447 ss.).

⁹⁰ Cfr. C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano 1999, 50 ss., il quale parla della costruzione di una sorta di scienza giuridica 'transnazionale' quanto meno agli ordinamenti giuridici europei, che però, nell'opinione dello studioso, non ha come obiettivo l'unificazione dei diritti positivi che vi sono imperanti.

⁹¹ Cfr. le parole di Bello riportate in *El Araucano*, n. 184, del 21 marzo 1834: «El derecho romano es necesario para el estudio del derecho de gentes; y si tenemos la noble curiosidad de explorar las instituciones y las leyes de otras naciones y de consultar sus obras de jurisprudencia, a fin de aprovecharnos de lo mucho que hay en ellas de bueno y aplicable a nosotros, es necesario familiarizarnos con el derecho romano, cuyos principios y lenguaje son los de toda Alemania, los de la Italia, la Francia, la Holanda y una parte de la Gran Bretaña»; sul punto, utile è la lettura di V. ILARI, *Osservazioni sul rapporto fra diritto romano e diritto delle genti nel pensiero di Andrés Bello e nelle fonti utilizzate per i Principios de Derecho Internacional*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas 1987, 140 ss.

⁹² P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin 1966⁴, 141 ss.; 212 ss.; 347 ss., il quale espressamente ricorda come il diritto

sia detto per inciso, è legittimo lo studio di qualsiasi indirizzo⁹³, certamente ha raccolto anche le esperienze giuridiche di tutti i popoli che ne hanno fatto e ne fanno ancora parte. Esso però deve intendersi come un fenomeno dinamico e non statico: si tratta cioè di un diritto che, come insegnava già il giurista Pomponio, non può esistere (*constare* = star saldo) da solo, ma ha bisogno del filtro consistente nella quotidiana rielaborazione critica di ciò che è migliore per l'uomo⁹⁴, che ne costituisce in ogni caso il centro gravitazionale, da parte del giurista (o meglio: dei giuristi)⁹⁵.

Ritengo, quindi, che il diritto da sedimentare all'interno dell'insegnamento di *Fondamenti* debba essere una sorta di insieme di valori normativi metastorici, che a sua volta si solidifichi in un concetto che supera le categorie oggi in uso di 'diritto statutale',

romano sia la parte, se non più importante, certamente più significativa della cultura europea; ad avviso di questo studioso, la decadenza dell'Europa dopo la II guerra mondiale ha portato con sé anche la decadenza dello studio del diritto romano, anche se non in modo uguale in tutti i Paesi.

⁹³ Anche di quegli istituti o branche di studio che non abbiano resistito ai colpi della storia: lo sottolinea giustamente D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova, 25-26 novembre 2005*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2007, 61.

⁹⁴ Cfr. D. 1.2.2.13 (Pomp., *l. s. ench.*): *...constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

⁹⁵ Parlo di giurista 'tout court', senza invocare distinzioni che mi appaiono artificiose tra romanisti, civilisti, costituzionalisti ecc., quasi che esistessero compartimenti stagni interdisciplinari, che debbano di necessità impedire al romanista di leggere una sentenza di un organo giudicante contemporaneo e al civilista o al costituzionalista di leggere le fonti romane: per questo mi permetto di non condividere le recenti affermazioni di G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi cit.*, 17 s., secondo il quale dovrebbe essere il «giurista (nazionale o europeo, non fa differenza)» ad interrogare i dati prodotti dallo storico del diritto, quasi come se quest'ultimo tutto fosse, tranne che un giurista. È appena il caso di precisare, poi, che tali giuristi non vivono nell'astratto iperuranio del mondo delle norme, ma nella società concreta, e hanno il compito di adeguare continuamente i principi del sistema alle situazioni concrete che la vita presenta: cfr. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Studia in honorem V. Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, 172.

ma anche di ‘diritto internazionale’, proponendo un modello la cui validità ecceda i limiti dell’effettività, facendo del *ius romanum* ‘fondamentale’ qualcosa di radicalmente diverso dal moderno concetto di ‘diritto’⁹⁶.

Il suo recupero, la sua valorizzazione come vero e proprio vaso comunicante di valori, istituti, principi e norme⁹⁷, è fondamentale allo scopo di «smascherare qualsiasi ordinamento, qualsiasi ‘diritto’, che non ponga l’uomo al centro della sua scala di valori. Recuperare *aequitas* e *humanitas* contro ogni barbarie. Costruire un diritto che sia sempre più equo e più umano, perché possa servire all’uomo, nel solco profondo della nostra alta tradizione giuridica comune, che ci mostra come il diritto possa e debba essere posto al servizio dell’umanità e dell’umanesimo»⁹⁸, sono le sfide che il giurista moderno deve essere in grado di raccogliere.

Questa è, mi pare, la vera e più importante eredità che, da docenti, possiamo e dobbiamo comunicare ai nostri studenti: è questo, a mio avviso, il vero e fondamentale fondamento dei *Fondamenti*.

⁹⁶ Cfr. P. CATALANO, *Diritto romano attuale* cit., 167 ss.; ID., *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto in La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma, Documenti e Studi, II/1982*, Napoli 1984, 533; il punto non è mai stato colto da alcuni tra i romanisti stessi, i quali propugnano uno studio soltanto ‘storico’ del diritto romano: v., ad es., le parole di B. BIONDI, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1962, 12, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 390: «il diritto romano come ordinamento giuridico è morto e sepolto da secoli».

⁹⁷ S. SCHIPANI, *Trenta anni di dialogo con i giuristi latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 21 (2006), 299 s.

⁹⁸ Cfr. L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 17 (2004), 32 ora in *Histoire, Espaces et Marges de l’Antiquité*, III, *Hommages à M. Clavel-Lévêque*, Besançon 2004, 57.