

Giuseppe Falcone

Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo) *

1. Per prima cosa, ringrazio gli organizzatori per l'onore che mi hanno concesso invitandomi a compiere, in una sede e in una cornice congressuale così prestigiose, alcune riflessioni su un tema di particolare importanza e delicatezza.

E', peraltro, un onore che si risolve, per me, in un onere non lieve, a causa della mia scarsa attitudine e propensione verso discorsi metodologici di ordine generale. Ragione, questa, per la quale mi è risultata quanto mai gradita la direttiva, ricevuta in sede di contatti organizzativi, di ancorare concretamente il discorso ad una personale esperienza di ricerca. Del resto, l'intero mio discorso si colloca in una prospettiva prevalentemente, ma spero non troppo banalmente, concreta.

Una brevissima premessa. Rispetto alle coordinate espresse nel titolo del Convegno, non affronterò *ex professo* la questione del significato da assegnare al sintagma 'giurista europeo'. Direi che nell'ottica delle riflessioni che proporrò è sufficiente la nozione non troppo impegnativa che è stata, nella sostanza, indicata recentemente e proprio in un quadro tematico vicino a quello dell'incontro odierno, secondo la quale giurista europeo è colui che è chiamato a compiere una « penetrante valutazione dell'impatto del quadro normativo sovranazionale con le singole realtà nazionali » e, più particolarmente, « con le singole specificità sistemiche ». ¹ Ciò anche in considerazione del fatto che le riflessioni che seguono sono in realtà calibrate anche, e forse soprattutto, sulla figura del giurista *tout-court*. Piuttosto, osservo sin d'ora che 'scopi' e 'metodi' implicano inevitabilmente un altro profilo, rimasto implicito ma certo ben presente agli estensori del titolo: quello dell'oggetto. Una questione anch'essa scottante, e proprio in questi tempi e nell'ottica della formazione del giurista europeo.

2. Conformemente a quanto poc'anzi precisato circa i confini e il taglio del mio discorso, inizierò richiamando assai rapidamente un personale itinerario di ricerca. Confido di non tediare troppo l'uditorio, limitandomi a pochissime indicazioni che sono strettamente funzionali al tema di questo incontro.

All'indomani della conclusione di uno studio sulla tutela interdittale (e su alcune questioni-satellite rispetto a quella), mi sono imbattuto – con un incontro assolutamente casuale: stavo riordinando gli estratti via via donatimi dal Professore Albanese – nella definizione di *obligatio*

* Si pubblica qui la versione integrale della Relazione preparata per il Convegno della Società italiana di Storia del diritto ("*Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*" – Padova, 25.11.2005), poi amputata e parzialmente riorganizzata in sede di esposizione orale, per esigenze di rispetto dei tempi congressuali.

¹ V.MANNINO, *Premessa*, in V.MANNINO (a cura di), *Strutture e forme di tutela contrattuale*, Padova 2004, pp. X e XVI (si tratta del primo numero della Collana *Il giurista europeo. Percorsi formativi*, diretta da L.Garofalo e M.Talamanca).

(studiata, appunto, anche dal mio Maestro), rimanendo affascinato dalle questioni della paternità e del significato del testo conservato nelle Istituzioni giustinianee (J.3.13pr.). Quella scintilla assolutamente fortuita, attizzata da pura curiosità e piacere intellettuali, ha segnato l'avvio di un processo di ricerca ancora in corso.

Ne è derivato, anzitutto, un saggio sul metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano, stimolato dall'esigenza di valutare quale commissario avesse riprodotto o, invece, avesse congegnato – e, in questo caso, con quale *habitus* mentale – la definizione posta nel III libro del manuale imperiale.

In immediata connessione, e facendosi sempre più strada l'ipotesi di lavoro che la definizione fosse stata costruita dal Gaio delle *Res cottidianae*, è derivata l'esigenza di verificare la scrittura del Gaio delle Istituzioni, per valutare l'eventuale compatibilità o meno con la 'mano' gaiana e con la rappresentazione del fenomeno obbligatorio in Gaio: di qui, l'avvio dell'esame dell'intero manuale gaiano, che si è fin qui tradotto nella pubblicazione dell'esame del IV commentario, mentre è in corso di svolgimento l'esame della scrittura dei commentari II e III.

Nello stesso arco di tempo prendeva corpo definitivo il lavoro "*Obligatio est iuris vinculum*", quello più direttamente incentrato sulla questione della paternità e del significato della definizione. In estrema sintesi, l'ipotesi ivi suggerita è la seguente: il testo è stata congegnato da Gaio nelle *Res cottidianae*, non allo scopo di *descrivere* compiutamente e distesamente la nozione di *obligatio*, bensì al fine di *distinguere* l'obbligazione in senso tecnico-giuridico, tale in quanto coercibile attraverso gli istituti processuali della *civitas*, dai doveri riconducibili alla sfera dell'*officium*: doveri anch'essi tradizionalmente predicati in termini di *vincula*, *obligare*, *debere*, *solvere*, il cui adempimento è, invece, indotto da spinte interiori quali la *pietas*, la *fides*, il *pudor*, l'*aequitas*, la *gratia* etc., ricondotte alla *natura* e al *ius gentium*, inteso quest'ultimo come contiguo alla *natura*. Su questo piano, mentre il *vinculum iuris* è caratterizzato dalla *necessitas solvendi*, e si iscrive nella sfera del '*necessarium*', il *vinculum* dell'*officium* si riconduce all'ambito dell'*honestum*'. Gaio ha sentito il bisogno, nelle *Res cottidianae*, di compiere quella regolamentazione di confini tra *vinculum* in senso giuridico e *vinculum* sul piano pre- e metagiuridico anche in conseguenza del fatto che, in quell'opera, egli si soffermava specificamente su *causae obligationum* (e sul loro fondamento) alle quali sono sottesi i profili dell'*officium*, della *fides* e dell'*honestum* (penso in particolare al comodato, al deposito, alla *negotiorum gestio*, oltre, s'intende, al *mandatum* e al *mutuum*); e ha operato sulla scia di una giustapposizione già da tempo presente anche in ambito filosofico almeno a livello di dualismo tra *creditum* e *beneficium* (come emerge in Cicerone e, soprattutto, in Seneca).

Infine, il puntamento di attenzione sulla coppia *natura/ius gentium* connessa ai valori dell'*aequitas*, della *pietas*, dell'*honestum* etc. ha stimolato una verifica della possibile presenza di tale angolo di osservazione presso altri giuristi, e da qui è nata la ricerca sulla *vera philosophia* in Ulpiano (e cioè, sulla *philosophia* morale, che si occupa di *honestum* e di *virtutes* ad esso collegate, tra cui, in primo piano, la *iustitia*) – l'ultima fin qui compiuta nel solco di questo tracciato storiografico.

3. Non è senza un preciso scopo che ho compiuto le affermazioni che precedono.

Il fatto è che le pubblicazioni or ora richiamate costituiscono, in realtà, non lavori a sé stanti, bensì risposte a diverse e concomitanti istanze di metodo, che ho ritenuto di dover tenere tutte presenti nello studio della definizione di *obligatio*. Quanto all'assoluta casualità dell'incontro con il tema dell'*obligatio*, si tratta di una circostanza che attiene al profilo 'scopi/oggetto', del quale è opportuno parlare subito.

Il problema del rapporto fra studi romanistici – ma il discorso, naturalmente, si estende in generale agli studi di storia giuridica – e formazione del giurista europeo chiama in causa la questione di cosa del diritto romano è utile a tale formazione o, più drasticamente, di cosa è meritevole di esser coltivato e, per ciò, in definitiva, salvato. Alcuni recenti interventi di Antonio Mantello,² a prescindere dai contenuti e dagli accenti, hanno avuto il merito di puntare forti riflettori su tale questione, mettendo in guardia dal rischio, insito in alcune prese di posizione programmatiche, che la scelta dei temi d'indagine venga orientata in chiave strumentale, se non addirittura ancillare, rispetto alle attuali istanze di canalizzazione o trasformazione delle diverse esperienze giuridiche nazionali verso un comune tessuto giuridico-normativo europeo: che si compiano, cioè, selezioni o, come egli dice, decapitazioni tematiche.

Per introdurre il mio punto di vista al riguardo, conviene richiamare due circostanze del tutto scontate.

A) La prima. Non vi è dubbio che, parlando di collegamento tra l'esperienza giuridica romana e la formazione del giurista (e del diritto) europeo, il versante che con assoluta preminenza viene in questione è quello del diritto privato: privatistico è il patrimonio giusromanistico più rilevante che ci è stato conservato, grazie al *Corpus iuris*; privatistico è il profilo che maggiormente ha visto il formarsi delle esperienze giuridiche successive, fino a quella attuale, sulla base dell'esperienza giuridica romana; e ancora, privatistico è il terreno sul quale attualmente si sta più concretamente lavorando in sede di elaborazione di uniformi modelli europei (ciò, poi, accade specialmente proprio nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti; e comprensibilmente, giacché tale settore costituisce la chiave per la circolazione dei beni e del lavoro e, dunque, è la prima immediata risposta alla dimensione globale del mercato e degli scambi).

B) La seconda. E' altrettanto indubbio che, per evitare che l'operatore del diritto "navighi a vista" nel mare di un "empirismo quotidiano fatto di regole e provvedimenti" (sono parole di Capogrossi Colognesi³), un ruolo assolutamente centrale nella costruzione e nell'interpretazione di un diritto europeo e nella edificazione della figura del giurista europeo deve continuare ad avere la scienza giuridica, sulla scia di un secolare lavoro che ha informato di sé, costituendone un comune tratto fisionomico di fondo, i vari ordinamenti e le varie

² A.MANTELLI, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, in *Diritto romano attuale*, 4, 2000, 37ss.; *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*, in *Labeo* 48, 2002, 7ss.; *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, in P.ZAMORANI, A.MANFREDINI, P.FERRETTI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo* (Atti Convegno, Ferrara 2004), 2005, 93ss.

³ L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo": un'occasione da non sprecare*, in *IURA* 41, 2000 (pubbl. 2003), 22.

esperienze giuridiche occidentali, dall'età intermedia ad oggi, e che giustifica, al di là delle necessarie precisazioni e dei necessari distinguo, la percezione di una comune 'civiltà giuridica europea'. Con il che siamo ricondotti alla circostanza poc'anzi segnalata: giacché privatistico è l'ambito sul quale si esercitarono prevalentemente i giuristi romani, offrendoci con il loro esame dei casi, il loro ragionamento, il loro *ius controversum* un preziosissimo modello di interpretazione.

E però, la vicenda della nozione dell'*obligatio*, punto di riferimento delle presenti riflessioni, testimonia una circostanza altrettanto innegabile. È evidente, infatti, che il problema della costruzione della nozione di *obligatio* sullo sfondo dei rapporti tra non- o pregiuridico e giuridico, secondo un filo che da Cicerone e Seneca, passando per Gaio, giunge fino a Papiniano⁴ e Paolo⁵, non può essere scisso da questioni riguardanti, in sé prese, storia politica, socio-economica e culturale: le lotte politiche tardorepubblicane e la strutturazione sociale del Principato, con i fortissimi legami delle *necessitudines*, dell'*officium* e del *beneficium*; la rilevanza della *fides*; il valore del *ius gentium*; i contatti con la filosofia greca e l'elaborazione ciceroniana e senechiana; finanche, a livello socio-economico, la questione tardorepubblicana delle *tabulae novae*; e più tardi, con riferimento alle testimonianze d'età severiana, l'accentramento dei poteri dell'Imperatore, la svolta in chiave legislativo-normativistica, la dimensione ecumenica, etc. Questo fatto rende inaccettabile la deduzione che potrebbe superficialmente esser tratta dalla circostanza poc'anzi indicata *sub A*), e cioè il compimento di una qualsivoglia selezione, anche solo ai fini della formazione del giurista europeo, che salvi solo o prevalentemente lo studio del diritto privato, quasi che questo sia scindibile dalla più ampia esperienza giuridica nella sua globalità, da ricostruire attraverso un minuzioso lavoro anche su aspetti giuspubblicistici, di storia delle fonti, di questioni economiche, culturali e così via.

Considerazioni analoghe vengono sollecitate dalla circostanza indicata *sub B*). È assolutamente ovvio che il travaglio di pensiero in quanto tale dei *prudentes* può contribuire alla formazione del cultore della *scientia iuris*, fungendo da 'palestra del ragionamento', secondo una raffigurazione espressa, a suo tempo, da Betti e recentemente ribadita, ad esempio, da Giovanni Negri.⁶ Ebbene, è appena il caso di precisare che lo stesso profilo tecnico dei

⁴ D.46.3.95.4 (Pap. 28 *quaest.*): '*Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiusor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur*'.

⁵ D.13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*): '*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum comodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere incobavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile dicendum est*'.

⁶ G.NEGRI, *Tradizione romanistica e diritto europeo*, in L.MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, 1997, 33.

metodi dei *prudentes* romani, strumento e oggetto di esercizio mentale per il formando giurista, non può essere apprezzato, e dunque messo a frutto, se non si abbiano presenti, oltre al dato logico-formale, anche le esigenze sottese al particolare percorso argomentativo, dai contesti storico-socio-economici all'influsso di un determinato *milieu* culturale.

Alla luce di queste osservazioni, la recente affermazione che «La scienza del diritto connessa alla fonti romane giustiniane (spaziato mio) costituisce il codice genetico di forme e concetti largamente presenti nei vari sistemi giuridici nazionali, codice genetico che il giurista deve conoscere per comprendere molti nodi problematici che i vari sistemi pongono»⁷ è, sì, accettabile, ma ad una condizione: che si insista sulla necessità che, partendo dalle fonti giuridiche giustiniane, il viaggio nel tempo venga fatto dapprima all'indietro, il più indietro possibile, fino all'età repubblicana, e se del caso oltre ancora, e solo dopo aver apprezzato, nelle loro connessioni e sfaccettature, origini e motivazioni del formarsi ed eventuale trasformarsi della questione o dell'istituto fino al livello giustiniano, venga intrapreso il viaggio verso il futuro, lungo il dipanarsi della scienza del diritto successivamente al *Corpus iuris* e fino ai tempi attuali.

Su questo punto è opportuno soffermarci appositamente, per due ragioni: da un lato, perché la su riferita presa di posizione assume, per la sua topografia, quasi il ruolo di 'manifesto' di una neoapparsa Collana intitolata proprio al giurista europeo; dall'altro lato, perché vi è un pericolo collegato ad alcuni recenti indirizzi storiografici che appaiono più direttamente coordinarsi, in diversa misura, alle attuali prospettive di formazione di un comune diritto europeo e di un giurista europeo (penso, in particolare, al cosiddetto neopandettismo, che è proteso verso l'edificazione di un nuovo *ius commune europaeum* da realizzare con i dati del *Corpus iuris* e con la loro rielaborazione avvenuta in età intermedia e moderna, e al filone autodefinitosi 'storico-comparatistico', che si dedica a rintracciare le radici delle corrispondenze e delle difformità riscontrabili negli assetti giuridici contemporanei): e cioè, il pericolo che venga trascurato ciò che è 'altro' e 'prima' rispetto al *Corpus iuris* o, almeno, rispetto allo stadio di sviluppo che in esso ha trovato accoglienza.

Mette appena conto richiamare, ad esempio, l'ovvia circostanza che è nell'età repubblicana che nascono concetti i quali avrebbero, poi, costituito il 'codice genetico' poc'anzi richiamato, o si agitano fermenti (giuridici, sociali, economici, culturali) che avrebbero trovato più affinata risposta negli scritti dei *prudentes* classici travasati nel Digesto. Così come, del resto, le stesse notazioni dei classici a volte non riuscirebbero perspicue all'interprete senza una adeguata consapevolezza delle premesse repubblicane.

Penso, ad esempio, per rimanere nel tracciato della ricerca sull'*obligatio*, all'impossibilità di apprezzare a fondo due importanti riscontri sulla raffigurazione del comodato come *beneficium*, conservati in un *excerptum* di Paolo (D.13.6.17.3) e in uno di Gaio (D.47.2.55.1), senza avere sicura contezza della elaborazione giuridico-filosofica, in materia, di un Cicerone e di un Seneca; o di penetrare il senso dei richiami di Trifonino (D.16.3.31pr.) alla coppia *ius naturale/ius gentium* e alla

⁷ Così V.MANNINO, *Premessa* cit., XV.

iustitia a proposito alla restituzione della cosa depositata, senza risalire alla considerazione del ‘*reddere depositum*’ come *officium*, ricondotto alla *natura* e al contiguo *ius gentium* secondo una tradizione stoica attestata, ad esempio, in Cicerone;⁸ o, addirittura, alla difficoltà di riscattare da una tradizionale diagnosi di alterazione una preziosa affermazione come quella di Paolo ‘*Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*’ (D.50.17.84.1), senza richiamarsi, ancora una volta, alla continguità tra *natura*, *ius gentium*, *fides*, *aequum* etc., assunta dalla predetta tradizione di pensiero testimoniata in Cicerone e in Seneca (‘*Aequissima vox est et ius gentium prae se ferens: «Redde, quod debes!»; «Gentium lex est, quod acceperis reddere»*’),⁹ alla quale, peraltro, possono unitariamente ricondursi (sotto il profilo della contrarietà all’*aequum* e quindi al *ius gentium* dell’arricchimento a detrimento di altri) anche i riferimenti dei *prudentes* ad una ‘*pecunia indebita iure gentium*’ (Celso, in D.12.6.47), ad una ‘*condictio ex bono et aequo introducta*’ (Papiniano, in D.12.6.66), ad una ‘*indebiti soluti condictio naturalis*’ (Paolo, in D.12.6.15pr.), ad un ‘*iure gentium condictere*’ a sanzione del ‘*possidere non ex iusta causa*’ (Marciano, in D.25.2.25).

Peraltro, è superfluo insistere sulla circostanza che la presenza, fin qui rimasta in ombra, se non anche di una ulteriore accezione del *ius gentium* accanto a quelle tradizionalmente riconosciute, quantomeno di un precipuo profilo del *ius gentium* sullo sfondo della polarità pregiuridico-giuridico e nell’orizzonte del fenomeno dell’obbligatorietà, oltre ad essere vicenda interna alla storia dell’esperienza giuridica romana, è anche un dato che si presta a fungere da spunto di riflessione per chi, teorico del diritto, internazionalista, giurista transnazionale, si interroghi sull’essenza di fenomeni quali la *lex mercatoria*, il *ius gentium* contemporaneo, il *ius cogens*, sulle istanze ad essi sottese, sui loro reciproci rapporti, etc.

Piuttosto, vale la pena di segnalare appositamente – ancora restando nell’itinerario di ricerca richiamato in apertura di discorso – che uno studio delle Istituzioni di Gaio, spesso così bistrattate per presunta inadeguatezza o mancato rigore della trattazione, può far dischiudere prospettive nuove di grande interesse, sol che l’opera venga esaminata da un punto di osservazione diverso da quello tradizionale, alla ricerca, cioè, non tanto dei dati in essa contenuti, quanto del perché di quei dati e non di altri e finanche del perché della loro collocazione: in altre parole, alla ricerca della logica interna alla scrittura gaiana. Si tratta di un tipo di approccio già personalmente sperimentato in relazione al IV commentario, e che mi sta attualmente guidando nello studio dei commentari II-III. Mi limito a qualche cenno telegrafico in materia di *obligationes ex contractu*: nell’apposita trattazione mancano indicazioni sulle obbligazioni che gravano sui singoli contraenti; non vi è traccia dei criteri di responsabilità; fra i contratti reali è menzionato solo il mutuo; il discorso sulle *obligationes verbis* si riduce, in sostanza, ad una rassegna delle forme verbali utilizzabili e dei casi di *stipulationes inutiles*; il tema della compravendita è affrontato con esclusivo riguardo all’elemento del *pretium*, così come la *locatio-conductio* è descritta unicamente dalla visuale della mercede; i modi di estinzione delle obbligazioni vengono illustrati subito in coda alle *obligationes ex contractu* e prima di quelle *ex*

⁸ Cic., *off.* 1.31 e 3.95.

⁹ La prima delle due affermazioni, tratta da *ben.* 3.14.2, si riferisce al mutuo; la seconda, proveniente da *de rem. fort.* 2.1, riguarda sia il mutuo che il comodato (rinvio alle osservazioni compiute in “*Obligatio est iuris vinculum*”, 2003, 154 nt. 405; *ivi*, alle pp. 148-156 indicazioni delle fonti che mostrano il coordinamento tra *natura*, *ius gentium*, *officium*, *honestum* e *virtutes* ad esso collegate).

delicto. Dati come questi potrebbero, certo, far pensare ad un cattivo manuale, viziato perlomeno da incongruenza, incompletezza, superficialità; ma possono anche spiegarsi alla luce di un precipuo ma non esplicitato filo conduttore della trattazione, a sua volta legato ad un peculiare modo di intendere l'*obligatio* e di immetterla in un orizzonte concettuale che potrebbe risalire ad epoche precedenti; e forse possono, in ultima analisi, far intravedere un caratteristico modo di intendere il fenomeno-diritto nella sua globalità. Ebbene, siamo sicuri che forme di pensiero particolari, non coincidenti con quelle che animano il materiale giurisprudenziale raccolto da Giustiniano, non possano essere utili alla formazione del giurista europeo?

In sostanza, è vero che la cd. base romanistica degli ordinamenti giuridici continentali è in massima parte frutto di un costante travaglio interpretativo che per secoli si è cimentato sui testi del *Corpus iuris*. E tuttavia, il giurista (*tout-court* o 'europeo' che sia), se realmente è chiamato a comprendere criticamente e a continuare ad orientare, anziché solamente a registrare in veste notarile, il flusso giuridico esistente o costituendo, con tutto ciò che vi sta sotto e prima, non può venire addestrato solo con il dato conservato nella Compilazione giustiniana (e rielaborato nei secoli successivi). Affondare lo sguardo ben più indietro rispetto al 'contenuto/contenitore'-*Corpus iuris* consente, ove si guardi alla storia come sequenza di soluzioni, di evitare appiattimenti storici e semplificazioni; ove, invece, come mi sembra preferibile, si guardi alla storia come sequenza di problemi e di impostazioni degli stessi, consente di osservare anche il succedersi di vicende di mancati approdi solutori, di tragitti scientifici e concettuali non intrapresi, o non percorsi fino in fondo, che, però, non per questo sono meno utili alla formazione del giurista. Del resto, anche un istituto o una problema che non c'è più e che non trova alcun punto di contatto con la realtà giuridica presente o con quella in via di creazione può rivelarsi formativo proprio per la sua assenza: giacché i fenomeni giuridici, se non si considerano solo da un punto di vista logico-formale ed esteriore, bensì come risposte ad esigenze concrete e a motivazioni storiche, socio-economiche, ideologiche e culturali, sono istruttivi anche per il loro non-riproporsi.

Non vi sarebbe, certo, bisogno di precisare che quest'ultima considerazione coinvolge anche più direttamente la ricerca – di precisare, cioè, che gli stessi fenomeni, pur se assolutamente scomparsi da orizzonti attuali, oltre ad esser egualmente idonei ad alimentare l'educazione giuridica, altresì mantengono intatta la loro dignità di oggetto di ricerca da parte del romanista –, se non fosse che alcuni recenti contributi suscitano, almeno nel sottoscritto, la sensazione che scelte tematiche siano per qualche verso legate ad una fraincesa esigenza di comunicazione con il presente e di spendibilità rispetto agli interessi dei suoi cultori: in questo senso, che talune indagini si direbbero intraprese e orientate in chiave di *appositi* raffronti tra diritto romano e il regime vigente, in chiave di *apposite*, e talora continuistiche, segnalazioni di radici, di precedenti, di parallelismi (talvolta, con anticipazioni attualizzanti sul piano terminologico e concettuale); e ciò, magari, sulla spinta di un'ansia di scovare qualche (pretesa) corrispondenza antica per i fenomeni giuridici attuali, assumendo questi ultimi (o figure ad essi riconducibili) come già esistenti nell'esperienza giuridica romana, e, per tal via, di giustificare agli occhi dei colleghi di diritto positivo la presenza dei romanisti in seno alla Facoltà giuridica

(peraltro, non saprei se una siffatta dimensione, per dir così, presenzialistica addossata ai dati storici contribuisca realmente a propiziare la simpatia dei giuristi positivi verso quei dati e verso i loro cultori, o non sortisca l'effetto opposto).

Ecco perché in apertura di discorso, richiamando il personale cammino di ricerca, ho insistito sulla circostanza che esso ha preso avvio in modo assolutamente fortuito ed è proseguito con il solo intento di restituire la celebre definizione di *obligatio* al suo peculiare contesto storico, alle originarie concrete esigenze ad essa sottese e all'originario significato – pur se si tratta di una problematica che non manca, certo, non che di scontati punti di contatto oggettivi con il presente, soprattutto della possibilità di una consistente e fattiva riflessione comune con i cultori di altri profili del giuridico.

Invero – sorvolando sul fatto, risaputo, che il testo conservato in J.3.13pr. ha costituito per secoli il modello e l'archetipo per la fissazione del concetto di obbligazione, fino a sforzi compiuti in tempi recenti dalla nostra civilistica –, lo sfondo che mi è sembrato di poter individuare per la *definitio* classica (la distinzione fra *vinculum iuris* e *vincula* riguardanti la sfera dell'*officium*) pone la ricerca al crocevia di questioni che si proiettano anche verso orizzonti di pluralità di ordinamenti: giuridico, metagiuridico, morale, sociale (e ciò, si badi, non solo in termini di esclusione tra ordinamenti, nel senso che dove finisce uno comincia l'altro, ma anche di coesistenza, come rivelano, ad es., le parole di Paolo in D.13.6.17.3 con riguardo al comodato: '*n o n t a n t u m officium impedit, s e d e t suscepta obligatio*' o la già richiamata notazione, dello stesso giurista, '*Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*'): e cioè, verso questioni che coinvolgono anche la teoria generale del diritto, e in ultima analisi la nozione del giuridico. Per limitarmi ad una implicazione concreta e (forse apparentemente) più circoscritta, penso ad esempio alla questione delle obbligazioni naturali: dallo studio dell'esperienza romana, e specificamente dall'osservazione del *ius gentium* inteso come contiguo con la *natura*, del valore etico-sociale della *gratia*, della *pietas* e del *pudor* come costituenti un foro interno, potrebbe ricevere nuovi spunti un dibattito che si è irrigidito su due contrapposte visioni della giuridicità dell'obbligazione naturale e della sua irrilevanza (o irrilevanza parziale) per il diritto, e che lascia fuori l'ambito dei cd. 'atti supererogatori', in quanto affidati a valori quali la carità, la pietà, la riconoscenza etc.¹⁰

Vengono in mente le parole di Riccardo Orestano, secondo cui, posto che qualsiasi fenomeno giuridico non può essere «considerato al di fuori della matrice da cui è stato espresso», compito del giurista è «non solo ricercare dietro i concetti la vita, ma pure la storicità dei concetti stessi e le loro connessioni con la vita che attraverso di essi e in essi si esprime».¹¹ Forse lo storico del diritto, per la palese distanza rispetto al dato studiato, è più immediatamente portato ad acquisire siffatta storicità del dato stesso; e forse oggi lo storico del diritto, essendosi posto con precipua attenzione il problema della sua legittimazione, rispetto al presente come rispetto al passato, giunge più facilmente alla consapevolezza della storicità del diritto *tout-court*. Solo che, curiosamente, sembra che qua e là si stia riproponendo (probabilmente, anche per concause quali una flessione della domanda storica da parte dei

¹⁰ Per una efficace visione d'insieme di queste problematiche cfr. L.NIVARRA, v. '*Obbligazione naturale*', in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XII, 1995, 366ss.

¹¹ R.ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*,² 1987, 568s.

giuristi positivi, le spinte in avanti che provengono dalle ansie di costruzione di un diritto comune europeo, la pressione esercitata dalla prospettiva, oggi vincente, dei raccordi con il mondo delle professioni) un fenomeno che già parecchi anni addietro lo stesso Orestano, intervenendo sulla celebre questione della ‘crisi’ del diritto romano insorta alla fine degli anni Trenta del secolo scorso, aveva stigmatizzato con grande lucidità nel seguente modo:

«Va [...] considerata una strana, inconcepibile, inversione di significati che in tempi recenti è stata – adesso spero non più – molto diffusa. / Coloro che continuavano a propugnare in varia forma una “attualizzazione” del diritto romano e specialmente del suo studio secondo un indirizzo “dommatico” [...] si sentivano, e apparivano agli occhi degli altri giuristi, come i “modernisti” della romanistica. / Coloro invece che ne perseguivano lo studio nella piena consapevolezza della sua integrale storicità erano considerati i “passatisti”, come se ciò non significasse piuttosto porre nella giusta prospettiva il rapporto fra il diritto romano e “noi”, e con questo aprire anche la via ad una più libera elaborazione dei diritti moderni. / Strana e inconcepibile inversione, e del tutto ingiustificata, perché se vi era indirizzo “passatista” era quello “attualizzatore”, con la sua pretesa di collegare il “diritto romano dei Romani” ai diritti moderni; mentre se vi era un indirizzo “modernista” perché tale da consentire alle dottrine sui diritti moderni di procedere per la loro strada, libere da condizionamenti e commistioni, era l’indirizzo prettamente romanistico che trattava il diritto romano come un diritto morto e lo studiava esclusivamente nella sua storicità, senza secondi fini, almeno immediati, se non quelli di apportare sempre maggiori conoscenze – su un piano generale – appunto alla storicità di ogni fenomeno giuridico ».¹²

E’ superfluo precisare che non immagino, certo, un lavoro del romanista (il discorso, ovviamente, vale per lo storico del diritto in generale) chiuso al presente – tradirei, oltretutto, lo spirito dell’insegnamento dell’illustre studioso appena richiamato. Invero, è scontata l’esigenza che il romanista già nel porsi un problema e nell’interrogare un testo operi non solo da giurista (anziché semplicemente da storico), ma da giurista che prende le mosse da una consapevolezza del problema o dell’istituto sì come atteggiandosi nel presente (salvo, s’intende, ad abbandonare poi concettualizzazioni e categorie recenti per ragionare alla luce degli schemi propri dell’epoca studiata: una presa di distanza, quest’ultima, che mi sembra sia mancata, ad esempio, ad alcuni critici novecenteschi del contenuto della definizione di *obligatio*, dalla quale, in definitiva, costoro si attendevano un significato e una latitudine rispondenti ad elaborazioni e ad esigenze concettuali portate dalla moderna riflessione giuridica). Semplicemente, ritengo che il romanista debba affrontare scientificamente un fenomeno dell’esperienza giuridica romana con il solo obiettivo di restituirlo alla sua dimensione

¹² *Op. cit.*, 505s.

storicamente conclusa, senza piegare la ricerca verso determinate questioni o fonti per il fatto che esse hanno un qualche contatto contenutistico col presente.

Vi è un recentissimo contributo di un romanista di questa Università, peraltro appena pubblicato anche nel secondo numero della già citata Collana *‘Il giurista europeo’*,¹³ che può costituire una efficace esemplificazione di ciò che intendo. Mi riferisco al saggio di Luigi Garofalo, dal titolo *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*. Tralascio le interessanti riflessioni ivi contenute sul significato dell’esperienza giuridica romana per il giurista contemporaneo e sulla individuazione di un modello di giurista colto che sappia incidere sulle scelte del legislatore:¹⁴ riflessioni che condivido, con la sola, importante riserva relativa alla necessità, più su segnalata, di spingersi ben oltre e indietro rispetto ai dati consegnatici dal *Corpus iuris*. Quel che desidero sottolineare è, piuttosto, la strutturazione di fondo di questo saggio. Il tema è quello del comportamento del legislatore italiano in sede di attuazione di una direttiva comunitaria in tema di garanzie nelle vendite dei beni di consumo: Garofalo affronta programmaticamente la questione partendo dai risultati di una ricerca storica *ex professo* dedicata al fenomeno della risoluzione della compravendita nell’esperienza romana.¹⁵ Così facendo, egli ha in sostanza operato da civilista – e lo può fare per il sapere e le attitudini personali – il quale, da civilista avvertito e culturalmente sensibile, si rivolge al prodotto scientifico del romanista, per riflettere più adeguatamente sul presente avendo sott’occhio soluzioni, ma già prima impostazioni, offerte dagli interpreti precedenti in relazione al problema che egli sta affrontando. Ecco, a mio avviso, ridotto a schema essenziale, quello che dovrebbe essere il rapporto tra produzione dello storico del diritto ed interessi del giurista positivo (nazionale o europeo, non fa differenza): che sia quest’ultimo ad interrogare i risultati della ricerca storica specialistica e non lo storico del diritto a calibrare appositamente la ricerca, nei contenuti e/o nell’impostazione, su una destinazione ai cultori del presente.

Anche perché mi sembra che il giurista positivo, che abbia interesse a munirsi non di un esteriore, quanto inutile, orpello storico, bensì di ulteriori motivi di riflessione e di ulteriori punti di osservazione per considerare adeguatamente un problema, può ricevere qualche giovamento, più che da semplificazioni aventi carattere sostanzialmente ricognitivo, da contributi storico-giuridici che mantengano intatta l’impostazione di peculiare svisceramento critico-problematico proprio dell’indagine specialistica. Per completare l’esempio del comodato poc’anzi richiamato, ritengo che le attuali riflessioni in ambiente civilistico sulla realtà del contratto di comodato nel nostro ordinamento vigente – ne accennavo proprio pochi giorni fa in occasione della presentazione di un saggio di un civilista palermitano su questo contratto – possano trarre qualche utile spunto non dal dato, immediatamente rilevabile e indiscutibile,

¹³ Questo secondo numero racchiude, sotto il titolo *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, esclusivamente saggi di Luigi Garofalo. Quello qui in questione è alle pp. 117-141. Nella nt. * di p. 117 indicazione degli altri tre luoghi in cui esso si trova pubblicato.

¹⁴ L.GAROFALO, *op. cit.*, 133-135 e 139-141.

¹⁵ Si tratta di P.ZILIO, *Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell’espressione res inempta*, in L.GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno in onore di Alberto Burdese), IV, 2003, 475ss.

della diretta discendenza dall'inquadramento del comodato tra le *obligationes re* nelle Istituzioni e nel Digesto di Giustiniano (filtrato da una tradizione adesiva intermedia e moderna suggellata da Pothier), quanto, piuttosto, dalla consapevolezza della radice profonda della stessa realtà romana, la quale può spiegarsi con il fatto che, essendo stata l'operazione-comodato già da età preclassica raffigurata in chiave di *beneficium* (come mostra la ricostruzione di un percorso di pensiero, già segnalato, che va almeno da Cicerone e da Seneca fino a Paolo), essa non avrebbe potuto che sovrastrutturarsi, a livello negoziale, come *obligatio re*, in cui il *dare* da parte del comodante non è oggetto di un obbligo preesistente: da questa premessa, il civilista, poi, da un lato potrà chiedersi se questo tipo di prospettiva abbia ancora senso in relazione all'assetto e al sistema vigenti, dall'altro lato potrà essere indotto a riflettere anche su problematiche più ampie e delicate quali il rapporto tra causa e realtà dei contratti, la rilevanza dei rapporti di cortesia, la liberalità, la questione 'alternatività/coesistenza' tra giuridico e non giuridico, etc.

4. E' appena il caso di esplicitare che dal fatto che, a mio modo di vedere, anche nella precipua prospettiva della spendibilità ai fini dell'educazione del giurista ('europeo' e non) il contributo del romanista deve essere non semplice ricognizione di dati da coordinare al presente (a mo' di disvelamento di un precedente, di un parallelismo, di una coincidenza o di una difformità, ovvero in chiave di attualizzante riproposizione di un modello, o, ancora, in chiave di segnalazione di una radice comune tra vari assetti giuridici odierni e/o di un successivo ramificarsi di essa), bensì scavo della stratificazione di istituti e di pensiero giuridici, deriva l'esigenza che anche in quest'ottica venga dispiegato l'intero specifico armamentario metodologico dell'investigazione romanistica e soprattutto – per quel che mi preme maggiormente – quell'esercizio della critica testuale che oggi, forse per l'onda lunga della reazione agli eccessi dell'ipercritica interpolazionistica e come contraccolpo alla scoperta di nuovi, seducenti criteri di approccio ai testi, non appare così universalmente scontato come, pure, dovrebbe. Limite di seguito questa osservazione alla sola lettura del materiale giurisprudenziale di trasmissione giustiniana, perché è con riguardo a questo che il problema della critica testuale appare maggiormente rilevante, sia per ragioni interne all'evolversi della storiografia romanistica sia per l'oggettiva rilevanza, più su richiamata, di questo materiale nella prospettiva della formazione del giurista; ma è ovvio che l'esigenza di un apposito vaglio filologico del testo riguarda ogni fonte, di qualsiasi tipo, provenienza e collocazione cronologica.

Invero, non è osservazione nuova che nel corso degli ultimi decenni si è andata diffondendo una valutazione dei testi contenuti nel *Corpus iuris* eccessivamente conservativa, quasi una sorta di dogma dell'intangibilità del testo a noi giunto, il quale viene considerato come senz'altro immune da alterazioni; e che questa tendenza, paradossalmente, si riscontra, forse più che presso altri indirizzi storiografici, soprattutto in quello che si prefigge di ricostruire l'esperienza antica come assunta in sé, e non come apposito membro di una correlazione da instaurare con il presente (e all'interno di questo indirizzo, più tra gli studi sui modelli di pensiero dei giuristi che tra le ricostruzioni della storia degli istituti).

Certo, è definitivamente tramontato il mito che l'impiego di una parola o il ricorso ad una concettualizzazione in sé presi siano indizio di manipolazione del testo. E d'altra parte, la maggiore ampiezza di vedute acquisita nella seconda metà del Novecento grazie ai progressi di conoscenza sull'orientamento casistico dei *prudentes*, sul fenomeno del *ius controversum*, sulla formazione culturale dei giuristi e sulla loro cifra di 'intellettuali' ha ormai rivelato che le peculiarità formali e contenutistiche dei testi giurisprudenziali possono ben spiegarsi in relazione al particolare taglio di un'opera, o alla prospettiva derivante dallo specifico contesto, o alla luce di un particolare bagaglio culturale, o tecnica ermeneutica, o 'personalità', o tendenza ideologica del singolo giurista. Alcuni degli esempi che ho compiuti nel corso delle precedenti riflessioni ne sono riscontro evidente. Ma la considerazione di tutti questi profili e opzioni di approccio ai testi deve attentamente combinarsi, e non certo confliggere, determinandone l'accantonamento o l'affievolimento, con la preliminare istanza metodologica costituita dalla critica esegetica. E quest'ultima, là dove emergano incongruenze logico-contenutistiche e/o sconnessioni formali del testo in nessun modo salvabili e rapportabili ad una scrittura originaria, coerentemente non può rinunciare a concludersi nel senso di una soluzione glossematica o interpolazionistica (neppure di fronte al rischio di esposizione – in un caso, da me sperimentata personalmente – a sbrigative reazioni di insofferenza, suscitate più dalla diagnosi in sé d'interpolazione, che da possibili intrinseche carenze argomentative).

Mi sia consentito invocare, questa volta, l'*auctoritas* di Antonio Guarino, il quale così ha osservato in relazione alle prospettive d'indagine che hanno segnato, nella seconda metà del Novecento, il superamento del vecchio, e aggiungerei meccanico, metodo interpolazionistico: «La strada è stata dischiusa all'accertamento delle interpolazioni classiche, delle autointerpolazioni, delle variazioni di pensiero tra giuristi classici e preclassici, dell'influenza esercitata dai "precedenti", delle modifiche testuali intervenute nel passaggio dai manoscritti su papiro a quelli su pergamena. Una miriade di possibilità di affinamento dell'esegesi critica che non significa affatto, per i giusromanisti degni di questo nome, la messa in soffitta, per non usarla più, della ricerca interpolazionistica. Significa anzi: sempre più difficile».¹⁶ E peraltro, a questa elencazione aggiungerei anche l'esigenza di considerare l'eventualità che, alla base di divergenti soluzioni o impostazioni rilevabili all'interno del *Corpus iuris* in ordine ad una stessa questione, vi possa essere anche, se non un *ius controversum*, quantomeno una difformità di vedute tra i vari maestri bizantini, secondo un criterio d'indagine che ha iniziato in tempi assai recenti ad esser applicato con consapevolezza.

5. Mi avvio rapidamente alla conclusione.

Dalle riflessioni fin qui compiute, e particolarmente dalla citazione delle parole di Orestano, si è certo intuito che, a mio avviso, il contributo primario dello storico del diritto nell'ottica della formazione del giurista è quello di tenere accesa la consapevolezza della storicità del diritto in quanto tale; e che tale compito lo storico del diritto può assolvere unicamente tramite un

¹⁶ A.GUARINO, *Il secolo breve della giuromanistica contemporanea*, in *SCDR*, IX-X, 1999, 42.

operato che non abdichi né all'autonoma curiosità intellettuale di restituire puramente un fenomeno alla sua storia né alle specificità del proprio statuto epistemologico-investigativo.

Certo, occorre che questo giurista abbia la sensibilità di accostarsi ad un prodotto storiografico impostato su tutti i tecnicismi necessari a sviscerare tra le pieghe degli istituti e delle fonti, e, per altro verso, che tali tecnicismi non gli appaiano come recinzioni specialistiche, fatte per tenere a distanza i 'non addetti ai lavori' – un'eventualità, quest'ultima, che, per vero, in relazione all'ambito romanistico sembra oggettivamente ridimensionata per il definitivo venir meno di quell'ipercritica testuale che, a colpi di Wört-Monographien, caccia alle interpolazioni, 'decomposizioni di testi' e così via, aveva in passato innescato uno scollamento e un progressivo disinteresse dei cultori del diritto positivo (anche rispetto a quella produzione romanistica che, *ratione materiae*, avrebbe dovuto essere d'attrattiva).

Ebbene, io credo che queste due disposizioni mentali del giurista positivo (nazionale, sovranazionale, europeo o quant'altro) – sensibilità al contributo storiografico e non riluttanza verso gli strumenti specialistici di quello – possano e debbano essere plasmate o incentivate dagli storici del diritto, in funzione del più generale compito formativo suindicato, sfruttando le possibilità che vengono offerte all'interno del percorso didattico degli studi: prima, dunque, che i cultori di cose giuridiche escano dalla casa comune della formazione universitaria avviandosi ognuno per la sua strada. Sono la sede e il momento più adatti, credo, per imprimere ai formandi giuristi la coscienza della necessità che chi studia il presente interroghi la storia allo scopo di trarre alimento nell'impostazione stessa di problemi e di affinare la capacità interpretativa di fenomeni tecnici, logico-formali ma anche sociali e culturali; e, prima ancora, per far sì che i formandi giuristi acquisiscano la consapevolezza del diritto *tout-court* come fenomeno storico.

Segnatamente – e chiudendo il mio intervento sul medesimo piano concreto sul quale esso è stato, per mia propensione, interamente posto –, penso che ciò potrebbe avvenire al livello di quel superiore percorso di formazione che consiste nella Scuola di Dottorato di recentissima escogitazione. Pur consapevole dello stadio ancora per molti versi magmatico di realizzazione (o di realizzabilità) di questo nuovo schema, mi pare, comunque, che il sistema dell'accorpamento o aggregazione tra varie discipline, storico-giuridiche e di diritto positivo, potrebbe offrire un'opportunità interessante nell'ottica del progetto culturale cui mi riferisco. Immaginerei in particolare – a fronte di un lavoro di ricerca tradizionale da parte del singolo dottorando, e cioè un lavoro mantenuto nei binari, contenutistici e metodologici, dello specifico dottorato di appartenenza – un'attività di addestramento da parte dei docenti articolata secondo due concomitanti tipologie di corsi: una esclusivamente ed autonomamente calibrata sul singolo settore, che ne faccia salva la forte identità specialistica e che, per quel che ci riguarda, addestri lo storico del diritto ad usare tutto l'armamentario metodologico proprio della sua *ars* investigativa; e, accanto ad essa, una che coinvolga, questa sì, in relazione a determinate tematiche, i vari settori disciplinari accorpati nella Scuola. In questo modo, proprio nell'ambito di un percorso mirato ad un'alta formazione, si potrebbero sperimentare sul campo due esigenze imprescindibili: da un lato, che lo storico del diritto ricostruisca analiticamente e

specialisticamente un determinato segmento storico, operando da giurista e non semplicemente da storico già nel modo di impostare il singolo problema; dall'altro lato, che il giurista positivo affronti la questione che lo impegna tenendo presente anche i precedenti modi nei quali quella questione è stata prospettata. Attraverso un siffatto raccordo in sede di avviamento alla ricerca specialistica (ma anche, più in generale, di avviamento ad un esercizio consapevole del mestiere di giurista) si potrebbero gettare le basi per far sì che quella che può essere un'opzione culturale personale del singolo giurista positivo, aperto e interessato alla storia, tenda verso una dimensione di modello culturale generale. E' una carta che, se quello della Scuola dottorale si confermerà il tavolo al quale sedersi, mi sembra meriti di esser giocata.