

SCRITTI DI COMPARAZIONE  
E STORIA GIURIDICA

II

*a cura di*

PIETRO CERAMI e MARIO SERIO

*ricordando*

*Giovanni Criscuoli*



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

## Diritto Privato Comparato

Intitolare una nuova collana editoriale è compito dagli inevitabili evocativi, che si accompagnano a naturali scopi programmatici.

Perché dare il nome ad essa significa anche imprimervi il marchio della collana gli studiosi della materia possono ragionevolmente attendere di ciò che essi non debbono sperare di ottenere, perché estraneo agli editoriali.

Nel caso di questa collana di Diritto Privato Comparato, la scelta è verso il polo negativo in misura forse maggiore che verso quello opposto, cioè delle attese da soddisfare.

Il Curatore della collana esprime la consapevolezza di ciò che essa rappresenta e della direzione che essa non prenderà.

Ed allora, cosa non essere, cosa non volere?

L'idea che ha mosso il Curatore è di adattare la neonata linea editoriale di sistematizzazione didattica delle Facoltà Giuridiche Italiane ed alla comparazione come insegnamento fondamentale del diritto privato comparato. Dal tradizionale oggetto di questi ultimi e dal largamente condiviso applicato al relativo studio è parso, pertanto, saggio distanziarsi per ritarare alcuni criteri di ricerca non solo microcomparatistici nella dimensione anche ispirati alla tradizione di analisi di settori, istituti, figure dei diritti nazionali che suscitino l'interesse dello specialista in ragione, con un'alternativa, dell'importanza e profondità delle loro storiche radici e man un grado equivalente di rilevanza in ordinamenti stranieri.

Così, la collana non si pone il problema della riducibilità del tema nei singoli volumi ai modelli consegnati dalla sistemologia ma obbedisce stringente esigenza di dar conto dell'intrinseca meritevolezza scientifica del materiale secondo la doppia legge del prestigio della sua tradizione e, nel contraddittoriamente, dell'attualità del suo innesto in più ordinamenti comparativamente raffrontati.

Non si vuole, allora, fare delle opere da ospitare nella collana strumento di verifica dei modi e delle forme della circolazione extranazionale degli istituti giuridici, né occuparsi di elementi di valutazione dei rapporti giuridici e della permanenza dei caratteri contraddistintivi delle figure giuridiche di appartenenza.

Non al "quomodo" si vuole guardare, ma al "quid": del primo, forse preminentemente, profilo si lascia con pari sentimenti di rispetto e di assenza da domini metodologico e didattico della sistemologia l'onore dell'analisi la descrizione;

© Copyright 2013 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8895-7

Composizione: Carla Degiacomi - Torino  
Stampa (D): LeggoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

SCRITTI DI COMPARAZIONE E STORIA GIURIDICA, II, (Atti dei Seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo e del Convegno SIRD-ARISTEC del giugno 2012 dal titolo "Storia, Comparazione, Scienza Giuridica" svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo), a cura di Pietro Cerami e Mario Serio, Torino 2013



## Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà



*Paolo Garbarino*

Nel nostro paese le materie romanistiche, da un punto di vista sia scientifico sia didattico, sono un arcipelago complesso e articolato che vede la compresenza di approcci assai diversificati. Con un certo grado di semplificazione si può però operare una distinzione di massima tra chi cerca di costruire linee di confronto con il diritto positivo e con i suoi studiosi e chi invece, pur non rifiutando tale prospettiva, riafferma uno statuto epistemologico strettamente legato allo studio storico dell'esperienza giuridica romana. È noto che lo storicismo nel campo degli studi romanistici (e storico-giuridici in genere) è un portato del definitivo abbandono del diritto romano come diritto vigente e ha perciò le sue radici in un periodo (tra la seconda metà dell'800 e l'inizio del '900) caratterizzato più in generale dall'affermarsi del positivismo scientifico. Il collegamento tra positivismo e storicismo emerge con particolare evidenza nelle affermazioni, più volte ricorrenti tra gli studiosi anche recenti, secondo cui lo studio storico del diritto romano strettamente inteso è l'unico approccio dotato di 'vera' scientificità. Non sto qui a ripercorrere le vicende intellettuali che da Bonfante in poi hanno contribuito a costituire questo statuto dello studio romanistico. Basti ricordare che questa impostazione si è estesa in generale alla storia del diritto medievale e moderno e ancora oggi è predicata da autorevoli studiosi di tale materia (talora, in funzione antiromanistica, al fine di rivendicare una pretesa maggiore 'attualità' e 'utilità' delle loro ricerche<sup>1</sup>).

Se lo studio storico del diritto romano ha fatto fare passi avanti straordinari alle nostre conoscenze e ha avuto il merito di 'liberare' i romanisti da visuali forse troppo ristrette e troppo contingenti, si deve anche ammettere che, esaurita la forza propulsiva, esso ha contribuito in modo determinante a isolare il diritto romano in un'area sempre più chiusa in se stessa con nulle o scarsissime aperture ai giuspositivisti. Il risultato, che è sotto gli occhi di tutti, è il progressivo isolamento del diritto romano all'interno dei dipartimenti giuridici o il suo allontanamento da essi, una diffusa incomprendimento – per me ingiustificata – della rilevanza e del ruolo che esso può avere nella formazione del giurista, talora anche l'insofferenza nei suoi confronti da parte di colleghi giuspositivisti e degli stessi studenti.

---

<sup>1</sup> V., esemplarmente, P. GROSSI, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nell'attuale crisi delle fonti*, Index, 39 (2011), 31 ss.

A mio giudizio occorre invece saper distinguere tra la ‘coscienza della storicità’ del diritto e l’approccio esclusivamente storicistico. Il diritto, come prodotto artificiale di una determinata società è – come tutti gli altri fenomeni umani – calato nella storia e si modifica e trasforma con essa. Avere coscienza della storicità del diritto consente di sfuggire al rischio della sua ipostatizzazione, che implica, in estrema sintesi, una considerazione del tutto astratta delle regole che lo costituiscono e un completo o comunque molto accentuato distacco dalla realtà sociale entro cui esse devono trovare applicazione. L’approccio kelseniano – come è a tutti noto –, pur con gli indubbi meriti che sotto vari profili ha avuto, porta a tale conseguenza ed esso è molto più presente di quanto si voglia ammettere nel pensiero di tanti giuspositivisti italiani, impronta di sé le loro opere e influenza direttamente e indirettamente, tramite il loro insegnamento e il loro magistero, anche il lavoro concreto degli operatori giuridici, soprattutto magistrati, avvocati e notai. Si assiste così allo iato, spesso lamentato dalla pubblica opinione, tra società e regole giuridiche scritte, e anche tra il diritto scritto e la sua applicazione nei tribunali o nella prassi ufficiale dei notai e della pubblica amministrazione.

Ora, le basi sostanziali di questa visione del diritto e del suo modo di applicarlo si formano in larghissima misura nelle aule universitarie, nel diritto così com’è studiato e com’è insegnato nei dipartimenti giuridici italiani. Ebbene, nel percorso formativo dei laureati in giurisprudenza è tuttora presente – sia pure in misura inferiore al passato – l’insegnamento del diritto romano (così come è presente quello della storia del diritto medievale e moderno). Ma evidentemente il ruolo svolto dalle materie storico-giuridiche non è bastato a correggere nel medio-lungo periodo l’impostazione dominante. Si ha anzi sempre più la sensazione che, per così dire, la ‘coscienza critica’ nell’affrontare i grandi temi giuridici sia privatistici sia pubblicistici, per tentare di smussare l’eccessivo grado di astrattezza con cui essi vengono tuttora pensati, elaborati e discussi da molti giuspositivisti e per cercare di riattivare un circuito di confronto e di possibile osmosi tra pensiero giuridico e realtà concreta, non stia neppure in minima parte nel diritto romano, che pure tale ruolo ebbe sotto vari profili nel XIX secolo e all’inizio del XX. Si affacciano semmai approcci innovativi che cercano di stabilire una connessione tra economia e diritto o tra diritto e sociologia, seguendo talora impostazioni culturali (e qualche volta ‘mode’) che provengono dal mondo anglosassone.

Certo il diritto romano (così come la storia del diritto in generale) continua a svolgere un ruolo latamente ‘culturale’ nella formazione del laureato in giurisprudenza, ma sempre meno i suoi temi e i suoi problemi sono al centro del dibattito giuridico più attuale e stringente e viceversa. Non che questa condizione del diritto romano sia di per se stessa negativa e da respingere. Direi che è la conseguenza diretta di un approccio esclusivamente e rigorosamente storicistico, che ha senz’altro anche i suoi vantaggi sia scientifici sia didattici, e l’arricchimento culturale che ne può trarre il discente è indubbio. Occorre però essere consapevoli che tale approccio storicistico non riporta il diritto romano al centro del dibattito giuridico contemporaneo, lo lascia inesorabilmente al di fuori, lo rende anzi a esso sempre più estraneo, pur prodigando tesori di raffinatezza esegetica e di sapienza storica.

Si potrebbe ritenere – e credo che vari romanisti condividano in sostanza questa

idea – che lo studio storico del diritto romano imponga e giustifichi pienamente l'isolamento. Il valore in sé del suo insegnamento non starebbe così nella sua possibile '(ri-)attualità', anzi al contrario nella sua totale e inesorabile inattualità. Non è da escludere che dietro questa convinzione vi sia anche il forte senso della 'tradizione' culturale umanistica, classica in particolare, che non è conservatorismo cieco, bensì consapevolezza della fecondità insita nel passato per comprendere meglio l'oggi (così, proprio ricorrendo al criterio del tradizionalismo, Giuseppe Grosso<sup>2</sup> interpretava la figura di Lebeone e la contrapponeva al 'conservatore' Capitone). In questa prospettiva l'attualità non viene però abbandonata del tutto: essa viene recuperata, al pari degli altri saperi 'umanistici' connessi allo studio del mondo antico, ritenendo la storia del diritto romano come elemento antropologico, costitutivo dell'uomo di oggi. In questa, pur del tutto legittima e apprezzabile visione dell'*humanitas* moderna e della sua formazione, il fattore strettamente giuridico non è però più in primo piano, non è più protagonista. È un fattore che insieme ad altri – in una dimensione per così dire olistica – partecipa a connotare, come detto, l'uomo (occidentale) di oggi, nel tentativo di comprenderlo meglio. Ed è chiaro che questo approccio si pone solo il problema di 'capire' e non anche quello di 'fare': l'orizzonte del 'sapere' per 'fare' è a esso estraneo (diversamente, si noti, dal caso del 'tradizionalista' Lebeone che, come sottolinea Pomponio, *plurima innovare instituit*<sup>3</sup>). Forse di qui nasce, in ultima analisi, l'incomprensione dei giuristi positivi, per i quali lo scopo non è solo 'sapere', ma è anche, in concreto, 'fare', cioè agire per modificare il diritto (per renderlo migliore). A ben guardare questo destino del diritto romano è paradossale. Per molti secoli furono infatti i giuristi a essere protagonisti dello sviluppo dell'esperienza giuridica romana, fu loro riconosciuta, in vario modo, una funzione creatrice del diritto (a lungo in stretta concatenazione con la *receptio moribus* delle soluzioni da loro proposte) e la caratteristica più rilevante del loro operato fu proprio quella della concretezza.

In ogni caso la scelta, probabilmente inevitabile, del metodo storico ha però messo in ombra, rischiando di cancellarle del tutto, le potenzialità di dialogo, di interconnessione e di rapporto critico con il diritto vigente insite nel materiale giuridico tramandato dal *Corpus Iuris*. Posto che sia utile, come io credo, tentare di recuperare questo rapporto, in che misura ciò è possibile? Attraverso quali opzioni metodologiche?

Mi pare che un serio e fruttuoso tentativo di riallacciare il dialogo interrotto sia quello che fa perno sulla comparazione giuridica<sup>4</sup>. Il metodo comparatistico consente infatti di muoversi sia sull'asse della sincronicità, sia su quello della diacronia. È evidente che è quest'ultimo che può interessare il romanista attento al dialogo con la contemporaneità. Va aggiunto che le possibili linee di indagine sono numerose. Semplificando un poco se ne possono individuare almeno due principali, che a loro volta si diramano in due sottospecie:

<sup>2</sup> *Lezioni di storia del diritto romano*, V ed., Torino, 1965, 393 s.

<sup>3</sup> Pomp. *l. s. ench.* D.1.2.2.47.

<sup>4</sup> In proposito è per me di straordinaria attualità quanto sostenuto subito dopo la fine della seconda guerra mondiale da P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (tr. it. a cura di A. Biscardi della terza ed. Berlin 1958), Firenze 1962, *passim* e specialmente 584 ss.

1. comparazione diretta tra l'esperienza giuridica romana e uno solo o più ordinamenti contemporanei;
2. come sopra, ma con ricostruzione che si propone di seguire le vicende degli istituti e delle regole oggetto di indagine per tutta la loro storia, partendo da Roma, per passare all'esperienza medioevale e moderna, per giungere sino ad oggi.

Non voglio qui ripercorrere i dati epistemologici della comparazione giuridica e soffermarmi sui suoi vantaggi (ma anche svantaggi). Mi preme qui soltanto porre in evidenza che in entrambi i casi sopra delineati lo scopo, a mio giudizio, deve essere quello di cercare di individuare nelle fonti romane i modelli degli istituti e delle regole, riconoscerne le componenti essenziali, sia sotto il profilo della funzione sia sotto quello della struttura, ricostruirne le vicende nella storia di lungo periodo, tentare di comprendere quanto sia rimasto dell'antico nell'oggi. Si tratta in sostanza di sviluppare una ricerca degli archetipi giuridici, colti anche nel loro porsi iniziale, in modo da identificare meglio gli elementi di lunga durata di istituti e regole, distinguendoli da quelli transeunti legati alle peculiarità dei luoghi e dei momenti. Come già altrove ho avuto modo di osservare, indulgiare sugli *essentialia* consente di prendere le distanze dalla ridondanza dei dati giuridici che la contemporaneità troppo spesso ci propone e contribuisce perciò a far 'comprendere' meglio la realtà di oggi, proponendo una griglia interpretativa che ha il vantaggio di selezionare gli elementi di lungo periodo e di dirigere perciò l'attenzione verso gli aspetti costitutivi e meno transeunti del fenomeno giuridico in esame.

Come si vede l'approccio storico non è affatto abbandonato, ma non è più soltanto fine a se stesso, come accade negli esiti, pur scientificamente inappuntabili, dello storicismo per così dire puro. Ne è riprova, a mio giudizio, che nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare due modelli 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. In ultima analisi si tratta di individuare quei 'fondamenti' dei diritti europei che trovano la loro radice e spesso la loro stessa *'inventio'* nell'esperienza giuridica romana. Ho l'impressione che talora questo modo di procedere venga etichettato, in senso negativo, come 'neopandettismo'. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché di questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba ricostruirne la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e non debba avere la stessa legittimità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei. Il romanista non cessa di fare il romanista, né abdica alla consapevolezza della storicità del materiale di cui si occupa. Semmai riesce, nei casi di successo, a rimettere in circolo nel dibattito scientifico di oggi il modello/i modelli romani, al fine di contribuire al recupero dell' 'eredità perduta del diritto romano' e, in una prospettiva ardua ma di grande suggestione, di contribuire alla 'rifondazione della scienza giuridica'<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Le due espressioni sono usate, come una vera e propria endiadi, da F. GALLO, *Consuetudine e nuovi*

Vi è un ultimo profilo su cui vorrei soffermarmi. L'apertura verso la comparazione, nel senso sopra delineato, ha un'ulteriore, rilevante conseguenza. Tramite essa si fa un passo decisivo verso una maggiore interdisciplinarietà nel campo della scienza giuridica. Il tema non è nuovo. In generale la definizione concettuale di interdisciplinarietà si deve a Jean Piaget che la intende come 'unitarietà del sapere attraverso la trasversalità delle competenze'. Credo che l'interdisciplinarietà debba essere sentita non solo come metodo, ma anche come valore forte in un mondo universitario che, proprio dal positivismo in poi, è stato spesso un mondo di specializzazioni. Per realizzarla occorre 'collaborare', 'lavorare insieme', non isolarsi all'interno del proprio sapere tecnico, ma tendere a essere trasversali, ampliando la propria esperienza di ricercatore e di docente, così da condurre il proprio lavoro di ricerca e di didattica al di là dei confini in cui il sapere specializzato tende a rinchiudersi.

Nell'ambito della scienza giuridica occorre, a mio giudizio, sviluppare una maggiore tendenza all'interdisciplinarietà, prima di tutto per reagire all'eccessiva frammentazione dei saperi giuridici: l'iperspecialismo rischia di far perdere il senso della sostanziale unitarietà del fenomeno giuridico, pur nelle sue diverse declinazioni e partizioni; introduce divisioni artificiali, che non hanno riscontro nella realtà concretamente vissuta dai consociati; dà l'illusoria sicurezza di sapere e di saper fare, mentre si smarriscono i collegamenti e le reciproche interferenze tra i vari settori del diritto e di conseguenza il grado di conoscenza è minore e diventa più debole la capacità di affrontare e risolvere i problemi. Una preparazione universitaria costruita acriticamente su saperi settoriali e non comunicanti produce per lo più giuristi-burocrati, che finiscono per 'applicare' altrettanto acriticamente le norme del settore di diritto di cui esclusivamente si occupano, perché pretendono di conoscerlo nelle sue più riposte pieghe, senza neppure porsi il problema di 'interpretare' il diritto, cioè di adattare le norme alle esigenze del caso concreto, avendo ben presente la complessa e multiforme articolazione dell'intero ordinamento.

Il tema dell'interdisciplinarietà si pone dunque in primo luogo sul piano della didattica, ma esso ha ovviamente un necessario risvolto nella ricerca, stante lo stretto rapporto che deve sussistere tra la prima e la seconda, per aversi – secondo la secolare tradizione occidentale – un'efficace formazione universitaria. In entrambe le prospettive il ruolo del diritto romano può essere maggiormente fecondo e incisivo, se riesce a dialogare in particolare con i diritti positivi. L'interdisciplinarietà è insita, ovviamente, nel dialogo tra saperi giuridici; per così dire ne è l'elemento fondante dal quale non si può prescindere. Quanto al diritto romano va detto che, a mio giudizio, esso può far parte del dialogo interdisciplinare soprattutto (o forse esclusivamente) se adotta un linguaggio metodologico che è compreso e condiviso dai giuspositivisti. Ne è parte necessaria la 'giuridicità' dell'approccio, che non deve essere supinamente piegata alla 'storicità' dell'approccio, anche se quest'ultima non può essere tralasciata. Si tratta di uno snodo molto delicato, ma su cui si potrebbe giocare in futuro la sopravvivenza stessa della materia nei dipartimenti giuridici.

---

*contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino 2012, 3, nell'ambito dell'innovativa impostazione del rapporto tra diritto romano, diritto vigente e scienza giuridica, che caratterizza la più recente fase del pensiero del Maestro torinese; in merito cfr. anche ID., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2011.

Vorrei per concludere soffermarmi brevemente su un'esperienza concreta che è ispirata a criteri di interdisciplinarietà e che mi pare rappresenti bene il tentativo di far dialogare tra loro i diversi saperi giuridici, compreso quello romanistico. Mi riferisco all'iniziativa voluta una decina d'anni fa da Pietro Cerami: in un momento di dottorati iperspecialistici egli, con coraggiosa lungimiranza, si fece promotore a Palermo di un dottorato multidisciplinare (e quindi interdisciplinare) di cui facevano parte civilisti e penalisti, romanisti e processualisti<sup>6</sup>, e che confluì poi nell'attuale dottorato di ricerca palermitano in Diritto comparato, cui partecipano studiosi delle più varie discipline, compresi i romanisti.

Quell'iniziativa in qualche misura pionieristica ha preceduto la trasformazione, poi avvenuta su scala nazionale, dei dottorati di ricerca da corsi settoriali aventi per oggetto materie circoscritte e destinati esclusivamente alla preparazione delle nuove leve accademiche, in corsi di formazione di terzo livello dedicati ad aree scientifiche omogenee ma vaste, anche con collegamenti con il mondo delle imprese e del lavoro. Proprio in tale direzione va, tra l'altro, la recentissima riforma del dottorato di ricerca, da lungo tempo attesa, contenuta nel Decreto Ministeriale dell'8 febbraio 2013, che all'art. 11 prevede espressamente corsi di dottorato in collaborazione con le imprese, introduce la figura del dottorato industriale e ribadisce il raccordo tra dottorato e contratti di apprendistato, in applicazione dell'art. 5 del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 che consente di attivare corsi di dottorato in apprendistato con istituzioni esterne e imprese.

È indispensabile, a mio giudizio, che anche i romanisti sappiano trovare uno spazio in questa nuova configurazione del dottorato. Non credo che a tal fine sia sufficiente rivendicare il proprio statuto culturale, pur prestigioso e blasonato. Sono convinto che uno spazio adeguato possa essere loro riservato solo se mostrano di saper dialogare su un piede di parità con le discipline giuspositiviste, e una strada per poterlo fare efficacemente, per i motivi che ho sopra cercato di illustrare, è perseguire la interdisciplinarietà, insita nel nuovo sistema di dottorato, tramite la comparazione.

---

<sup>6</sup> E a cui afferii anch'io grazie all'invito del *conlega maior*, che qui ringrazio: da allora non ho più lasciato il dottorato palermitano nelle varie trasformazioni che poi ebbe sino alla sua ultima veste di dottorato in Diritto comparato.