

## CHIOSE DI STORIA E DIRITTO

Sommario: 1. Queste chiose. 2. Diritto europeo: sì, no, ni. 3. L'esperienza romana. 4. L'insegnamento giusromanistico. 5. Bagatelle transfrontaliere. 6. Diritto e prassi. 7. Il nozionismo giuridico.

### 1. *Queste chiose*

Ho da poco avviato alla tipografia il manoscritto di un piccolo libro intitolato *Appunti e disappunti di un giurista*. E allora che cosa sono queste chiose? Sono altri appunti e disappunti che mi è venuto di stendere e che mi viene di esternare dopo la chiusura del manoscritto. Non escludo che, potendo, continuerò 'usque ad vitae supremum exitum', appunto. So bene di correre il rischio che altri studiosi trovino i miei spunti privi di consistenza, ma può anche darsi che le mie chiose siano viceversa semi preziosi di più profonde riflessioni e magari, chissà, di felici scoperte. Non mi dite impulsivamente: «ma va?». Potreste aver torto. Comunque, che vi costa che io, nel mio piccolo, mi illuda?

## 2. *Diritto europeo: sì, no, ni*

Un tema in ordine al quale mi illudo ancora di non illudermi è quello del diritto privato europeo. L'argomento continua ad interessare in vario senso i giuristi non solo di estrazione europea, ma anche (particolare molto interessante) di paesi lontani: paesi che evidentemente ritengono opportuno occidentalizzarsi per poter vincere qualche battaglia dello stretto di Tsushima alla maniera dell'ammiraglio Togo. Già in precedenti occasioni io mi sono dichiarato molto diffidente in ordine al processo di superamento dei vari e distinti diritti nazionali di Europa (cfr., da ultimo, *Marginalia*, I, in *Sem. Compl.*, XX-XXI, 2007-2008, 253 ss.). Il mio 'no' è peraltro in netta minoranza di fronte a molti 'ni' ed alcuni più netti 'sì' che emergono da autorevoli scritti più recenti. Tra questi, spicca la brillante raccolta (aggiornata) di precedenti articoli che è stata pubblicata da Luigi Garofalo col titolo *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo* (Padova, Cedam, 2008, pp. IX-218). Garofalo, studioso molto attento e inoltre felicemente incline a gettare ogni tanto lo sguardo oltre la siepe, dedica un particolare elogio alla 'concezione unitaria del diritto e alla relativa scienza' cui è rimasto fedele per

so qui precisare) di aspiranti esclusi dalla partecipazione effettiva al relativo concorso a causa della loro scarsa inclinazione, o almeno a causa del loro scarso allenamento, al sistema e ai tempi ristretti dei 'quiz' preliminari. Un'injustizia oltre che un'idiozia.

## ANTONIO GUARINO

Professore Emerito di Diritto romano nell'Università di Napoli 'Federico II'

no ammessi a concorrere solo coloro che abbiano risolto in modo positivo (cioè con l'indicazione della risposta esatta) tutti i 'test' o il maggior numero di 'test'. È in ciò un primo errore o una prima iniquità: i 'test', infatti, non solo aiutano molto (troppo) la fortuna dei partecipanti, ma anche e soprattutto impongono a questi ultimi più uno sforzo di memoria e di tempi brevi che un minimo di ragionamento critico. Nel sospetto di ciò, io ho voluto sottoporre me stesso ad una serie di 'quiz' televisivi allo scopo di accertare se fossi in grado di rispondere in pochi secondi e con assoluta sicurezza non dico a tutte le svariatissime domande, ma almeno alle domande cui avrei dovuto presumibilmente rispondere al volo. Sarà perché sono un tardigrado del pensiero (e non me ne rendo conto), ma fatto sta che varie volte, pur essendo sicuramente a conoscenza dell'argomento, non ho rispettato il minimo di tempo o addirittura non ho risposto. Volete un esempio? Eccovelo. Alla domanda «Cosa promise Don Chisciotte a Sancio Pansa purchè fosse diventato suo scudiero» le risposte offerte erano: una montagna di soldi, una donna bellissima, il governo di un'isola, un castello. Se avete letto bene il romanzo, siete proprio sicuri che la risposta esatta è la terza o solo la terza? Conclusione: vi è un *quantum* (che non

tutta la vita Giovanni Pugliese (cfr. *Diritto romano e scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, 167 ss.) e, diversamente da me, non ne mette in discussione la validità. Ora, siccome Pugliese è stato e rimane una della figure più luminose dei nostri studi, ecco che io chiedo a me stesso, ancora una volta: ho forse torto a pensare (e a non riuscire a non pensare) che la 'scienza universale del diritto' non è umanamente concepibile, visto che la così detta 'teoria generale' è frutto solo di un'astrazione dal concreto e visto che il concreto, su cui essa si fonda, è costituito da realtà diverse, talvolta diversissime tra loro, promananti da nazioni diverse, da storie diverse e da incessanti mutamenti consuetudinari o legislativi? Ho forse torto se ritengo che noi giuristi non dobbiamo farci dominare dall'illusione di essere sacerdoti di valori assoluti e immutabili? Ho forse torto a pensare che il fondamento del diritto europeo (dato e non concesso che lo si voglia immaginare, quanto meno in ordine ai rapporti privati) sta solo nelle decisioni del presente della Unione Europea ed è destinato a mutare con il loro mutamento? Ed infine, ho forse torto a sostenere, in quanto studioso dell'antico diritto romano, che quest'ultimo non va considerato come nobile, ma lontanissimo antenato del così detto diritto europeo, ma va

preso piuttosto in considerazione come esperienza preziosa cui giova riferirsi, non meno che alle altre di cui eventualmente si dispone, nella costruzione e modificazione dei diritti nazionali del mondo? Ebbene, sarà, forse ho torto. Non lo escludo e non mi vergogno di escluderlo. Mi è sufficiente, piú che sufficiente, che si ammetta la possibilità che io abbia ragione. Perché una cosa è sicura. Delle mie idee sono sempre disposto a discutere, ma sta in fatto che di esse ancora non mi pento.

### 3. *L'esperienza romana*

Dubitare fortemente, come a me succede, che il diritto di Roma antica (e, in particolare, il romano *ius privatum*) sia da ritenere il fondamento, la 'Grundlage', la 'fundation' di quel diritto privato europeo che da qualche decennio stiamo tentando di mettere insieme non significa disconoscere l'importanza per lo studio dei diritti contemporanei. Al contrario, significa assegnare ad esso un ruolo altissimamente rilevante di 'esperienza', di già vissuto, di già sofferto come problema, quindi capacità di autocontrollarsi nelle intuizioni e nei procedimenti della ricerca. Questo orientamento (nel quale mi fanno autorevole compagnia studiosi che vanno da Capograssi a Orestano)

piamoci del resto. Posto che dalle università statali esca una certa percentuale di persone effettivamente e degnamente preparate (il che non è da confondere col fatto che a costoro sia elargito il titolo formale di dottore), come passare ad ulteriore cernita di questo materiale umano? Con un concorso pubblico, certo. Ma quali devono essere le modalità di ammissione dei concorrenti e di affidante esame selettivo dei concorrenti ammessi? Sino a qualche decennio fa la risposta era ovvia: tutti gli aspiranti erano sottoposti da apposite commissioni esaminatrici ad un certo numero di opportune prove selezionatrici scritte e, se superavano le stesse, passavano a sostenere un certo numero di opportune prove selezionatrici orali, dopo di che si formulava una graduatoria finale. Se si procedeva con onestà, con competenza e con diligenza alle valutazioni degli elaborati scritti e dei colloqui orali, non rimaneva che proclamare vincitori del concorso (nazionale o locale) i meglio classificati oltre un limite minimo o, in certe ipotesi, tutti quanti i classificati da un certo minimo di valutazione in su. Senonché l'aumento fortissimo di concorrenti verificatosi negli ultimi tempi ha indotto a far precedere le prove vere e proprie da una selezione preventiva basata su 'test', o 'quiz' che dir si voglia. In certi concorsi (ad esempio, quello notarile) so-

come è per l'erba tra i sassi, cioè con i caratteri della inevitabilità e della irresistibilità. Le leggi che la contrastano sono indubbiamente autorevoli, ma non hanno virtù analoghe a quelle delle sostanze chimiche diserbanti. Ed è un bene, tutto sommato, che sia così. È un bene che il diritto, in un modo o nell'altro, si adegui alle esigenze della società civile che si evolve. È un bene che esso sia 'diritto vivente'.

### 7. *Il nozionismo giuridico*

Il giusromanista incallito autore di queste note è anche un vecchio professore universitario fortemente preoccupato della possibilità, se non addirittura della probabilità, che la cultura superiore in genere e quella giuridica in particolare siano, in Italia e fuori, in precipitosa decadenza. Gli è concesso parlarne, a titolo di appendice, fuori dei denti? Suvvía, ci si renda conto che i problemi da risolvere affinché vi siano ed operino validi giuristi non si limitano a quelli dell'insegnamento universitario, ma si estendono alla sfera dei concorsi pubblici, cioè dei modi in cui si procede all'assunzione dei magistrati ed al riconoscimento dell'esercizio professionale ad avvocati, a notai ed affini. Lasciando per il momento da parte il tema delicatissimo dell'acculturazione superiore, occu-

implica certamente che la tradizione giuridica romana la si rispetti e la si apprezzi in larga misura, ma non comporta che la si sacralizzi o comunque che la si esalti come componente vitale del diritto vigente. Non indugèrò sull'elementare dovere del rispetto per l'antica romanità giuridica perché dall'imbarazzo di dover richiamare alla serietà certi spericolati critici recenti della stessa mi esenta un ottimo e diffuso saggio di Gianni Santucci su *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano* (in *Europa e dir. priv.*, IV, 2007, 1057 ss.). Non indugèrò nemmeno su certe ben note e comunque scusabili esagerazioni in senso opposto, cioè nel senso della sacralizzazione retorica del diritto romano, inteso come seminario di tutte le perfezioni della modernità, e dei giuristi di Roma intesi addirittura come inventori *in toto* del diritto. Venendo al sodo, ciò che mi preme di porre in evidenza è che le vicissitudini storiche dell'ordinamento antico-romano (sia pubblico, sia privato) solitamente contano ancora molto per la formazione del pensiero giuridico contemporaneo, ma contano ormai soltanto (o quasi esclusivamente) per le preziose analogie e per le sollecitazioni anomale che portano a riscontrare. A conferma di che ritengo utile e istruttivo suggerire la meditazione, tra i lavori più recenti, di due contributi molto inte-

ressati alla discussione dei sempre più scottanti problemi del giorno d'oggi: quello dei pregiudizi economici determinati da scorretti comportamenti precontrattuali o tipicamente extracontrattuali. Il mio riferimento è all'articolo di Laura Solidoro, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale* (in *Teoria e storia del diritto privato*, I, 2008, [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), sez. 'Contributi') ed al volume di M. Floriana Cursi su *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, Jovene, 2008, pp. XII-281. La Solidoro, che si richiama anche ai suoi precedenti saggi, mostra senza volerlo una sorta di malcontento (non di scetticismo, però) per gli scarsi elementi di riflessione offerta in tema dalle fonti romane, ma su questi elementi di riflessione si ferma e dimostra essere molto utile fermarsi. La Cursi dedica alla sua tematica una ricerca davvero esemplare per acume e diligenza, percorrendo pazientemente tutto il lungo e tortuoso cammino che porta da ciò che resta delle fonti romane sino alle questioni contemporanee, tuttavia con le sue pagine implicitamente suggerisce che al vivo insegnamento del diritto romano si arriva non tanto percorrendo passo passo a ritroso quel lungo cammino, quanto ricorrendo all'aiuto di una sorta di 'by-pass' della

lamento di Strasburgo). Organizzazione che lavora poco e male e che cerca di giustificare se stessa mediante il concepimento, la gestazione e il parto di regolamenti plurilinguistici del tipo di quello veramente bagatellare accennato in questa nota.

## 6. *Diritto e prassi*

La libidine normativa da cui sono pervasi, in buona parte anche al fine di giustificare i propri stipendi, gli affollati uffici dell'UE, non è solo, a mio parere, confinante col ridicolo. È anche illusoria negli effetti. Vero è che la legge e la normazione scritta prevale di regola (fatte salve ben limitate eccezioni) sugli usi e sulla consuetudine e che vari ordinamenti, tra cui quello italiano, negano efficacia anche alle usanze *praeter legem*. Tutto questo però non basta a contrastare la crescita e la diffusione *in concreto* della prassi, anzi delle prassi diverse e derogatorie locali o comunque specialistiche. Si legga in proposito la recente raccolta di ottimi contributi curata e introdotta da Lucio Bove nel volume dal titolo *Prassi e diritto: valore e ruolo della consuetudine*, Napoli, Jovene, 2008, pp. XIV-359; tra le righe di questo interessantissimo libro la prassi spunta ad ogni momento

199 del 21 luglio 2007. In breve: a) le controversie tra frontalieri, cioè tra dirimpettai rispettato ad un confine internazionale, possono essere rimesse ad una procedura alternativa semplificata e piú economica; b) il beneficio è limitato alle cause di stretto interesse economico che siano di valore sino a 2000 euro, piú interessi e spese; c) maggiori precisazioni (non poche) nei 29 articoli del provvedimento (sul quale cfr. V. POZZI, *Il rito bagatellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 616 ss.; L. PICCININI, *Il nuovo procedimento europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1217 ss.).

2. Facile, no? Tanto facile che vien fatto di chiedersi se non sia piú comodo e spiccio ricorrere, nelle località di frontiera alla giustizia ordinaria dei giudici di pace e simili. Chi approfondirà la lettura del complesso provvedimento risponderà forse di sì. E darà forse ragione alla mia diffidenza nei riguardi dell'unificazione europea. Diffidenza piú volte manifestata (da ultimo in *La riviera del diritto. Spunti di un giusromanista*, Napoli, Jovene, 2007, 175 ss.), la quale non tocca certo l'unità monetaria e nemmeno la conformità tra loro degli ordinamenti nazionali, ma si riferisce – insisto, insisto – al sogno dell'unità giuridica ad alla realtà di una pletorica, ingombrante e costosa organizzazione internazionale (a cominciare dal Par-

fantasia. O per lo meno così pare al giusromanista incallito ch'io sono.

#### 4. *L'insegnamento giusromanistico*

Il giusromanista incallito che io sono dovrebbe, se fosse conseguente a se stesso, escludere il ricorso a categorie moderne allo scopo di rappresentare ai giuristi dell'oggi il diritto dell'ieri o dell'altr'ieri romano così come era, o meglio così come egli lo vede e crede che fosse. Ma un momento. Se il giusromanista utilizzasse esclusivamente i suoi schemi ricostruttivi nel parlare di diritto romano in sede di insegnamento universitario o, piú in generale, di rapporti comunicativi con i giuristi dell'oggi, assai difficilmente sarebbe capito da chi lo ascoltasse e forse altrettanto difficilmente si renderebbe conto di non essere capito o ben capito (ciò non fosse altro perché userebbe largamente il linguaggio latino e greco). Subentrerebbe, al novanta per cento, l'incomunicabilità. Ecco perché il giusromanista, sia pure compiendo un sacrificio, ha il dovere, nelle specifiche sedi di cui sopra, di tradurre al meglio il frutto delle sue ricerche in linguaggio giuridico moderno, adeguandosi il piú che gli sia possibile alle categorie giuridiche attualmente correnti, oltre alla lingua viva del luogo

dove insegna o comunica. Questo suo sacrificio comporta l'utile della fruibilità della sua esperienza da parte degli studenti e dei giuristi dell'oggi in genere, anche se implica anche (è inutile nasconderselo) il rischio di difettose esposizioni o di notevoli malintesi. Comunque non direi che sia dubbia la grande utilità pratica dell'operazione. Per quel che concerne la mia personale esperienza universitaria, dirò che ho cercato di conciliare le due esigenze (quella scientifica della ricostruzione criticamente esatta del diritto romano e quella pratica della sua traduzione in termini moderni) mediante una diversa impostazione delle lezioni di cattedra e delle esercitazioni di istituto. Le lezioni di cattedra (tre alla settimana, generalmente nelle ore antimeridiane e a giorni alterni), essendo intenzionalmente dirette all'auditorio generale degli studenti, erano formulate secondo schemi di inquadramento affini a quelli del corso di istituzioni di diritto privato vigente, salva la cura di fornire fin dall'inizio le nozioni processuali indispensabili alla comprensione di molte figure del quadro: su questa traccia si muove pertanto l'esposizione del mio manuale di *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, Jovene, 2001, rist. 2006. Quanto alle esercitazioni di istituto (aperte certo a tutti gli studenti, ma in realtà frequentate da un numero più ridotto

di interessati e diligenti), ne dirigevo una settimanale di un paio d'ore pomeridiane a vantaggio di un primo gruppo di discenti ed affidavo ai miei assistenti il compito di riprodurla per altri gruppi, se necessario, nei giorni successivi, basando tutto sulla lettura e sull'interpretazione delle *Institutiones* di Gaio. Lontano dal pretendere che le mie usuali modalità di insegnamento siano state le migliori, le ho qui riassunte solo a titolo di testimonianza o, se si vuole, di confessione.

## 5. *Bagatelle transfrontaliere*'

1. Ma veniamo ai nostri giorni. A partire dal primo gennaio 2009 ha preso a funzionare in Italia e negli altri paesi dell'Unione Europea (Danimarca esclusa) un nuovo tipo di processo civile: il procedimento per le controversie di lieve entità tra frontalieri. In aderenza alla vecchia terminologia del Codice Austriaco ('*Bagatellensachen*', §§ 448 ss.) parlerò per esso di procedimento bagatellare, ma vedrete che molti preferiranno, si sa, l'inglese dello 'small claim', la pretesa piccola piccola. La novità è stata escogitata, dopo i consueti travagli elaborativi, dal Parlamento e dal Consiglio di Europa, che l'hanno riversata nel regolamento CE n. 861/2007 reso pubblico nella G.U.U.E. n.