

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

estratto

Antonio Guarino
La salute del diritto

PREMIO INTERNAZIONALE DI ARCHEOLOGIA T SANNITIC
V EDIZIONE, ISERNIA, 22 MAGGIO 2010
ROTARY INTERNATIONAL - FORUM DEI DISTRETTI 2090-2100

38

2010

JOVENE EDITORE NAPOLI

Index

*Quaderni conserti di studi romanistici
International Survey of Roman Law*

Direttore: Luigi Labruna
Condirettore: Cosimo Costantini

Sotto gli auspici
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino
e del «Consorzio interuniversitario Gérard Bouvier
per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

Organo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano».
Presidente: Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Busi, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo
Catalano, Giovanni Lobbano, Sandro Schipani.

Comitato di redazione: Carla Masi Dorzi, Felice Mercogliano, Francesca
Rechini Merola.

In redazione:

Valeria Di Nisio; Alessandro Manni; Aglaja McClintock; Carlo Nitsch;
Natale Rampazzo; Paola Sarrini; Fabiana Tuccillo.
Segretaria: Daniela Piccione.

Antonio Guarino
La salute del diritto

PREMIO INTERNAZIONALE DI ARCHEOLOGIA T. SANNITT
V EDIZIONE, ISERNIA, 22 MAGGIO 2010
ROTARY INTERNATIONAL - FORUM DEI DISTRETTI 2090-2100

1. Vi siete mai chiesti in che stato di salute versi il diritto? Se si senta bene o male o così e così? Se soffra di qualche malattia lieve o grave? Se, nel caso che stia male, vi sia qualche rimedio per curarlo o per farlo tornare in condizioni tali da lavorare a pieno? O se, invece, soffra di una malattia incurabile, particolarmente a causa della sua grande vecchiaia, si che sia prossimo, o almeno chiaramente avviato, a chiudere bottega? Il giorno in cui Dio guardi, il diritto si estinguerebbe, riconosciamolo, un grosso guaio. Vero è che i numerosi obblighi che esso ci impone sono piuttosto sgradevoli, spesso sgradevolissimi, ma è anche vero che dal diritto promanano, in cambio, non pochi utili e a volte piacevoli 'benefits' (denominati in gergo 'diritti soggettivi'): il tutto nel quadro di un'organizzazione sociale, congruamente integrata da magistrati e gendarmi, che dà ai partecipanti un senso di sicurezza mica male, mica male. No, se il diritto morisse, saremmo tutti, disperati e stravolti, come i naufraghi del Titanic. Dopo di che, dovremmo affrettarci a sostituirlo con un nuovo complesso di marchingegni e di istruzioni per l'uso (queste ultime, al solito, maledettamente difficili da comprendere). Sicché, a pensarci bene, tanto vale tenersi caro il buon vecchio diritto cui siamo abituati, sia pure riaggiustandolo o modernizzandolo qua e là e facendo in modo che tiri avanti altri mille anni. Dice, credo di ricordare, un vecchio proverbio che chi lascia la gallina vecchia per la nuova rinuncia ad un buon brodo e non sa quel che trova (beh, insomma, il proverbio dice qualcosa di questo tipo).

2. Ma è poi vero che il diritto, nel mondo contemporaneo, si stia avviando verso la morte, oppure (è lo stesso) verso la disoccupazione? Pietro Rossi, eminente storico della filosofia e accademico dei Lincei, ha voluto porre la provocante domanda non solamente a se stesso, ma anche ad altri distinti studiosi, filosofi e storici della vasta materia. Le meditazioni dei sei interpellati che gli hanno succintamente risposto (L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrati, M. Fioravanti, G. Lozzi, P. Rescigno) le ha raccolte in un volumetto aperto da una premessa e chiuso da una lucida postfazione riassuntiva. Bene, mi affretto a rassicurare i lettori di questa nota, comunicando loro che la risposta al quesito è risultata, fortunatamente: no. Il diritto non è concepito, né è concepibile in modo identico in tutti i paesi del mondo: questo è risaputo. Non è teorizzato oggidì in termini pienamente conformi a quelli, diciamo, di uno o due secoli fa: questo è notorio. Non si mostra sempre nelle stesse solite vesti, anzi non è raro che si travesta in modi insoliti, che si imbuchi dove meno lo si aspetta, che si comporti tortuosamente come un agente segreto: questo è

A proposito di P. Rossi (cur.), *Fine del diritto?* (Bologna, Il Mulino, 2009) p. 102. Scrivo in occasione del conferimento del Premio internazionale di archeologia «I Sanniti» (Isernia, 22 maggio 2010).

sospettato ed è sospettabile da molti. Comunque esso non manca mai, o quasi mai, agli appelli della storia che avanza: e questo è confortante. Studiare il diritto nelle sue molteplici esplicazioni non è quindi una perdita di tempo. Conoscerlo più da vicino è un contributo prezioso all'arricchimento del proprio bagaglio culturale e altresì all'ulteriore sviluppo dell'Istituto (a parte il pregio che evita le corbellerie di certi 'lodi' e di certe riforme).

3. A proposito, qual è il suo nome? Noi occidentali lo chiamiamo usualmente 'diritto' e quando vogliamo ragionare di esso ci riferiamo soprattutto, se non proprio unicamente, agli ordinamenti vigenti in Europa o da essi derivati. Ma, in verità, la questione del nome richiama alla mente - sia detto con la dovuta reverenza - quella del Creatore di tutte le cose visibili e invisibili, il quale, stando alla Bibbia (*Esodo 3*), disse quella volta a Mosè: «Io sono colui che sono», e aggiunse che tutti coloro cui Mosè si sarebbe poi rivolto per conto suo lo avrebbero perfettamente riconosciuto anche se lo avrebbero denominato ciascuno a modo proprio. Scendendo da queste sacre vette alla pianura degli ordinamenti sociali, si trova che analogamente varia è la denominazione degli stessi. Dipende dalla diversità dei luoghi, dei tempi, degli ambienti, ma sta ad identificare, almeno nell'essenziale, sempre una consociazione di uomini organizzata secondo regole sue proprie e funzionante con esse in libertà, cioè in indipendenza da poteri estranei. Dunque 'diritto', 'derecho', 'droit', 'Recht', ma anche 'law' (legge) o 'shari-a' (via da seguire) eccetera. Dunque (ecco il nome più autorevole di tutti) il latino-romano 'ius', purché inteso come il 'ius derivante dal vedico 'yos' e non come quello derivante dall'etimo di 'iungo-iugum', cioè dalla radice relativa (badate, badate) ad 'ius' nel significato di brodo (francese 'jus'). Dunque (eccoci alla denominazione più solenne, largamente usata nel Medioevo e nell'età successiva) 'ratio (iuris)', nel senso di livello supremo delle istituzioni civili e addirittura, talvolta, di sede della giustizia (appunto detta, in qualche località, 'Palazzo della Ragione').

4. Quanto agli 'ambienti' (plessi sociali e luoghi) in cui l'ordinamento giuridico si forma, svolge la sua funzione, man mano si evolve ed eventualmente si estingue (o per morte naturale o per sopraffazione altrui), stendere qui un dettagliato elenco sarebbe troppo lungo e noioso. Basti tener presente che non è difficile agglomerare le varie realtà in 'famiglie' e passare poi a raggruppare le famiglie in 'sistemi'. Operando in tal modo, il sistema contemporaneo più complesso, e forse più ricco di componenti, risulta indubbiamente essere il 'sistema romanistico' (detto anche 'romano-germanico') derivato, come si è detto, dal plurisecolare sviluppo dell'antico *ius Romanorum* e particolarmente dal *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Seguono da vicino (se non per complessità di struttura, per vastità di riferimento geografico): il 'sistema del Common Law', nato in Inghilterra con la conquista normanna (1066) e diffuso nei paesi anglo-

1. Vi siete mai chiesti in che stato di salute versi il diritto? Se si senta bene o male o così e così? Se soffra di qualche malattia lieve o grave? Se, nel caso che stia male, vi sia qualche rimedio per curarlo o per farlo tornare in condizioni tali da lavorare a pieno? O se, invece, soffra di una malattia incurabile, particolarmente a causa della sua grande vecchiaia, si che sia prossimo, o almeno chiaramente avviato, a chiudere bottega? Il giorno in cui, Dio guardi, il diritto si estinguerebbe sarebbe, riconosciamolo, un grosso guaio. Vero è che i numerosi obblighi che esso ci impone sono piuttosto sgradevoli, spesso sgradevolissimi, ma è anche vero che dal diritto promanano, in cambio, non pochi utili e a volte piacevoli 'benefits' (denominati in gergo 'diritti soggettivi'): il tutto nel quadro di un'organizzazione sociale, congruamente integrata da magistrati e gendarmi, che dà ai partecipanti un senso di sicurezza mica male, mica male. No, se il diritto morisse, saremmo tutti, disperati e stravolti, come i naufraghi del Titanic. Dopo di che, dovremmo affrettarci a sostituirlo con un nuovo complesso di marchingegni e di istruzioni per l'uso (queste ultime, al solito, maledettamente difficili da comprendere). Sicché, a pensarci bene, tanto vale tenersi caro il buon vecchio diritto cui siamo abituati, sia pure riaggiustandolo o modernizzandolo qua e là e facendo in modo che tiri avanti altri mille anni. Dice, credo di ricordare, un vecchio proverbio che chi lascia la gallina vecchia per la nuova rinuncia ad un buon brodo e non sa quel che trova (beh, insomma, il proverbio dice qualcosa di questo tipo).

2. Ma è poi vero che il diritto, nel mondo contemporaneo, si stia avviando verso la morte, oppure (è lo stesso) verso la disoccupazione? Pietro Rossi, eminente storico della filosofia e accademico dei Lincei, ha voluto porre la provocante domanda non solamente a se stesso, ma anche ad altri distinti studiosi, filosofi e storici della vasta materia. Le meditazioni dei sei interpellati che gli hanno succintamente risposto (L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi, P. Rescigno) le ha raccolte in un volumetto aperto da una premessa e chiuso da una lucida postfazione riassuntiva. Bene, mi affretto a rassicurare i lettori di questa nota, comunicando loro che la risposta al quesito è risultata, fortunatamente: no. Il diritto non è concepito, né è concepibile in modo identico in tutti i paesi del mondo: questo è risaputo. Non è teorizzato oggidì in termini pienamente conformi a quelli, diciamo, di uno o due secoli fa: questo è notorio. Non si mostra sempre nelle stesse solite vesti, anzi non è raro che si travesta in modi insoliti, che si imbuchi dove meno lo si aspetta, che si comporti tortuosamente come un agente segreto: questo è

* A proposito di P. Rossi (cur.), *Fine del diritto?* (Bologna, Il Mulino, 2009) p. 102. Scritto in occasione del conferimento del Premio internazionale di archeologia «Saniti» (Isernia, 22 maggio 2010).

sospettato ed è sospettabile da molti. Comunque esso non manca mai, o quasi mai, agli appelli della storia che avanza: e questo è confortante. Studiare il diritto nelle sue molteplici esplicazioni non è quindi una perdita di tempo. Conoscerlo più da vicino è un contributo prezioso all'arricchimento del proprio bagaglio culturale e altresì all'ulteriore sviluppo dell'istituto (a parte il pregio che evita le corbellerie di certi 'lodi' e di certe riforme).

3. A proposito, qual è il suo nome? Noi occidentali lo chiamiamo usualmente 'diritto' e quando vogliamo ragionare di esso ci riferiamo soprattutto, se non proprio unicamente, agli ordinamenti vigenti in Europa o da essi derivati. Ma, in verità, la questione del nome richiama alla mente – sia detto con la dovuta reverenza – quella del Creatore di tutte le cose visibili e invisibili, il quale, stando alla Bibbia (*Esodo* 3), disse quella volta a Mosè: «Io sono colui che sono», e aggiunse che tutti coloro cui Mosè si sarebbe poi rivolto per conto suo lo avrebbero perfettamente riconosciuto anche se lo avrebbero denominato ciascuno a modo proprio. Scendendo da queste sacre vette alla pianura degli ordinamenti sociali, si trova che analogamente varia è la denominazione degli stessi. Dipende dalla diversità dei luoghi, dei tempi, degli ambienti, ma sta ad identificare, almeno nell'essenziale, sempre una consociazione di uomini organizzata secondo regole sue proprie e funzionante con esse in libertà, cioè in indipendenza da poteri estranei. Dunque 'diritto', 'derecho', 'droit', 'Recht', ma anche 'law' (legge) o 'shari-a' (via da seguire) eccetera. Dunque (ecco il nome più autorevole di tutti) il latino-romano 'ius', purché inteso come il 'ius' derivante dal vedico 'yos' e non come quello derivante dall'etimo di 'iungo-iugum', cioè dalla radice relativa (badate, badate) ad 'ius' nel significato di brodo (francese 'jus'). Dunque (eccoci alla denominazione più solenne, largamente usata nel Medioevo e nell'età successiva) 'ratio (iuris)', nel senso di livello supremo delle istituzioni civili e addirittura, talvolta, di sede della giustizia (appunto detta, in qualche località, 'Palazzo della Ragione').

4. Quanto agli 'ambienti' (plessi sociali e luoghi) in cui l'ordinamento giuridico si forma, svolge la sua funzione, man mano si evolve ed eventualmente si estingue (o per morte naturale o per sopraffazione altrui), stendere qui un dettagliato elenco sarebbe troppo lungo e noioso. Basti tener presente che non è difficile agglomerare le varie realtà in 'famiglie' e passare poi a raggruppare le famiglie in 'sistemi'. Operando in tal modo, il sistema contemporaneo più complesso, e forse più ricco di componenti, risulta indubbiamente essere il 'sistema romanistico' (detto anche 'romano-germanico') derivato, come si è detto, dal plurisecolare sviluppo dell'antico *ius Romanorum* e particolarmente dal *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Seguono da vicino (se non per complessità di struttura, per vastità di riferimento geografico): il 'sistema del Common Law', nato in Inghilterra con la conquista normanna (1066) e diffuso nei paesi anglo-

nordamericani e di influenza degli stessi; il 'sistema islamico' (quello della shari'a), emerso dalle indicazioni divine al profeta Maometto, cioè dettato dal Corano e da altri testi sacri dei paesi islamici; un buon numero dei 'sistemi minori', non esaustivi di tutti i problemi organizzativi, tra cui il cinese, il giapponese, l'indiano e quello (che per vero è piuttosto un'accozzaglia) delle comunità subsahariane e di altre minori e minime sparse qua e là. Piaccia o non piaccia, si affacciano infine nell'elenco i 'sistemi socialisti', variamente ispirati alle concezioni marxiste del secolo XX e tuttora sostanzialmente influenti, in eventuale concorso con altri sistemi, in alcune importanti regioni del mondo (es.: Cina, Corea del Nord, Cuba). Chi volesse controllare più minuziosamente questa mappa andrebbe incontro a molta fatica e a numerose sorprese, ma sono sicuro che alla fine concluderebbe il suo periplo con soddisfazione non minore di quella provata, toccando nuovamente il suolo di Londra dopo il giro della terra, da Mr. Phileas Fogg, il protagonista del verniano *Tour du monde en quatre-vingts jours* (1873).

5. Quali le conclusioni (approssimative e provvisorie, si intende) che io proporrei di trarre dalla sommaria esplorazione dianzi espletata per poter avere idee più chiare sullo stato di salute del diritto nel nostro pianeta? Le conclusioni sono almeno tre. Le esporrò in modo volutamente elementare, contando sulla fiducia che i lettori non siano tutti incuranti od ignari (come a taluni mi è parso sia invece accaduto) dei modesti, ma onesti contributi che ho già portato in precedenza, facendo leva sulla storia giuridica di Roma, alla discussione di questi temi (mi limito alla citazione del mio *L'ordinamento giuridico romano* [Napoli 1990]). Una storia, quella del diritto romano antico, che (fortunatamente per me) non pretende gli empiti di immaginazione della così detta 'histoire bataille', ma chiede solo solerte attenzione alle sue grige fonti informative.

6. La prima conclusione è la seguente. Il concetto di 'ordinamento', cioè di assetto o di organizzazione o di struttura adeguata al conseguimento di un fine pratico di convivenza sociale, è un concetto cui già mi è avvenuto di riferirmi in precedenza a titolo di sinonimo del termine 'diritto'. Anche per me (come per molti altri giuristi) esso è quello che meglio rappresenta, nella estrema varietà delle sue esplicazioni nel mondo, i dati strettamente essenziali (e sempre immancabilmente presenti) del fenomeno giuridico. Chia abbia visto il film famoso (1968) di Stanley Kubrick dal titolo *2001. Odissea nello spazio* si sarà forse anche un poco annoiato, ma difficilmente avrà dimenticato le sequenze iniziali degli antropoidi urlanti di qualche milione di anni fa negli episodi che scandiscono il lento passaggio della specie umana dall'isolamento iniziale alla coabitazione in caverne e rozzi abituri, più tardi (molto più tardi) ad un reciproca intesa di convivenza sociale, quindi di divisione dei compiti necessari a realizzarla. Ebbene il processo storico successivo agli stentati inizi è stato, da allora ad oggi, la continuazione e il perfezionamento di quello di par-

tenza, né sono mancati in esso sensibili ritardi di alcune comunità (si pensi a quelle tribali dell'Africa subsahariana) o anche all'interno di alcune civiltà più avanzate (si pensi, uno per tutti, al diffuso 'problema del Mezzogiorno' che affligge con varia misura non poche nazioni contemporanee). Ormai l'ordinamento dei popoli è un fatto molto complesso, né vi è dubbio che parecchie e grosse difficoltà sono e saranno implicate dalla tendenza alla così detta 'globalizzazione'. Tuttavia, se si aguzza lo sguardo e mano a mano ci si distoglie dall'attenzione ad ornamenti, ampliamenti e complicazioni non strettamente necessarie, ecco che il gran caravanserraglio si riduce a qualcosa di molto simile ad un villaggio moltiplicato per dieci, per cento, per mille, ma sempre un raggruppamento di capanne materialmente o idealmente cintato da una linea di confine e popolato da residenti (pochi, molti, moltissimi) che si muovono rispettando (non dico con gioia, ma almeno con pazienza) modi di comportamento pacifici e spesso collaborativi. Se è andata così da tempi lontani o lontanissimi, perché non dovrebbe andare approssimativamente così anche in futuro?

7. Ma certo, anche in futuro: questa è la seconda conclusione del mio discorso. Anche in futuro la vita e la funzione dell'ordinamento giuridico non sono destinate prevedibilmente a cambiare. Non mancano i giuristi, tra cui molti di indubbio valore, che temono un avvenire nel quale le 'regole del gioco' dovranno essere radicalmente mutate a causa dell'unificazione di molte nazioni odierne in più complessi e potenti stati sovranazionali nel corso della già dianzi accennata globalizzazione (cfr., ad esempio, G. Rossi, *Il gioco delle regole* [Milano 2006]). Ma non si tratta di timori eccessivi? Davvero succederà che il fenomeno espansivo non si limiterà ai mercati, ma si estenderà alle nazioni? È proprio sicuro, probabile, possibile che l'avvenire del mondo sarà tanto difficile? Io penso fiduciosamente di no ed ho cercato di argomentarlo, nel corso degli ultimi venti anni, in molte occasioni (cfr., da ultimo, la mia *La coda dell'occhio* [Padova 2009] *passim*). Il mio ottimismo si basa su due motivi indiziari di carattere, se volete, pessimistico. Primo: il processo di unificazione attualmente più vistoso, quello dell'Unione Europea, sta incontrando sempre maggiori difficoltà a realizzarsi sul piano dell'ordinamento interno, cioè nel proposito (o nella fisima) di pervenire alla costituzione di un ente superstatale, dotato di un ordinamento giuridico unitario, che sia in qualche modo analogo agli Stati Uniti americani (rinvio in proposito, tra l'altro, al mio *Capitale Amaurote*, in *Riv. dir. civ.* 44.2 [1998] 157 ss.). Secondo: vi è una importantissima esperienza del passato, quella di Roma, che conferma il destino fallimentare incombente sulle ambizioni di eccessivo estendimento di un pur potentissimo impero. Chi non lo sa che, a partire dal terzo secolo d.C., l'*Imperium Romanum* lentamente ma fatalmente, prima da un lato e poi dall'altro, si sfasciò, lasciando il posto alle varie 'nazioni' dell'Occidente e dell'Oriente? Ridurre oltre un certo limite le etnie e le nazionalità preesistenti è impresa ai limiti dell'impossibilità e, aggiungerei, fuori dall'opportunità.

8. La terza ed ultima delle mie conclusioni nasce da un'altra citazione letteraria: una di quelle citazioni che, lo riconosco, sono un poco il mio vezzo. Non vi è, credo, persona colta che non ricordi con diletto *Le malade imaginaire*, una commedia arricchita da musica e balletti che fu l'ultima scritta e allestita (era il 1670) da Molière. Il protagonista, Argan, vi imperversa con le sue preoccupazioni di salute, che lo portano a premurare ridicolmente medici e farmacisti ed a disinteressarsi dei familiari che lo circondano. Ma, per fortuna sua e della dolce figlia Angelica, il gioco è infine preso in mano dalla vivace domestica Toinette, la quale farà in modo, nel corso di un intreccio troppo noto per dover essere qui rievocato, che Argan la smetta con le sue paure e torni alla normalità. Vi tornerà adottando l'estroso sistema di addottorarsi egli stesso solennemente in medicina: cosa, a quei tempi, alquanto facile, pur se ancora non era stata introdotta la 'laurea breve' del giorno d'oggi. Argan si potrà pertanto autoprescrivere medicinali e clisteri a sua volontà e potrà infine autodiagnosticarsi guarito. Questa mia interpretazione piuttosto personale della famosa vicenda scenica mi induce a ragionare in tema di diritto con il buon senso di Toinette. Mi induce cioè a chiedermi, col dovuto riguardo, se alcuni colleghi giuristi tanto allarmati sullo stato di cattiva salute di quel diritto del quale curano ansiosamente le sorti non versino in realtà, almeno un tantino, nella situazione psicologica di Argan prima della laurea.

Napoli, 4 aprile 2010.

ANTONIO GUARINO