

## CINQUANT'ANNI DALLA « KRISE »

1. — Mi sembra soltanto ieri, e sono passati cinquant'anni. Mezzo secolo fa, nel 1938, mi trovavo a Berlino, ove frequentavo i seminari di diritto romano di Paul Koschaker. Giungevo ogni giorno, di primo mattino, nel palazzotto del Juristisches Seminar, là in fondo alla Unter den Linden, e mi vi trattenevo senza interruzioni, altro che per qualche frettolosa tartina nella mensa annessa, sino alla sera, spesso conversando col maestro e piú ancora con i suoi discepoli, tra cui ricordo con affetto Walter Erbe e Karl-Heinz Below. Fuori dal palazzotto c'era quello che c'era, e la Germania celebrava con clangore l'« Anschluss », ma nelle sale della biblioteca vivevamo chiusi come in un ambiente ovattato e ci occupavamo serenamente, forse incoscientemente, di *fiducia*, di professioni liberali, di *beneficium competentiae* e di altri argomenti lontanissimi nel tempo.

No. Per la verità, non parlavamo solo di quello. Vi era un tema presente, addirittura incombente, su cui richiamava spesso la nostra attenzione Koschaker, ed era il tema dell'ostracismo, che il partito politico al potere aveva decretato al diritto romano ed al suo insegnamento nelle università tedesche. Sin dal 1920 il programma del nazionalsocialismo aveva suonato chiaro: « Noi vogliamo che il diritto romano, asservito all'ordinamento materialistico del mondo, sia sostituito da un diritto comune tedesco »<sup>1</sup>. Fortunatamente questo programma drastico non si era ancora tradotto in una abolizione della disciplina didattica, ma era stata sufficiente ad allontanare gli studenti dal diritto romano la norma per cui le ore di lezione erano state ridotte a metà e l'esame relativo era stato soppresso<sup>2</sup>. Ormai Koschaker svolgeva i suoi corsi solo, o quasi, per noi fedelissimi e presentiva il giorno in cui il diritto romano non avrebbe piú avuto, nei paesi tedeschi, né discepoli né docenti.

\* In *Labeo* 34 (1988) 43 ss.

<sup>1</sup> Il programma porta la data del 24 febbraio 1920 e il paragrafo antiromanista è il par. 19. Per un'analisi, v. KOSCHAKER (nt. 6) 529 ss.

<sup>2</sup> V. KOSCHAKER (nt. 6) 568 ss. e nt. 85. Analogamente le cose andarono in Austria.

Come reagire a questo stato di cose? Come evitare che esso degradesse sino all'allontanamento totale della materia dalle facoltà giuridiche? Con una buona dose di spirito di sacrificio, Paul Koschaker, che pure era personalmente alieno da ogni commistione con la politica, si adattò a seguire la via politicizzata dell'« Akademie für Deutsches Recht », dominata dal potente e paternalistico ministro Hans Franck, della quale fece parte e per la quale, col numero 1 del Gruppo dedicato (si badi) « al diritto romano ed ai diritti stranieri », scrisse il saggio intitolato *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*<sup>3</sup>. Saggio in cui, con copia di argomenti e con empito di passione, si sforzò generosamente di dimostrare il carattere romanistico della cultura giuridica europea e la indispensabilità dello studio del diritto romano per la preparazione anche dei giuristi germanici, culminando nella famosa, o famigerata, proposta pratica di una « Aktualisierung der romanistischen Vorlesung », cioè di un insegnamento romanistico da rendersi quanto più possibile in linguaggio dogmatico moderno, anzi con riferimento ai soli temi del diritto positivo vigente<sup>4</sup>.

Di queste sue idee e di questa sua proposta Koschaker parlò agli altri ed a me più volte, mentre attendeva alla stesura definitiva del suo scritto, che licenziò per le stampe a settembre. Negli anni appresso, dopo lo scoppio della guerra e il suo passaggio all'università di Tübingen, egli avrebbe posto mano, sempre nello stesso solco di pensiero, all'opera più vasta sull'Europa e il diritto romano<sup>5</sup>, della quale un'attenta e pregevole traduzione, introdotta da Francesco Calasso, è apparsa in Italia per le cure di Arnaldo Biscardi<sup>6</sup>.

2. — La « Krise », come tutti sanno, ebbe una larghissima eco nel mondo romanistico internazionale e particolarmente in Italia, al punto da

<sup>3</sup> P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schr. der Akad. für Deutsches Recht, Gruppe römisches Recht und fremde Rechte*, Nr. 1 (1938).

<sup>4</sup> Della « Hauptvorlesung » di diritto romano il KOSCHAKER (nt. 3), 76 s., voleva fare la « dogmatische Darstellung der Hauptlehren der europäischen Privatrechtswissenschaft », limitando dunque la lezione, e i manuali relativi, ai temi di diritto privato romano ancora attuali nel diritto moderno, ma lasciando liberi i seminarii di avere ad oggetto quel che meglio il docente ritenesse opportuno. V., in senso adesivo, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (1942) XV nt. 28.

<sup>5</sup> P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (1947). Altre due edizioni nel 1953 e nel 1958.

<sup>6</sup> P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (1962): versione condotta sull'edizione del 1958.

far quasi dimenticare, a molti, che analoga diagnosi, anche se non altrettanto pessimistica, era stata formulata due anni prima in Italia, dando luce editoriale alla sua prolusione patavina del 1935, dal nostro Mario Lauria<sup>7</sup>. Con la concisione espositiva che gli è cara, Lauria aveva già acutamente analizzata la situazione del diritto romano nella Germania nazionalsocialista ed aveva anzi ricercati e ritrovati i primi sintomi della sfiducia verso la nostra scienza in atteggiamenti manifestatisi ben anteriormente al 1920, sin dagli inizi del secolo, a seguito dell'entrata in vigore del Bürgerliches Gesetzbuch e della conseguente estinzione, anche in Germania, della ricerca e dell'insegnamento di tipo pandettistico<sup>8</sup>. Ma, incoraggiato dal trattamento di favore a quel tempo riscosso in Italia dagli studi umanistici, egli aveva concluso che, tutto sommato, non vi è affatto da disperare per le sorti del diritto romano e che sono fermamente da respingere tutte le tesi per cui bisogna subordinare l'esposizione romanistica alle esigenze del pensiero giuridico moderno<sup>9</sup>.

Il saggio del Koschaker, per limitarci alle prime ripercussioni, incontrò un'accoglienza largamente favorevole in Giuseppe Grosso<sup>10</sup>, che però aderì, quanto alla « Aktualisierung », alla critica avanti lettera fattane dal Lauria. Più favorevole ancora si manifestò Emilio Betti<sup>11</sup>, che nella « Aktualisierung » vedeva una conferma di sue dottrine già vigorosamente manifestate in precedenza<sup>12</sup>. Nettamente contrario fu invece, nella sua prolusione messinese<sup>13</sup>, Edoardo (Odoardo) Carrelli, a cui avviso bisogna sostenere sino alle ultime conseguenze che il diritto romano è una disciplina storica, con sua autonoma metodologia e suo proprio linguaggio, perché è in quanto disciplina storica che esso contribuisce utilmente (anzi necessariamente, come « *condicio sine qua non* ») alla formazione di soggetti educati allo studio del diritto<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> M. LAURIA, *Indirizzi e problemi romanistici*, in *Foro it.* 61 (1937) 4. 511 ss., ripubbl. in M. LAURIA, *Studi e ricordi* (1938) 322 ss., da cui si cita.

<sup>8</sup> Forse la prima voce fu quella del REGELSBERGER, in *Jherings Jb. für Dogmatik* 41 (1900) 281 s.

<sup>9</sup> LAURIA (nt. 7) 323 s.

<sup>10</sup> G. GROSSO, *Rc.* a Koschaker (nt. 3), in *SDHI.* 5 (1939) 505 ss., spec. 515 ss.

<sup>11</sup> E. BETTI, *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, in *Riv. dir. comm.* 38 (1939) I. 20 s.

<sup>12</sup> Per un ragguaglio delle posizioni del Betti, v. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*<sup>6</sup> (1980) 36 ss., 351.

<sup>13</sup> O. CARRELLI, *A proposito di crisi del diritto romano*, in *SDHI.* 9 (1943) 1 ss. Per vero, il Carrelli, richiamato alle armi nel 1941 e più tardi caduto in quel di Nola, non poté mai pronunciare dalla cattedra la sua prolusione.

<sup>14</sup> Cfr. CARRELLI (nt. 13) 13: « Una decadenza degli studi di storia del diritto

Posizioni intermedie assunsero, anch'essi nelle loro prolusioni accademiche (un'usanza, quella delle prolusioni, che si è andata perdendo, purtroppo, nel tempo), Giovanni Pugliese e chi scrive<sup>15</sup>. Pugliese<sup>16</sup>, pur riconoscendo che lo studio del diritto romano non va ridotto ai soli argomenti che costituiscono anche oggetto dei diritti moderni, lumeggiò peraltro l'idea che le indagini di storia del diritto romano debbano essere assunte a far parte della scienza universale del diritto, cioè della scienza intesa alla ricerca delle « verità costanti nel mondo del diritto »<sup>17</sup>. Chi scrive<sup>18</sup>, aderendo alla reazione di Carrelli e respingendo la teoria di Pugliese, spezzò tuttavia una lancia a favore di un « linguaggio » possibilmente aggiornato da adottarsi dagli studiosi di diritto romano al fine di agevolare la comprensione dei loro contributi da parte degli studiosi dei diritti moderni<sup>19</sup>. Impostazione di massima, la mia, che ho poi ripreso e sviluppato in opere successive.

Ma non è sulle ripercussioni letterarie della « Krise » del Koschaker che voglio qui trattenermi. Il mio scopo è un altro. Io mi domando: a cinquant'anni di distanza dalla pubblicazione della « Krise », esiste

romano potrà verificarsi solo il giorno in cui verrà a declinare l'interesse della vita presente allo studio storico del diritto romano... Si verificherà ciò? Malgrado le ondate di antistoricismo affioranti nella vita europea dell'ultimo ventennio..., e malgrado il declinare di questo interesse, dovuto, però, a ragioni affatto contingenti, in alcuni paesi di Europa, io ritengo di no e ritengo per conseguenza che di una crisi del diritto romano non si possa seriamente parlare ».

<sup>15</sup> Altra letteratura sul tema in GUARINO (nt. 12). È utile ricordare che la rivista *Labeo* ha promosso, su questi argomenti, due inchieste: la prima dedicata allo studio ed all'insegnamento del diritto romano (*Labeo* 2 [1956] 48 ss., 187 ss., 327 ss.); la seconda sul metodo della ricerca (*Labeo* 19 [1973] 42 ss., 185 ss., 339 ss.).

<sup>16</sup> G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *AUMA*, 15 (1941) 5 ss., ripubbl. in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti* 3 (1985) 159 ss.

<sup>17</sup> Recensione adesiva di F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.* 20 (1943) 1. 79 s. In senso contrario, CARRELLI (nt. 13) *passim*.

<sup>18</sup> A. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare* (1943), in *Ann. dir. comp.* 18 (1946) 1 ss. La prolusione fu pronunciata il 21 gennaio 1943.

<sup>19</sup> GUARINO (nt. 18) 3 e nt. 2. Ricordo, a questo proposito, che il linguaggio delle interpolazioni, fatto com'era di allusioni e parentesi, non incoraggiava (comprensibilmente) i giuristi alla lettura dei contributi romanistici. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* (1939) 43, osservò che « adesso, con i loro scavi, i romanisti hanno sconvolto una delle zone più interessanti per la nostra osservazione e, purtroppo, il meno che costino questi stupendi lavori è che la zona diventi impraticabile agli altri finché non siano finiti ».

ancora e, se esiste, a che punto è arrivata la crisi del diritto romano nel mondo?

3. — La risposta è facile, ma è tutt'altro che confortante. La crisi del diritto romano, in Europa e nel mondo, non solo esiste tuttora, ma si è andata allargando, negli ultimi cinquant'anni, sia come crisi scientifica sia, sopra tutto, come crisi dell'insegnamento.

Evito di indugiarmi sulla crisi scientifica, la cui analisi mi porterebbe troppo lontano. Mi limiterò solo ad osservare, a questo proposito, che da qualche decennio a questa parte le « vocazioni » (o, se si preferisce, le nuove leve degli studiosi) sono fortemente diminuite dovunque. Dovunque, salvo forse che in Italia, paese in cui ragioni contingenti hanno favorito per il momento una fioritura di « opere prime » di alquanto dubbia spontaneità<sup>20</sup>.

Vengo quindi alla crisi dell'insegnamento, per la quale, del resto, basteranno pochi cenni.

In Germania Occidentale e in Austria il nazismo è oggi soltanto un cattivo ricordo, ma l'insegnamento del diritto romano continua ad essere, nelle università, piuttosto ridotto, oltre che nettamente in sottordine rispetto all'insegnamento dei diritti moderni: sta di fatto che le lezioni dedicate agli argomenti romanistici vengono dagli studenti frequentate assai poco<sup>21</sup>. In Germania Orientale il diritto romano è addirittura sparito come disciplina autonoma, sia pur facoltativa, e vivacchia nelle università solo sotto forma di « notizie » utili allo studio di alcune materie di diritto vigente<sup>22</sup>. Negli altri paesi socialisti e nell'Unione sovietica la situazione è varia, ma non può dirsi, tutto sommato, molto migliore: se e dove il diritto romano vi figura, vi figura, in un modo o

<sup>20</sup> Alludo al fortissimo aumento delle cattedre (di prima e di seconda fascia) implicato da recenti riforme universitarie: un aumento che per ora, e cioè fin quando gli insegnamenti romanistici non saranno ridotti da una successiva riforma dei piani di studio, ha determinato anche la moltiplicazione delle cattedre romanistiche. Sul punto: A. GUARINO, *Sull'insegnamento della storia del diritto*, in *Labeo* 29 (1983) 316.

<sup>21</sup> Il fenomeno, indipendentemente dalla politica del partito nazista al potere, aveva cominciato a verificarsi in Germania anche prima del 1934: v. KOSCHAKER (nt. 6) 568 nt. 86. Ma la manualistica del diritto romano rimane ancor oggi, in Germania Occidentale ed in Austria, notoriamente eccellente.

<sup>22</sup> Non saprei fare nomi di romanisti della Germania Orientale. Quanto alla manualistica, so citare soltanto HUCHTHAUSEN e HÄRTEL, *Römisches Recht* (Berlin-Weimar 1975), e HÄRTEL e PÓLAY, *Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte* (Weimar 1986).

nell'altro, come disciplina professata a titolo di supporto<sup>23</sup>. In Francia non ne parliamo: la ben nota riforma degli studi universitari varata nel 1955 ha inserito il diritto romano tra le « istituzioni e i fatti sociali » di tutta la storia dei popoli, facendogli perdere l'evidenza che precedentemente, sopra tutto come diritto privato, esso aveva<sup>24</sup>. Altrove si insegna ancora il diritto privato, o anche il diritto privato, ma sempre più a titolo di introduzione nozionistica allo studio del diritto, che non a titolo di disciplina autosufficiente.

Situazione migliore, ma solo per il momento, in Spagna e in Italia. Nelle università spagnole il diritto romano, da intendersi come diritto privato romano, è disciplina autonoma di primo anno delle Facoltà giuridiche; tuttavia si profila una riforma, per vero molto contrastata, che gli preferisce, come materia « troncal », una non meglio specificata « teoria del diritto »<sup>25</sup>. Nelle università italiane si insegnano ancora, a titolo obbligatorio, la « storia del diritto romano », che è storia del diritto pubblico e della giurisprudenza, le « istituzioni di diritto romano », che è storia del diritto privato romano<sup>26</sup>; tuttavia si profila anche qui una riforma, anch'essa molto contrastata<sup>27</sup>, che vuole ridurre il tutto all'insegnamento obbligatorio delle « istituzioni », e ciò, evidentemente, a causa dei molti punti di somiglianza, che ancora sussistono tra diritto privato romano e diritto privato vigente<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> V. il quadro tracciato, da ultimo, da K. REBRO, *Società socialista e cultura giuridica romana*, in *Index* 12 (1983-84) 1 ss.

<sup>24</sup> Per un tentativo di giustificazione della riforma, v. G. ANCARANI, *Premessa: problemi di metodologia della ricerca storico-istituzionale*, saggio anteposto (p. V ss.) alla traduzione italiana di J. ELLUL, *Histoire des Institutions* (1961 e 1972), pubbl. col titolo *Storia delle istituzioni. L'antichità* (1981). L'Ellul è costretto a ridurre il diritto privato a pochissimi e parziali cenni; così pure il recente M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'antiquité* (1984). Salva l'esposizione del processo privato (« La sanction du droit ») J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité* (1966 e 1982); Id., *Les institutions de l'antiquité* (1972).

<sup>25</sup> V. in proposito la reazione di J. ROSEY, *El derecho romano y la formación del jurista*, in *Boletino Coll. Abogados de Madrid* 1987, fasc. 6, 125 ss. Il citato fascicolo della rivista madrilenza dedica anche un'inchiesta, nonché altri articoli alla difesa del diritto romano in Spagna.

<sup>26</sup> Per le altre materie romanistiche, che si insegnano in Italia v. *infra* n. 5.

<sup>27</sup> V. l'editoriale di *Labeo* 33 (1987) 5 s.

<sup>28</sup> Da segnalare ancora per l'Italia, che già in molte facoltà si insegnano a titolo obbligatorio o la sola « storia » o le sole « istituzioni ». La preferenza accordata all'una piuttosto che all'altra materia è dipesa spesso da sconvenienti prepotenze di cattedratici « di ruolo » nei confronti dei loro più deboli colleghi privi di titolo altrettanto prestigioso.

Dallo schizzo approssimativo che precede è lecito dedurre, a mo' di proiezione, che in un futuro più o meno lontano, ma quasi fatale, lo spazio di vita degli insegnamenti romanistici si ridurrà ulteriormente dovunque e, sia pure con maggior lentezza, anche in Italia. Andrà a finire, se non si reagisce in tempo, che il diritto romano, sia pubblico sia privato, non sarà più insegnato, salvo che sotto specie di squallide notizie introduttive agli altri insegnamenti, nelle facoltà universitarie di giurisprudenza. Vogliamo curarcene, fin che siamo in tempo, o vogliamo alteramente disdegnare il problema, nel nome della convinzione che esso non abbia (come effettivamente non ha) consistenza scientifica?

4. — Alla soluzione negativa, ispirata dalla asserita inconsistenza scientifica del problema, tendeva, come ho già segnalato dianzi<sup>29</sup>, il Carrelli. Ad essa tende anche, fra gli altri, con parole recenti che svolgono un pensiero già anteriormente manifestato, Riccardo Orestano, quando contesta l'esistenza di una crisi del diritto romano, affermando che la crisi è solo « nei romanisti »<sup>30</sup>, e quando coerentemente svaluta, o addirittura ridicolizza, tutte le proposte sinora formulate di « attualizzazione » dell'insegnamento romanistico<sup>31</sup>. Ma io temo forte che il Carrelli, l'Orestano e gli altri si esprimano in questi termini recisamente negativi in quanto confondono tra il problema, a dir così scientifico, dello studio storico del « diritto romano dei Romani »<sup>32</sup> ed il problema eminentemente pratico dell'insegnamento dello stesso nel quadro delle facoltà giuridiche.

Non vi è dubbio (ecco il problema « scientifico ») che lo studio storico del diritto romano, cioè la ricerca del diritto di Roma « quale esso realmente fu », debba essere condotto, articolato, organizzato esclusivamente secondo le esigenze del metodo storico, senza condizionamenti di sorta. Questa verità, che in altri tempi poteva essere poco chiara a causa della persistente vigenza del diritto romano in importanti paesi

<sup>29</sup> *Retro* nt. 14.

<sup>30</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*<sup>3</sup> (1987) 490 ss., spec. 507 s.

<sup>31</sup> ORESTANO (nt. 30) 502 s.

<sup>32</sup> ORESTANO (nt. 30) 457. L'Orestano è talmente lontano dal problema pratico da me posto, che inizia il suo libro (p. 9) con queste fiduciose parole: « Questo corso ha carattere introduttivo e si rivolge a studenti del secondo e terzo anno ». Con il che egli non solo si aspetta che gli studenti di primo anno abbiano debitamente assorbito i corsi di « storia » e di « istituzioni », ma non pone in dubbio neanche la sussistenza, in avvenire, del corso biennale di diritto romano approfondito.

del mondo<sup>33</sup>, si impone oggi in maniera precisa e non piú equivocabile. Quindi facciano pure, i romanisti, le ricerche che sentono di dover fare; scrivano pure i libri e gli articoli che sentono di dover scrivere; siano essi, insomma, del tutto indipendenti ed autonomi nell'esercizio del « mestiere di storico » che hanno a suo tempo prescelto<sup>34</sup>. Le loro opere, sopra tutto se scritte in linguaggio non ostinatamente riservato agli iniziati<sup>35</sup>, saranno augurabilmente lette dagli studiosi dei diritti moderni, e sopra tutto da quelli di teoria generale del diritto, dando agli stessi, se le leggeranno, il contributo non disprezzabile di una non disprezzabile esperienza giuridica: l'esperienza giuridica romana<sup>36</sup>. Peggio per gli studiosi del diritto moderno, e per l'ampiezza dei loro orizzonti di indagine, se non le leggeranno.

Ben diverso dal cosí detto problema scientifico è il problema « pratico » del diritto romano. Esso si scinde, se non erro, nei seguenti interrogativi: *a*) val la pena di insegnare universitariamente il diritto romano?; *b*) è piú utile insegnarlo nelle facoltà di diritto o in quelle letterarie?; *c*) va esso insegnato in ogni sua parte o solo nella parte che concerne il cosí detto diritto privato?; *d*) come, e cioè con quali metodi di lezioni e di esercitazioni, va esso insegnato?

La risposta ai primi due quesiti è incontrovertibile, ma solo sino ad un certo punto. Nessuno pone in dubbio, almeno *in hypothesis*, che il diritto romano sia da professarsi nelle università: a questa facile risposta inducono l'imponente bagaglio delle sue fonti di cognizione e il non meno imponente peso della tradizione che ad esso si ricollega<sup>37</sup>. Tuttavia, quando dall'affermazione di principio si passa alla sua realizzazione pratica, ecco profilarsi la grossa difficoltà. Da un lato, le facoltà letterarie, salvo lodevoli eccezioni<sup>38</sup>, si ritengono paghe dei loro insegnamenti di

<sup>33</sup> Di qui, ricordata da ORESTANO (nt. 30) 506 s., la proposta, avanzata oltre un secolo fa da F. Serafini, di « ammodernare » il diritto romano e di fare delle trattazioni relative a quest'ultimo una sorta di perpetuo commentario al diritto attuale, e la brusca, ma lucidissima, replica di V. Scialoja: « il diritto romano puro è morto ».

<sup>34</sup> Tuttora da condividere, in proposito, le limpide considerazioni di P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *St. Riccobono* (1936) I. 1 ss.

<sup>35</sup> V. *retro* nt. 19.

<sup>36</sup> Meglio se i romanisti, forti della loro specifica esperienza di storici, utilizzeranno essi stessi questa esperienza nello studio diretto di temi dei diritti moderni: v. GUARINO (nt. 18) 5 nt. 4.

<sup>37</sup> Sulla tradizione romanistica v. le belle pagine di ORESTANO (nt. 30) 464 ss.

<sup>38</sup> Vi sono facoltà letterarie, almeno in Italia, in cui si insegna (a titolo facoltativo) la « storia del diritto romano ». Personalmente, ricordo con piacere gli anni

« storia » e di « antichità » romane e respingono con fermezza dai loro programmi gli insegnamenti di diritto romano, specie se di diritto romano privato. Dall'altro lato, le facoltà giuridiche tendono sempre piú, come abbiamo visto, a restringere gli spazi concessi alla storiografia del diritto romano, sino ad eliminarli del tutto<sup>39</sup>. Tenuto fuori dalle facoltà di lettere, messo alla porta da quelle di giurisprudenza, dove diamine andrà a finire il diritto romano come disciplina di insegnamento universitario? Ecco in che cosa consiste, al pratico, la « crisi » del diritto romano<sup>40</sup>.

Ebbene, io sono convinto, a questo proposito, cioè a proposito dell'insegnamento universitario del diritto romano, che il ragionamento da farsi debba essere incentrato, senza sciocche riluttanze per l'impostazione ofelimitaria, sulla utilità formativa della disciplina, e in particolare sulla utilità della stessa per la formazione dei giuristi<sup>41</sup>. La disciplina diritto romano (pubblico e privato) sarebbe molto utile agli studenti di lettere, se fosse ad essi impartita, perché permetterebbe una migliore e piú profonda comprensione della storia della civiltà romana<sup>42</sup>. Ad ogni modo, ancora piú utile, se non addirittura indispensabile, è la conoscenza del diritto romano pubblico e privato, con annessa storia della giurisprudenza romana, per gli studenti di diritto, sempre che si voglia farne dei passabili giuristi e non dei praticoni di basso profilo<sup>43</sup>. L'esperienza del diritto romano è irrinunciabile per il giurista<sup>44</sup>. E a chi obietta, come spesso avviene, che il progresso dei tempi esige che si impartiscano universalmente altre e piú nuove discipline la risposta da dare è che

quaranta, cioè quelli del mio insegnamento a Catania, nei quali non raramente mi occorre di essere relatore nella facoltà di lettere, con l'occhiuto controllo del correlatore Santo Mazzarino, di tesi di laurea in storia del diritto romano.

<sup>39</sup> Non parliamo delle facoltà di scienze politiche, nelle quali tutto si riduce, in Italia, ad un corso, spesso facoltativo, di diritto pubblico romano.

<sup>40</sup> Non lo si sottovaluti questo problema pratico, vorrei dire questo problema « carnale », del diritto romano. Il giorno in cui (ai cani dicendo) non vi saranno piú cattedre romanistiche, verranno meno i cattedratici, mancheranno gli allievi, cesseranno gli stipendi, nonché i contributi del ministero e del consiglio nazionale delle ricerche. Chi lo studierà piú, allora, il diritto romano?

<sup>41</sup> V., per il mio pensiero, A. GUARINO, *Conoscere il diritto romano* (1987): lezione tenuta agli studenti della facoltà giuridica di Teramo.

<sup>42</sup> A tutti i romanisti sono ben note la superficialità e l'approssimazione, di cui danno spesso prova gli storici generali e gli studiosi di letteratura latina nei loro approcci al diritto romano. Mi esento, in questa sede, da troppo facili esempi.

<sup>43</sup> Alla formazione dei meri « pratici » tendono, secondo una riforma che si propone in Italia, i corsi biennali di baccellierato (o come altro si voglia chiamarlo).

<sup>44</sup> GUARINO (nt. 12).

l'utilità di queste nuove discipline non svalORIZZA l'utilità delle discipline di diritto romano: sicché, al più, esse vanno aggiunte a queste ultime, eventualmente nel quadro di una riforma dei piani di studio, che porti gli anni del corso di giurisprudenza, in Italia e altrove, da quattro a cinque<sup>45</sup>.

5. — Restano, sempre sul piano pratico, gli ultimi due quesiti: quelli riferentisi al quanto e al come dell'insegnamento del diritto romano nelle facoltà universitarie di diritto.

Relativamente al « quanto », cioè all'estensione della disciplina didattica, la prima cosa da dirsi è che assolutamente irrinunciabile sembra la materia del diritto privato, anzi del *ius privatum*, comprensivo anche del relativo processo giurisdizionale<sup>46</sup>. Si tratta, infatti, a prescindere da ogni considerazione di sua più o meno diretta parentela con molti diritti privati contemporanei, della materia più vasta, o almeno (meglio) di quella più vastamente sviluppata dalle fonti romane: di una materia il cui studio pone il discente a contatto con un'esperienza altamente significativa, fondata su presupposti sociali ed economici di profondo interesse e trattata in maniera a dir poco eccellente da quella stupenda espressione della civiltà di Roma, che è stata la giurisprudenza romana. E la riprova (una prova *e contrario*) della indispensabilità della presenza del *ius privatum* nel quadro dell'insegnamento del *ius Romanorum* ci è offerta dalla lettura spassionata dei manuali francesi redatti in base alla riforma del 1955 e secondo i programmi dettati nel 1962: manuali, per altri versi, tutti pregevoli o molto pregevoli, ma carenti, a volte con visibile disagio degli stessi loro autori<sup>47</sup>, di nozioni essenziali (e sufficientemente approfondite) per la comprensione del diritto romano e delle sue ragioni socio-economiche, quali son quelle relative alla proprietà, ai *iura in re aliena* e alle *obligationes*<sup>48</sup>.

Il *ius privatum*, dunque, non è rinunciabile. Ma non si dica che,

<sup>45</sup> Di questa riforma si va parlando, in Italia, in connessione con la riforma di cui *retro* nt. 43.

<sup>46</sup> Sulla concezione romana del *ius privatum* v. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>8</sup> (1988) n. 12.

<sup>47</sup> Penso alle parole di prefazione scritte da R. MONIER, autore in precedenza di un ben noto *Manuel*, al volume firmato da lui, da G. CARDASCIA e da J. IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Age* (1955).

<sup>48</sup> *Retro* nt. 24.

stretti dalle esigenze del tempo limitato da dedicare agli insegnamenti romanistici, questi ultimi non debbano conferire adeguato sviluppo anche al diritto costituzionale (e, per quel poco che ne sappiamo, al diritto amministrativo), nonché, piú specificamente, alle fonti di produzione, alla giurisprudenza e alle fonti di cognizione del diritto romano<sup>49</sup>. Queste conoscenze, che in Italia formano parte di quel corso di « storia del diritto romano » che si è proposto di abolire<sup>50</sup>, sono interessanti in sé, sono argomenti preziosi di esperienza per il pensiero giuridico e sono, in ogni caso, indispensabili alla comprensione delle materie del *ius privatum*. Abolirle, o ridurle a pochi cenni introduttivi ai corsi di diritto privato romano, significa privare in tutto o in parte il discente della possibilità di un apprezzabile approfondimento del diritto romano *in toto*<sup>51</sup>. Quindi, anche degli insegnamenti di storia, e dei relativi manuali non si può, sul piano di una seria didattica, fare assolutamente a meno<sup>52</sup>.

Quanto si è sostenuto sinora concerne, ovviamente, lo stretto necessario all'insegnamento del diritto romano. Nulla vieta, anzi è altamente auspicabile, che l'insegnamento stesso venga integrato da altri insegnamenti e da seminari di approfondimento. In primo luogo, dal corso di diritto romano « approfondito » (detto anche, in Italia, corso di Pan-

<sup>49</sup> Forse il sacrificio dell'esclusione può farsi solo per la repressione criminale, sebbene vada subito aggiunto che, ad allontanare questi argomenti dal corso di storia del diritto romano, si corre il rischio di tener celata agli studenti una esperienza storico-giuridica, alla quale si dedicano oggi, con buoni frutti, numerosi ed acuti ricercatori.

<sup>50</sup> Inutili le indicazioni bibliografiche relative ai manuali italiani e tedeschi. Mi limito qui a ricordare la possente *Storia del diritto romano*<sup>4</sup> (rist. 1958) di P. BONFANTE, che è stata il grande modello di vari altri manuali di storia.

<sup>51</sup> Molti autori di manuali di *ius privatum* si adattano, per opportunità di cose, a premettere le nozioni di storia (peraltro inevitabilmente « compresse ») alle loro trattazioni. Fra i casi piú recenti ricordo quello di H. HAUSMANINGER e W. SELB, *Römisches Privatrecht* (1985) 29-112. Per quanto mi riguarda, fui indotto ad una soluzione del genere, a partire dal 1950, anche dal fatto che a Napoli il mio valorosissimo collega F. De Martino, che professava la storia, si pose, con grande vantaggio per la scienza romanistica, a scrivere e a pubblicare in volumi separati anche ad uso degli studenti la sua *Storia della costituzione romana* (5 volumi, 2ª ed. 1972-1975): GUARINO (nt. 46).

<sup>52</sup> Naturalmente, l'insegnamento della storia del diritto romano deve far larga parte al diritto pubblico (assemblee, senato, magistrature ecc.) perché non è possibile, almeno a mio avviso, capire il resto (leggi, editti giurisdizionali, senatoconsulti, costituzioni imperiali, giurisprudenza ecc.) senza una buona conoscenza di esso.

dette)<sup>53</sup>, il quale permette allo studente degli anni successivi al primo di rivisitare uno o più temi dei corsi romanistici di base, sia pubblici sia privati<sup>54</sup>, per un contatto più stretto con le fonti e per una meditazione più attenta e pacata dei temi stessi<sup>55</sup>. In secondo e ulteriore luogo, dai corsi di esegesi delle fonti, di diritto pubblico, di storia delle fonti, di diritto criminale, di papirologia ed epigrafia giuridica e via dicendo, nonché dalle esercitazioni sui testi e da quelle sui casi pratici<sup>56</sup>. Attività didattiche, tutte queste, purtroppo, oggi in forte diminuzione e ai limiti della sparizione, dovunque<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Questo corso in Italia è biennale ed è ancora, ufficialmente, obbligatorio. Molte università italiane, peraltro, lo hanno già, approfittando dell'autonomia, ridotto a facoltativo.

<sup>54</sup> Per quel che può valere la mia personale esperienza, riferisco che, negli anni in cui ho insegnato diritto romano approfondito, ho svolto, tra gli altri, pubblicando i relativi libri di testo, i seguenti argomenti: l'ordinamento giuridico romano, la rivoluzione della plebe, la condanna *in id quod facere potest*, la democrazia a Roma, la figura di Publio Mucio Scevola, la rivoluzione di Spartaco, il mandato di credito, casi e questioni (due corsi).

<sup>55</sup> Una nota dolente è quella del linguaggio adottato nei corsi per gli studenti. Molti autori si rendono conto della esigenza di un linguaggio particolarmente limpido e chiaro, giungendo spesso al punto di offrire anche le traduzioni delle fonti utilizzate. Altri autori se ne rendono conto di meno o non se ne rendono conto affatto, giungendo talvolta al punto di « adottare » per l'uso scolastico le loro monografie scientifiche.

<sup>56</sup> Il metodo delle esercitazioni su casi pratici è particolarmente adottato, fra gli altri, da H. HAUSMANINGER, di cui vanno ricordati alcuni ottimi *Casebooks*, e da M. GARCIA GARRIDO, che ai casi pratici dedica la seconda parte del suo *Derecho privado romano* (1979). Personalmente, convinto come sono della bontà di questo metodo, ho sempre integrato i miei corsi di storia e di istituzioni con esercitazioni (orali o scritte) su casi pratici desunti da V. ARANGIO-RUIZ e A. GUARINO, *Breviarium iuris Romani*<sup>6</sup> (1983), o da altre mie e altrui pubblicazioni. Meno persuasiva mi sembra la tesi avanzata dal GARCIA GARRIDO (*Actualidad de la jurisprudencia romana y enseñanza del derecho*, in *Boletín cit. retro* nt. 25, p. 37 ss.), secondo cui l'insegnamento del diritto romano nelle università sarebbe essenzialmente giustificato dal grande valore della giurisprudenza casistica romana (v., in questo senso, anche M. GARCIA GARRIDO, *Responsa* [1988] IX s.). A parte il fatto che la giurisprudenza romana copre solo una parte, anche se molto importante, della esperienza giuridica romana, ho già osservato altrove che la casistica moderna è molto più ricca e varia di quella romana e che tutto sta, nell'insegnamento dei diritti moderni, ad utilizzarla convenientemente: v. A. GUARINO, *La voce della giurisprudenza*, in *Dir. Giur.* 99 (1984) 817 ss.

<sup>57</sup> Non ancora in Italia, ove la situazione varia da università ad università, ma è, per il momento, di buona resistenza: i caposaldi non mancano. Ma i caposaldi, si sa, resistono « sino all'ultimo uomo »: venuto meno questo, anch'essi crollano.

Ma lasciamo da parte anche questi discorsi, sui quali ci siamo ormai sufficientemente intrattenuti, e affrontiamo l'ultimo quesito cui rispondere. Il quesito scottante del « come » formulare e impartire gli insegnamenti di diritto romano pubblico e privato, cioè del modo in cui, in una facoltà di diritto, è più opportuno svolgere le lezioni e scrivere i manuali di storia del diritto romano e di diritto privato romano.

6. — A questo proposito occorre, secondo il mio avviso, essere inequivoci e, se necessario, anche un po' brutali: non solo con i nostri « avversarii », cioè con coloro che vogliono eliminare le discipline romanistiche dai piani universitari di studio del diritto, ma anche, e non meno, con noi stessi o con alcuni fra noi. Se veramente vogliamo sottrarre le nostre materie al destino, che incombe, di un loro progressivo e totale allontanamento dalle facoltà di giurisprudenza, da un lato dobbiamo sforzarci in ogni momento di dimostrare che esse possono essere e sono utilissime come materiali per la costruzione della così detta teoria generale del diritto<sup>58</sup>, dall'altro dobbiamo industriarci ad impartire quelle materie, a voce e per iscritto, con un linguaggio e in un impianto sistematico, che si avvicinino quanto più possibile al linguaggio ed all'impianto sistematico adottati nell'insegnamento delle discipline relative al diritto contemporaneo. Io torno a sostenere e sostengo, in altri termini, l'alta opportunità, limitatamente (sia chiaro) alla esposizione didattica, di una « Aktualisierung der romanistischen Vorlesung »<sup>59</sup>.

Tesi banale? Sì, tesi banale, completamente priva di distinzione e di estri. Tesi che sembrerà assolutamente ovvia a molti docenti, che giornalmente già la mettono in atto<sup>60</sup>, mentre solleverà, per converso, la prevista reazione scorata di chi rappresenta, o crede di rappresentare, una romanistica « più matura » ed evoluta: la romanistica, per intenderci, di coloro che, ad esempio, contestano con parole addirittura di sdegno la tradizionale adozione della categoria non romana del « negozio giuridico » al fine di una più efficace rappresentazione della materia del

<sup>58</sup> V. GUARINO (nt. 12). Tengo a precisare che la costruzione della teoria generale del diritto non spetta al romanista (anche se non è male che egli si sperimenti in questa operazione: v. *retro* nt. 36). Al romanista spetta solo di apprestare i materiali che il cultore di teoria generale del diritto ha interesse ad utilizzare.

<sup>59</sup> V. *retro* nt. 19.

<sup>60</sup> Per fortuna, infatti, i docenti che, in Italia e fuori, sono tuttora ancorati a questo metodo sono molti. *Amplius*, sul punto, S. SCHIPANI, *Sull'insegnamento delle istituzioni*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (1981) 139 ss.

diritto privato romano<sup>61</sup>. Comunque sia, i tempi che corrono vogliono che siano messe senza esitazioni le carte in tavola. E le mie carte, colaudate da un lunghissimo insegnamento tanto della « storia » quanto delle « istituzioni » del diritto romano<sup>62</sup>, sono proprio quelle che ho dette.

In ordine all'insegnamento della storia del diritto romano ed alla connessa manualistica, è evidente che non sia consigliabile una esposizione sincronica degli argomenti<sup>63</sup>. Le esposizioni correnti (tutte, a mia conoscenza, diacroniche) vanno, dunque, approvate. Con una sola avvertenza: che non si rifugga, se ed in quanto possibile, dalla cauta adozione di concetti non romani, a cominciare da quello di « stato »<sup>64</sup>, se questi possono agevolare la comprensione della materia da parte dei lettori ed il confronto di essa (sia per analogia sia per antitesi) con le materie delle discipline di diritto moderno.

Più complesso è il discorso relativo all'insegnamento del *ius privatum* ed alla manualistica connessa<sup>65</sup>. L'esposizione deve essere diacronica, per « periodi » che si succedono l'uno all'altro, o deve essere piuttosto sincronica, cioè per « istituti » esaminati l'uno accanto all'altro, ciascuno nel suo proprio svolgimento storico? Sebbene l'esposizione diacronica avvicini molto più il suo oggetto alla storia e si valga di autorevolissimi

<sup>61</sup> Mi riferisco alle accalorate considerazioni di A. SCHIAVONE, *Negoziio giuridico (dir. romano)*, in *ED.* 27 (1977) 906 ss.: considerazioni che trascendono in apprezzamenti infondati, e comunque ingenerosi, nei riguardi di una romanistica, che, a mio parere, non ha nessuna ragione di arrossire nei confronti di Bloch, di Febvre, di Chabod e di altri eminenti di cui mi sfugge il nome.

<sup>62</sup> Mi si consenta di ricordare (poiché è l'unica cosa della mia vita di cui possa in qualche modo vantarmi) che dal mio rigido, rigidissimo insegnamento (ancorato, fra l'altro, alle fisime dello stato e del negozio giuridico) non sono sottiti solo dignitosi magistrati, avvocati, notai e funzionari, ma sono usciti (dirà qualcuno: sono usciti indenni) anche valorosi, e liberamente pensanti, studiosi di diritto romano.

<sup>63</sup> È sotto gli occhi di tutti la opacità del tentativo di ricostruzione sincronica del diritto pubblico romano operato da T. MOMMSEN, sulle tracce dello *Staatsrecht*, nel suo *Abriss des römischen Staatsrechts*<sup>2</sup> (1907).

<sup>64</sup> V. E. MEYER, *Römischer Staat und Staatsgedanke*<sup>3</sup> (1964): ricostruzione notoriamente attendibilissima, la quale peraltro non si fa scrupolo di ricorrere utilmente al concetto di « stato », cioè ad un concetto che è per il diritto pubblico di Roma quello che il negozio giuridico è per il diritto privato romano.

<sup>65</sup> Lasciano perplessi quei manuali di diritto privato romano (e non son pochi), che escludono la trattazione del processo o la riducono ad una sorta di breve appendice. A parte che il *ius privatum* è comprensivo del processo privato (v. *retro* nt. 46), sta di fatto che gli istituti del diritto privato romano ci vengono spesso presentati dalle fonti con linguaggio processualistico.

esponenti<sup>66</sup>, io penso che, tutto sommato, l'esposizione sincronica sia di gran lunga preferibile in sede didattica: confonde di meno lo studente ed accosta maggiormente la disciplina romanistica (batto sempre sul chiodo) a quelle di diritto moderno<sup>67</sup>. Quanto all'impianto sistematico, non starò, in questa sede, a difendere quello specificamente adottato da me<sup>68</sup>, ma ho il convincimento che, con o senza rinvii espressi e frequenti al diritto privato moderno<sup>69</sup>, esso possa utilmente ricalcare l'impianto tradizionale (per intenderci, quello che fa capo al manuale di Istituzioni di Pietro Bonfante)<sup>70</sup>, anche perché questo coincide, nelle grandi linee, con l'impianto sistematico delle trattazioni elementari di diritto privato contemporaneo.

7. — Con il che le mie poche e povere parole a ricordo della «Krise» di Paul Koschaker, ed a denuncia della crisi che più che mai oggi ci sovrasta, sono giunte al loro termine. Le giudichi come vuole il lettore, ma, prima di condannarle come allarmistiche e di rifiutarle nel segno di alti ragionamenti epistemologici, legga (o rilegga) egli, lo prego, una pagina del mio caro Manzoni<sup>71</sup>.

Si conclude, in quella pagina, un lungo e famoso racconto relativo all'epidemia di peste, che imperversò a Milano e nel Milanese nell'anno 1630, e vi si discorre di un dottissimo personaggio, don Ferrante, il quale « al primo parlare che si fece di peste, . . . fu uno dei più risoluti

<sup>66</sup> L'esempio più autorevole è quello di M. KASER, *Das römische Privatrecht I*<sup>2</sup> (1971), 2<sup>2</sup> (1975), che ricalca una impostazione del PADELLETTI, *Storia del diritto romano* (1878, rist. 1983). Ma l'opera del Kaser è un trattato, non destinato all'insegnamento.

<sup>67</sup> Per l'insegnamento il KASER (nt. 66) ha adottato prudentemente il metodo sincronico: v., di lui, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch*<sup>14</sup> (1986). Infatti può essere fuorviante (e motivo di confusione) per lo studente vedersi riapparire, in tempi e sviluppi diversi, quelli che sono in sostanza gli stessi istituti.

<sup>68</sup> V., in proposito, GUARINO (nt. 46).

<sup>69</sup> Personalmente, avevo adottato il sistema di chiudere ogni capitolo del mio *Dir. priv. rom.* con brevi ragguagli di diritto vigente nella quarta edizione (1971). Nelle edizioni successive ho poi eliminato quei ragguagli scritti perché erano troppo vincolanti al diritto vigente in Italia. Ho preferito, infatti, essere più libero nei riferimenti agli istituti dei diritti moderni.

<sup>70</sup> Questo prezioso manuale, oggi troppo diffusamente dimenticato, è recentemente tornato alla luce in una ristampa della decima edizione (1931) pubblicata nel 1987 da G. Bonfante e G. Crifò. Illuminante la nota introduttiva del Crifò a p. XXI ss.

<sup>71</sup> A. MANZONI, *I promessi sposi* (1840) c. 37 i. f.

a negarla, e... sostenne costantemente fino all'ultimo quell'opinione: non già con ischiamazzi, come il popolo; ma con ragionamenti, ai quali nessuno potrà dire almeno che mancasse la concatenazione». *In rerum natura*, rilevò infatti don Ferrante, non vi sono che due generi di cose: sostanze e accidenti; ma la peste, egli passò a dimostrare con minuzia, sostanza non è, e nemmeno accidente.

« *His fretus*, vale a dire su questi bei fondamenti, non prese nessuna precauzione contro la peste; gli s'attaccò; andò a letto, a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosela con le stelle ».

#### POSTILLA PRIMA: LA PARENTESI NAZIFASCISTA.

1. Una storia minuziosa e cruda dei rapporti tra nazionalsocialismo e storia dell'antichità, con particolare riguardo all'antichità greca e romana, costituisce l'oggetto di un accuratissimo libro di Volker Losemann, uno studioso che, per sua fortuna, è nato solo nel 1942 e perciò gli anni del regime nazionalsocialista li ha sofferti nella sua analisi di storiografo, ma non li ha vissuti, come altri, di persona (L. V., *Nationalsozialismus und Antike, Studien zur Entwicklung des Fachs Alte Geschichte 1933-1945* [Hamburg, Hoffmann u. Campe, 1977] p. 283).

Gli orientamenti in concorso, a quanto apprendiamo, erano almeno tre (uno facente capo ad Hitler, uno a Rosenberg ed uno ad Himmler) e si tradussero, specie gli ultimi due, in « scuole », di cui fecero parte nomi altisonanti della ricerca storiografica. L'a. questi nomi li fa uno per uno, documentando sino all'estremo come in un capo di accusa, e non manca di fare anche i nomi degli storici, ivi compresi i giusromanisti, che per ragioni ideologiche o razziali furono costretti ad abbandonare l'insegnamento e spesso ad andare in esilio.

Una lettura non lieta, tutt'altro. Ma benefica allo spirito come una medicina.

2. Le prove date dagli « intellettuali » germanici, e in particolare dagli accademici, nel periodo di tempo che va dallo scoppio della prima guerra mondiale all'istaurazione della repubblica di Weimar non sono tutte tra le più luminose ed ammirevoli, almeno dal punto di vista della dignità del pensiero. Patriottismo sta bene, ma sciovinismo e retorica patriottarda assai meno. E come qualche tempo fa mi mosse a imbarazzo,

\* In *Labeo* 24 (1978) 115, 25 (1979) 350, 16 (1970) 255, 36 (1990) 310, 37 (1991) 276.