

Paola Lambrini

Fondamenti del diritto europeo

Manuale istituzionale



Giappichelli

PREMESSA

Questo manuale è concepito per i corsi di Fondamenti del diritto europeo delle lauree triennali in scienze dei servizi giuridici; vi vengono esposte le basi del diritto privato romano, insieme ad alcuni approfondimenti che permettono allo studente di vedere in prospettiva i problemi e di capire le strutture del diritto vigente. Una trattazione particolare, con una prospettiva storica che arriva fino ai nostri giorni, è riservata ad alcuni istituti centrali nella storia del diritto privato occidentale, come la buona fede, la fiducia, i sistemi di trasferimento della proprietà, la struttura dell'obbligazione, i contratti e la responsabilità civile.

Ringrazio i dottori Marco Falcon, Mattia Milani e Charlotte Chevalier per il prezioso apporto nella revisione del lavoro.

CAPITOLO I

**DIRITTO ROMANO,
TRADIZIONE ROMANISTICA,
FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO**

SOMMARIO: 1. Il diritto è storia. – 2. Il diritto romano. – 3. La tradizione romanistica. – 4. Le codificazioni. – 5. Cosa resta del diritto romano. – 6. I tentativi di unificazione del diritto europeo. – 7. Una nuova scienza giuridica comune. – 8. Fondamenti del diritto europeo.

1. Il diritto è storia

In quanto fenomeno sociale, il diritto è legato a precise coordinate spaziali e temporali, non esiste un diritto ideale, sempre uguale a se stesso nel tempo e nello spazio. La consapevolezza della storicità del diritto in tutte le epoche e in tutte le forme di civiltà è fondamentale per l'apprendimento delle materie giuridiche.

Lo studio di esperienze giuridiche diverse fornisce l'opportunità di ampliare gli orizzonti; lo studio storico del diritto permette di constatare la relatività del fenomeno giuridico contro l'apparente immutabilità dei sistemi giuridici, in particolare di quelli fondati sulla disciplina di un codice, e aiuta a superare il pensiero che identifica il sistema giuridico con i codici, la norma con la legge e che riduce l'attività dei giuristi a un'operazione meramente materiale, ossia di pura applicazione.

Le norme giuridiche, come qualunque altro prodotto della civiltà umana, possono essere comprese completamente solo in rapporto con la cultura che le ha generate; solo conoscendo genesi e svolgimento dei fenomeni sociali, questi possono essere pienamente intesi, apprezzati e valutati e si può allora lavorare con essi in modo adeguato, con la libertà, l'elasticità e la fantasia necessarie a trovare nuove soluzioni.

2. Il diritto romano

Tra le varie esperienze storiche del passato, il diritto romano è, per vari motivi, presupposto culturale indispensabile per il giurista moderno: le basi del diritto privato (e non solo ¹) odierno si trovano in quello dell'antica Roma; come i Greci hanno inventato la geometria, i Romani hanno creato la scienza giuridica, hanno messo a punto l'alfabeto del diritto, il quale non è cambiato nei secoli ed è ancora oggi comune a tutta l'Europa continentale e all'America Latina. I giuristi romani hanno creato una dogmatica (cioè concetti e metodo) giuridica e una terminologia tecnica che costituiscono ancora oggi patrimonio della scienza giuridica europea, come il bambino che è in ogni adulto.

Il diritto romano ha dominato due epoche nella storia della cultura giuridica occidentale.

Innanzitutto, quella dell'età antica: il diritto romano è vissuto per un lunghissimo periodo, più di 1300 anni, durante i quali, malgrado si siano verificate enormi trasformazioni, sociali e giuridiche, si può individuare una continuità. Già per il tempo eccezionalmente lungo della sua vigenza, per la ricca documentazione conservata e per la sua perfezione tecnica, l'esperienza giuridica romana è unica tra tutte quelle del passato.

Il suo studio si giustifica, tuttavia, anche perché le radici della cultura giuridica europea affondano nel diritto di Roma; dietro ogni formula del codice vi è tutto un mondo semantico che riporta alla tradizione romanistica.

Infatti, la scienza giuridica nell'Europa continentale si è sviluppata sulla base del diritto romano, il quale ha avuto una seconda vita a partire dall'anno Mille; da questa rinascita del diritto romano si è sviluppata la tradizione romanistica, tuttora a fondamento della cultura giuridica europea e di molti paesi extraeuropei.

Vediamo come questo sia potuto accadere.

Nel 476, con l'invasione degli Ostrogoti, cade l'impero romano d'Occidente e si sviluppano i diritti barbarici; l'impero d'Oriente, invece, sopravvive fino al 1453, ma il diritto romano vero e proprio si fa convenzionalmente finire con la morte dell'imperatore Giustiniano nel 565.

¹ È ormai superata, infatti, l'idea secondo la quale i giuristi romani sarebbero stati dei giganti nel campo del diritto privato, ma dei pigmei in quello penale (così si esprimeva nell'Ottocento Theodor Mommsen) e si ritiene invece che la gran parte degli istituti costitutivi della parte generale dell'attuale diritto penale fosse già presente, almeno *in nuce*, nel pensiero dei giuristi romani, i quali ne avevano approfondito la struttura dogmatica e i problemi applicativi.

Si sceglie come momento finale del diritto romano la morte di Giustiniano, perché questo imperatore ha svolto un ruolo essenziale: egli voleva riportare l'impero romano ai suoi antichi fasti per mezzo degli elementi in cui i Romani avevano eccelso, cioè *iura et arma*. Per questo motivo Giustiniano aveva fatto realizzare un'opera che sarà basilare per la conoscenza attuale del diritto romano e per la sua seconda vita: il *Corpus iuris civilis*, cioè una raccolta di tutto il materiale normativo delle epoche precedenti, costituito non solo da leggi (contenute nel *Codex*²), ma anche da opinioni dei giuristi (raccolte nel *Digestum*³). Quest'opera costituisce al contempo il punto di arrivo e il punto di partenza di una plurisecolare evoluzione giuridica.

Giustiniano aveva altresì riconquistato l'Italia, nel 554, dopo vent'anni di guerra contro gli Ostrogoti; il dominio sull'Italia venne conservato per poco tempo, eccetto che su piccole zone, tra cui possiamo ricordare Ravenna (per il resto subentrarono presto, nel 568, i Longobardi); fu sufficiente, però, perché il *Corpus iuris civilis* venisse introdotto in Italia e vi divenisse diritto vigente, che continuò a essere utilizzato dalle popolazioni di origine romana.

3. La tradizione romanistica

Con la generale rinascita economica e culturale che si ebbe a partire dal Mille anche il diritto romano, che nel frattempo era caduto abbastanza in oblio, diventa oggetto di nuovi e approfonditi studi.

Nella Francia e nell'Italia settentrionale cominciano a sorgere le prime Università (Bologna 1088; Parigi 1170, Padova 1222), centri di studio dedicati proprio alla lettura dei testi giustiniani, in particolare del Digesto.

Le prime università europee nascono proprio dall'esigenza di studiare il diritto romano allo scopo di applicarlo nella pratica; infatti, sul presupposto

² Pubblicato nel 529, è composto di 12 libri divisi in titoli con una rubrica che indica la materia trattata; all'interno di ciascun titolo sono contenute le costituzioni imperiali relative a quella materia.

³ Il Digesto è un'antologia di brani presi da libri scritti da giuristi dell'epoca classica (23 a.C.-235 d.C.). Viene pubblicato nel 529, è composto di 50 libri, divisi in titoli con una rubrica che indica la materia trattata; all'interno di ciascun titolo sono contenuti brani di giuristi, dei quali si ricorda il nome e l'opera da cui è tratto il frammento. I giuristi romani dell'epoca classica erano privati cittadini, senza legami ufficiali con l'amministrazione statale, che conoscevano bene il diritto e davano pareri a chi li richiedeva, scrivevano libri elaborando un sistema organico e, quando erano particolarmente autorevoli, creavano nuove norme.

politico del Sacro Romano Impero, si diffonde l'idea che il diritto romano fosse applicabile come diritto generale, *ius commune*, per tutti i casi (ed erano molti) in cui il diritto proprio del luogo non prevedesse regole specifiche. Non esisteva, infatti, nessun'altra tradizione giuridica così complessa e raffinata che potesse prestarsi a funzionare da substrato unificante di tutti gli ordinamenti e statuti particolari nei quali era frazionato l'impero romano germanico.

Il sistema del diritto comune – elaborato nel corso del Trecento dalle scuole dei commentatori⁴, ma costituente ancora modello corrente nell'Europa del XVIII secolo – era basato sull'idea che i libri della compilazione di Giustiniano e i testi normativi del diritto canonico (che incidevano sul diritto privato solo per certi settori del diritto di famiglia) rappresentassero le norme applicabili come diritto generale, laddove altre fonti (consuetudini e statuti) non contenessero norme applicabili al caso concreto.

Si sviluppò un fenomeno senza frontiere, gli studenti venivano da tutta Europa a studiare nelle principali Università e portavano nei propri paesi ciò che avevano imparato, creando così una cultura giuridica omogenea. La cosa più importante, infatti, era che tutti questi giuristi condividessero la stessa terminologia, lo stesso metodo, la stessa dogmatica, perché tutti studiavano il diritto romano e ragionavano secondo i suoi schemi. Potremmo, quindi, dire che una cultura fondata sul sapere giuridico romano funzionò da 'diritto comune' condiviso da tutti i popoli dell'Occidente cristiano.

In questo modo, il diritto romano fu capace di sopravvivere anche alla società che lo aveva creato e ha dato luogo a quel fenomeno, di eccezionale rilevanza per l'identità culturale dei popoli europei, che va sotto il nome di tradizione romanistica.

Solo l'Inghilterra, e i paesi da quella colonizzati, restarono refrattari all'applicazione del diritto romano, da cui trassero però una notevole influenza culturale⁵; con riferimento a questa diversa tradizione giuridica si parla di paesi di *common law* contrapposti a quelli di tradizione romanistica o *civil law*.

⁴ In particolare da Cino da Pistoia e dal suo discepolo Bartolo da Sassoferrato.

⁵ Infatti, prestando attenzione alle effettive modalità di esplicazione del diritto romano di epoca classica e della *common law*, tra i due si riscontrano affinità molto più strette che tra il primo e la *civil law*: si pensi soltanto al procedere per casi e all'importanza attribuita alla soluzione degli stessi, tipico di entrambi i sistemi, romano classico e anglosassone; ma si consideri anche la nota contrapposizione tra *common law* in senso stretto ed *equity* che rispecchia da vicino quella romana tra *ius civile* e *ius honorarium*.

4. Le codificazioni

Nel corso del 1700 si sviluppa nell'Europa continentale il movimento per la codificazione, diretto a soddisfare l'esigenza di semplificazione e sintesi di un materiale che, colle interpretazioni stratificatesi nel corso di molti secoli, era diventato ormai vastissimo e difficilmente dominabile.

All'epoca imperava il particolarismo giuridico, mancava cioè unitarietà e coerenza nell'insieme delle regole vigenti, che si differenziavano a seconda delle località, dei gruppi di persone (come i nobili, il clero, i mercanti, gli ebrei) e dei tipi di beni o di rapporti.

Il processo di codificazione fu stimolato dalle idee illuministiche, secondo le quali la legge doveva essere considerata quale unica fonte del diritto e i giudici potevano solo applicarla, senza alcuna facoltà di creare nuovo diritto.

Storicamente esso coincise col rafforzamento, nel continente europeo, degli Stati nazionali, che miravano ad accentrare i pubblici poteri e consideravano loro prerogativa il monopolio della produzione delle fonti normative.

In Inghilterra, invece, in seguito alla sconfitta storica della monarchia assoluta, l'equilibrio costituzionale concesse grande peso agli organi giudiziari e rese possibile la consolidazione e cristallizzazione dei precedenti giudiziari, principale fonte normativa negli ordinamenti di *common law*, nei quali è rigettata la stessa idea alla base del codice, cioè che esistano regole generali e astratte valevoli per tutti i casi.

A partire dalla seconda metà del secolo XVIII, si susseguirono, dunque, numerosi tentativi di codificazione, realizzati direttamente dai sovrani europei. Accenniamo qui ai principali, tenendo presente che prendiamo in considerazione solo quelli di diritto privato.

Anche se è stato promulgato prima il codice civile francese, detto codice Napoleone, entrato in vigore nel 1804, bisogna riconoscere priorità storica al codice civile austriaco, ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), emanato nel 1811, ma frutto di un lavoro specifico iniziato quasi un secolo prima, che aveva dato luogo a vari progetti preliminari e provvisori; l'idea del codice francese, invece, nasce soltanto nel 1791 e si realizza con un rapido lavoro affidato a personaggi appartenenti al ceto forense.

Il codice francese fu il più imitato dai paesi che nel corso dell'Ottocento si diedero dei codici, sia perché Napoleone lo aveva esportato con le sue

campagne militari⁶, sia perché era redatto in una lingua più largamente nota e con uno stile semplice e chiaro. Fu recepito in Belgio e Lussemburgo; i Paesi Bassi, la Spagna, e il Portogallo, nonché alcuni cantoni svizzeri, codificarono sul suo modello; esso raggiunse anche la Polonia e la Romania. Influenzò molto anche i codici italiani preunitari (delle due Sicilie; di Parma, Piacenza e Guastalla; di Modena; del regno di Sardegna) e naturalmente il primo codice civile italiano unitario del 1865.

Il percorso seguito dalla Germania per arrivare alla codificazione fu molto più lungo e tortuoso; in proposito si parla di codificazione di seconda generazione, non più basata sui principi giusnaturalistici e illuministici.

Nell'Ottocento il panorama giuridico tedesco era dominato dalla Pandettistica, un movimento di studio, sviluppatosi nell'ambito della scuola storica tedesca, che voleva creare una teoria generale della parte del diritto privato, teoria generale fondata principalmente sul diritto romano.

La scuola del diritto naturale, facendo leva sul razionalismo, creava un sistema a priori, partiva da alcuni assiomi o postulati dai quali discendeva alle rigorose conseguenze. Le norme così dedotte si identificavano poi, quasi sempre, con quelle di origine romanistica: queste avevano talmente permeato le mentalità giuridiche continentali, che finivano per influenzare decisamente le codificazioni del tempo e per essere richiamate negli studi successivi, anche da chi avrebbe voluto prescindere da esse.

La scuola storica tedesca si era accorta di ciò e aveva continuato a studiare il diritto romano allo scopo di ricavarne i principi informativi e di sistamarli in ordine logico: vi è un intenso sforzo di astrazione e di costruzione sistematica; il metodo seguito è opposto rispetto a quello dei giusnaturalisti, in quanto si cerca di indurre i principi generali dalle singole norme particolari, e non viceversa le norme dai principi.

Questa intensa riflessione ha preparato l'unificazione del diritto privato tedesco e ha portato all'emanazione del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*; 1896-1900); il tessuto connettivo del codice tedesco è, dunque, costituito dal diritto romano, rielaborato e opportunamente sistematizzato.

Caratteristiche del BGB sono la notevole compattezza sistematica e la precisione concettuale, derivate dalla raffinata scienza giuridica tedesca. L'aspetto negativo è costituito dal fatto che si tratta di un codice di difficile lettura per chi non sia un pratico del diritto: il linguaggio e la struttura presentano notevoli oscurità, a volte anche per alcuni giuristi.

⁶ Fu in vigore nel Regno d'Italia (nella triplice versione italiana, latina e francese) dal 1806 al 1815.

Tra i codici della seconda generazione merita ricordare pure quello svizzero, in quanto dotato di una certa originalità⁷: anch'esso è di chiara impronta pandettistica, ma è scritto con un linguaggio chiaro e popolare, facilmente comprensibile da qualunque cittadino. Si caratterizza inoltre per la brevità (1600 articoli in tutto, con a lato una breve sintesi): gli istituti giuridici sono tracciati nelle loro linee essenziali ed è lasciato alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di precisare la disciplina in considerazione del caso concreto.

Anche l'attuale codice civile italiano, entrato in vigore nel 1942, ha tratti di novità, seppur sia una sorta di fusione tra il sistema francese e quello tedesco.

Infine, bisogna ricordare il nuovo codice olandese del 1992 che costituisce sicuramente un'opera originale rispetto a tutti i precedenti codici.

A partire dalle codificazioni ottocentesche il centro di produzione del diritto è passato dalla scienza giuridica al potere statale; la *regula iuris*, che prima era indicata dai giuristi e omologata dai tribunali, ha cominciato a essere dettata dalla volontà politica del legislatore, mentre la dottrina è stata degradata a semplice opinione e la sentenza del giudice a mera 'bocca della legge'.

Si è attuato un processo di tecnicizzazione e depoliticizzazione delle attività giuridiche professionali, e quindi anche di deresponsabilizzazione del ceto degli uomini di legge, i quali adempiono alla loro funzione interpretando un oggetto precostituito ed esterno: il codice.

5. Cosa resta del diritto romano

Con l'emanazione dei codici cessa ogni vigenza attuale del diritto romano⁸, ma si conserva la tradizione romanistica, perché l'opera di codificazione, pur se diversamente attuata secondo le specificità nazionali, trae comunque origine da un'identica matrice. Perciò, gli ordinamenti europei hanno tuttora in comune dei concetti di fondo, soprattutto nell'ambito del diritto privato, che sono quelli proposti dai giuristi romani e rielaborati in età medievale e moderna.

⁷ In realtà si tratta di due codici: un codice delle obbligazioni, entrato in vigore nel 1883, ma riformato radicalmente nel 1937 e un codice civile, entrato in vigore nel 1912.

⁸ Andorra e San Marino sono ancora regolati dalle norme di diritto romano; anche in Scozia e in Sudafrica si applicano alcune parti del diritto romano.

Questa matrice comune si rinviene pure fuori dell'Europa, in quanto col colonialismo è stata esportata anche la cultura giuridica europea: per fare solo gli esempi più eclatanti si pensi che il codice civile giapponese è ricalcato in parte su quello francese, in parte su quello tedesco e che i codici dell'America latina riprendono quelli della penisola iberica. Nel Sudamerica negli ultimi tempi si sta rafforzando la formazione romanistica per non perdere la propria identità culturale e far così fronte alle regole di *common law*, sempre più spesso imposte nelle transazioni commerciali.

La Cina, da quando ha cominciato a diventare una potenza economica, ha sentito sempre più urgente il bisogno di dotarsi di un diritto più moderno e adeguato a gestire i traffici commerciali; non volendo, per motivi politici, seguire il modello della *common law* anglo-americana, ha preso contatto con i maggiori centri di studio romanistici europei, e soprattutto italiani, per modellare la sua futura codificazione anche sui principi romani; a questo scopo è stata realizzata una traduzione del *Corpus iuris civilis* in cinese e in varie università cinesi si è cominciato a insegnare il diritto romano. Il 1° gennaio 2021 è entrato in vigore il primo codice della Repubblica Popolare Cinese che ha un chiaro impianto di tradizione romanistica.

6. I tentativi di unificazione del diritto europeo

Nella prospettiva di un nuovo diritto comune dell'Unione Europea e in quella della ricerca storico-comparatistica si assiste a un rinnovato interesse per il diritto romano e la tradizione romanistica.

Ormai da decenni si parla di un'unificazione non solo del mercato e della moneta europei, ma anche del diritto europeo, in particolare per quello privato, un'unificazione che vada oltre la prospettiva di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali su singoli e specifici argomenti attraverso lo strumento della direttiva europea.

In quest'ottica, da molti anni vari gruppi di giuristi europei stanno lavorando per cercare di costruire *ex novo* un diritto europeo comune.

Secondo alcuni, si potrebbe creare un codice europeo, sull'esempio dell'esperienza ottocentesca delle codificazioni nazionali, selezionando i disparati materiali nazionali e armonizzandoli. In questa direzione possiamo ricordare il *Code Européen des Contrats*, realizzato dall'Accademia dei Giusprivatisti europei di Pavia prendendo a base il IV libro del nostro codice civile. Parallelamente si sono svolte le attività della *Commission of European*

Contract Law, detta Commissione Lando, dal nome del suo presidente, che hanno portato alla redazione dei *Principi di diritto europeo dei contratti e delle obbligazioni* (PECL), di cui è stata pubblicata la prima parte nel 1995, la seconda e la terza nel 2001⁹.

Anche l'UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*), sorto alla fine degli anni 20, lavora ormai da tempo per l'unificazione dei principi in materia di contratti commerciali internazionali, quindi con un ambito più ampio per quanto riguarda i destinatari, che sono potenzialmente tutti gli Stati del mondo, ma più ristretto per l'oggetto. Anche il risultato finale auspicato è diverso, perché i lavori sono finalizzati all'adozione di un diritto uniforme, riversato cioè in trattati internazionali, recepiti poi dai singoli Stati; in ogni caso, a tali principi, che sono stati pubblicati per la prima volta nel 1994, le parti possono fare rinvio nei loro accordi, chiedendone l'applicazione in caso di controversia.

A partire dal 2001 la stessa Commissione Europea ha cominciato a occuparsi della questione, proponendo l'elaborazione di clausole *standard* e un quadro comune di riferimento, nel quale tutti i giuristi europei possano trovare la definizione di alcuni concetti fondamentali, come quello di contratto o di danno. A questo scopo è stata creata una commissione di giuristi europei, presieduta da Christian von Bar, la quale ha redatto il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), pubblicato nel 2007: si tratta di una sorta di *corpus* del diritto civile europeo, un insieme coordinato di regole relative alla materia dei contratti¹⁰, della proprietà e della responsabilità civile, che intende fornire una struttura e delle direttive per lo sviluppo di un futuro diritto privato europeo.

Le regole contenute nel DCFR non sono limitate alla materia delle obbligazioni e dei contratti in generale, concernono anche la disciplina di alcuni contratti tipici, la materia della responsabilità extracontrattuale e dell'ingiustificato arricchimento; altri libri seguiranno in materia di proprietà, garanzie e trust.

⁹ Sul tema cfr. in particolare *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, a cura di G. Luchetti-A. Petrucci, Bologna, 2006.

¹⁰ Sul tema cfr. in particolare *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, a cura di G. Luchetti-A. Petrucci, Bologna, 2010.

7. Una nuova scienza giuridica comune

Qualora si riuscisse a creare un codice comune, è facile prevedere che la sua applicazione ai vari territori europei, i cui tribunali fino a quel momento avranno continuato a praticare le proprie norme interne, darebbe luogo a tante diverse letture delle nuove regole, in modo tale che l'opera rischierebbe di essere sostanzialmente inutile. La mancanza di una giurisprudenza uniforme, infatti, porterebbe a molte interpretazioni divergenti, che in breve tempo ricondurrebbero alla divisione giuridica.

Perciò, molti studiosi ritengono che un'importante operazione preliminare sia quella di creare una base culturale e scientifica comune sulla quale edificare un diritto unitario; che sia essenziale ricreare una scienza giuridica comune, transnazionale. I processi di integrazione giuridica necessitano di tempi di maturazione spontanea e una parte determinante di quei processi è condotta dall'attività della dottrina e della giurisprudenza.

L'antico diritto comune superava qualunque barriera nazionalistica perché era monopolio dei giuristi e non un prodotto del potere politico; le regole che si desumevano dal Digesto non derivavano dall'autorità di un qualche sovrano, ma si imponevano *vi rationis*, con la forza della ragione. All'epoca era unitaria la scienza del diritto, comuni non erano le norme, ma i libri di studio, che contenevano non solo regole e istituzioni, ma anche soluzioni casistiche, analisi dommatiche e valutazioni equitative.

Il sistema del diritto comune non assicurava un'unità del diritto positivo, ma garantiva l'unità della scienza giuridica, la quale si formava sul Digesto, con la sua lingua, i suoi termini e i suoi schemi: i giuristi dell'epoca avevano tutti la stessa formazione, parlavano la stessa lingua e studiavano gli stessi testi. Perfino i giuristi inglesi si formavano studiando, presso gli Inns of Court, il diritto romano e il canonico, ma non il diritto vigente in Inghilterra, almeno fino al 1758 quando venne creata ad Oxford la cattedra di diritto inglese per William Blackstone¹¹.

Abrogando le fonti romane, si eliminò la base comune e la nuova scienza giuridica cominciò a basarsi sui singoli codici nazionali. Neppure le attuali scienze del diritto sono, però, così diverse le une dalle altre: sarebbe opportuno cominciare ad averne consapevolezza e a formare un giurista che

¹¹ Ancora oggi il diritto romano viene insegnato nelle principali Università anglosassoni; ad esempio presso la School of law di Cambridge la materia è tra quelle obbligatorie del primo anno.

non senta estraneo alla propria cultura nessun diritto europeo; a questo scopo, bisognerebbe superare il pensiero che porta a identificare il sistema giuridico con i codici. L'idea che la legge sia completa e autoritaria impedisce, infatti, di confrontare il proprio con gli altrui sistemi, sincronicamente (diritto comparato), ma anche diacronicamente (prospettiva storica).

8. Fondamenti del diritto europeo

In quest'ottica si studiano i fondamenti del diritto europeo, cioè le basi della tradizione giuridica comune ai principali ordinamenti del mondo occidentale, le fondamenta su cui poggia il diritto europeo. Circa una ventina di anni fa è stata introdotta una materia di insegnamento universitario con questo nome, proprio allo scopo di coordinare la cultura giuridica europea, in prospettiva della creazione di una visione transnazionale del diritto.

Il processo di unificazione giuridica europea richiede anche una conoscenza approfondita degli sviluppi passati e presenti della cultura giuridica. Lo studio dei fondamenti del diritto europeo punta a creare una consapevolezza del carattere unitario dell'esperienza giuridica occidentale e della natura, per così dire, accidentale della separazione nazionale degli ordinamenti e della relativa scienza; lo studio delle antiche fonti giuridiche fornisce la base per la comunicazione tra i popoli europei, rappresenta il ponte per uno scambio delle idee tra le nazioni¹².

La conoscenza dei legami col passato, che ogni fatto sociale ha fortissimi, è indispensabile per una buona comprensione del presente e aiuta i giuristi a dominare il sistema col quale lavorano, anziché esserne dominati; ciò vale a maggior ragione quando si tratti di padroneggiare più sistemi giuridici.

Questa materia dovrebbe anche aiutare a comprendere le ragioni che hanno portato, tramite l'evoluzione storica, da una regola a un'altra e a regole diverse nei vari Stati nazionali. A volte può trattarsi di conoscere il passato per liberarsene; più spesso può aiutare ad avere una marcia in più nell'interpretazione del sistema giuridico.

¹² V. R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto privato europeo e le sue basi storiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 705 s.; C. A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2008, 3.

In questo momento storico, che è di profondo cambiamento anche per il mondo del diritto, lo studio storico è ancora più importante perché fornisce preziosi strumenti al giurista, mostrandogli come vi possa ben essere un diritto con dimensione transnazionale, dominato da una pluralità di ordinamenti, casistico, aperto, controverso, creato dai giuristi. Perciò, questo insegnamento ha anche la finalità di contribuire a creare una mentalità più flessibile nell'interprete, una *forma mentis* disponibile ad accettare e comprendere lo *ius controversum*, il valore dell'*aequitas*; formare un professionista che sappia non cadere nel rischio di conferire al diritto connotati esclusivamente formalistici, suscettibili di sfociare in risultati meccanici, spesso ottusi e ingiusti.

In definitiva, si tratta di uno studio che allarga le prospettive e fa capire che persino nel mondo del diritto si può, in qualche misura, dare spazio alla fantasia e alla creatività: l'interprete ha nelle proprie mani la possibilità di modificare e far evolvere il diritto, purché sappia da dove viene.