

Luigi Garofalo, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Giappichelli Editore, Torino 2015, pp. 247, ISBN 9788892101401.

L'esperienza giuridica romana ha consegnato alla storia un'eredità importante, fatta di istituti, principi, concetti considerati fondamentali per la formazione del giurista moderno. Si deve ai giuristi romani la elaborazione del diritto come scienza: essi furono i primi ad applicare un metodo scientifico allo studio del diritto attraverso l'adozione di procedimenti logici dimostrabili. I tredici secoli di storia ininterrotta in cui si articola e sviluppa l'esperienza romana costituiscono uno scenario di importanza cruciale per comprendere le evoluzioni del diritto in connessione ai mutamenti politici, sociali, economici e religiosi. La centralità del diritto romano e l'influenza che esso ancora oggi esercita sono al centro degli otto saggi di cui si compone l'opera di Luigi Garofalo.

Nel primo saggio «*Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schultz*»¹ (pp. 1-14), l'autore riconsidera criticamente l'analisi dei principi che, a detta dello studioso tedesco, avrebbero caratterizzato il diritto romano, sottolineando alcuni dei punti deboli dell'elencazione di Schulz. In particolare, Garofalo sostiene che difficilmente possa parlarsi di semplicità del diritto romano, ritenendo piuttosto che tale presunta semplicità non sia altro che il mirabile risultato del lavoro dei *prudentes*, in grado di ridurre ad una unità armonica un diritto complesso, basato su fonti eterogenee. Criticata è anche la considerazione dell'*Isolierung* come principio fondante e caratterizzante il diritto romano. Lo studioso tedesco indicava con questa espressione l'attitudine dei giuristi romani a creare una netta linea di demarcazione tra diritto e non diritto, permettendo così di concepire l'ordinamento come un sistema autonomo, all'interno del quale si potesse ulteriormente distinguere tra diritto umano e diritto sacro, tra diritto pubblico e diritto privato. La tesi di Schulz è però decisamente criticata da Garofalo, il quale, per confutarla, sottolinea come sia sufficiente il solo richiamo alla figura emblematica dell'*homo sacer*, che, racchiudendo in sé aspetti del diritto umano e del diritto divino, pone in crisi la ricostruzione dello studioso tedesco.

Il senso in cui l'a. intende le affermazioni in esame è ulteriormente chiarito nel secondo saggio «*Homo liber e Homo sacer: due archetipi dell'appartenenza*»² (pp. 15-38). L'autore avvia la propria riflessione partendo dal concetto di libertà, elaborato dalla filosofa tedesca Hannah Arendt: l'uomo libero è colui che si confronta con gli altri uomini e che agisce concretamente nella realtà politica. La libertà è appartenenza ad una comunità. Ed è in questo modo che gli antichi greci e romani intendevano tale concetto, fornendo agli uomini liberi una comunità organizzata per confrontarsi e agire. Dopo un *excursus* etimologico sul sostantivo *libertas*, l'autore procede con l'analisi delle figure di *homo liber* e *homo sacer*. L'*homo liber* era a Roma l'uomo appartenente alla comunità organizzata, la cui uccisione determinava la morte del colpevole per mano dei fa-

¹ Già in *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, coordinador F. Reinoso Barbero, Madrid 2014, 99 ss.

² Già in *Studi in onore di Remo Martini*, a c. di C. Russo Ruggeri, III, Milano, 2010, 17 ss.

miliari della vittima. L'*homo sacer* era, al contrario, colui che, oltraggiando la divinità, aveva determinato la rottura della *pax deorum*. Ciò comportava il passaggio del soggetto dalla comunità, cui era legato in qualità di *homo liber*, alla divinità, cui apparteneva come *homo sacer*. Ancora oggi, prosegue l'autore, l'aggettivo sacro, quando utilizzato nell'ambito giuridico, risente dell'influsso del mondo romano, laddove *sacer* non indicava l'uomo inviolabile, ma l'uomo che rientrava nella disponibilità degli dei. Proprio per tale motivo, «per superare questa atavica insufficienza semantica dell'aggettivo in questione ... nelle norme in cui un uomo appare qualificato come sacro si aggiunge che egli è anche inviolabile» (p. 29).

«L'*humanitas* tra diritto romano e totalitarismo hitleriano»³ (pp. 39-66) è l'oggetto della riflessione del terzo saggio, suddivisibile in due parti. Una prima parte è dedicata all'analisi della nozione di *humanitas* presso i romani: sconosciuta ai greci, che non avevano neppure un termine analogo nella propria lingua, l'*humanitas* affonda le sue radici nella cultura romana, che elaborò l'idea dell'uomo come essere più elevato conosciuto, che si forma e sviluppa nella *societas*. In via di approssimazione, l'*humanitas* può essere considerata come un sostantivo polivalente, che predica non solo il rispetto di ciascun singolo nei confronti dell'altro, ma che abbraccia al tempo stesso valori e principi etici, pedagogici e sociali. L'autore esclude qualsiasi possibilità di ricollegare il concetto di *humanitas* romana a quello dei moderni diritti umani: è del tutto anacronistico tentare un simile collegamento con una società, come quella romana, basata su radicate distinzioni di classi e di censo. Essa è da considerare, al contrario, come una nozione che fin da subito ha svolto una funzione propulsiva nello sviluppo dei singoli istituti in cui si articolava il diritto romano, allo scopo di contemperare gli opposti interessi in gioco. La seconda parte del saggio è dedicata alla nozione e alla funzione che il concetto di *humanitas* ha svolto nella produzione giuridica di matrice hitleriana. Il pensiero nazionalsocialista criticava fortemente il diritto romano, accusato di essere inquinato dalle influenze provenienti dall'oriente giudaico: ponendo al centro della propria indagine il singolo e non la collettività, aveva relegato in secondo piano ciò che davvero è importante, ossia il popolo, il gruppo, dal quale il singolo deve solo ricevere autorizzazioni. Il regime nazionalsocialista, prosegue Garofalo, aveva cercato di influenzare ogni aspetto della formazione della popolazione eliminando qualsiasi contatto con la antica tradizione umanistica e reinterpretando strumentalmente, in chiave razzistica, ciò che residuava.

Ad un rimedio processuale di grande importanza nell'esperienza romana e che esercita notevoli influssi sugli ordinamenti moderni è dedicato il quarto saggio, «Sull'eccezione di dolo generale»⁴ (pp. 67-115). L'*exceptio doli generalis* permetteva al pretore, nel processo formulare, di correggere i risultati iniqui cui avrebbe condotto l'applicazione delle rigide regole del *ius civile*, nell'ipotesi in cui l'attore agisse in giudizio per chiedere l'adempimento di un negozio, concluso, in realtà, a causa di un suo comportamento doloso: il convenuto (*deceptus*), per essere assolto, doveva dimostrare gli artifizii e i

³ Già in *Teoria e storia del diritto privato* (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), VIII, 2015.

⁴ Già in Aa.Vv., *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a c. di L. Garofalo, Napoli 2011, I ss. Coautrice del saggio è Silvia Viaro.

raggiri posti in essere dall'attore (*deceptor*) al momento della conclusione del contratto o in un momento successivo. Dopo una panoramica generale sull'istituto in questione, l'autore, nel prosieguo del saggio, evidenzia le vicende che hanno caratterizzato la storia dell'*exceptio doli generalis*, prendendo in considerazione il diritto comune, l'esperienza francese e tedesca nell'Ottocento e il ruolo dell'istituto nel moderno ordinamento italiano. In particolare, in Italia solo negli anni '80 del secolo scorso l'eccezione di dolo generale avrebbe avuto un vero riconoscimento applicativo. La dottrina e la giurisprudenza civilistica, infatti, hanno iniziato a interpretare in maniera più ampia il principio di buona fede oggettiva, da intendersi sia come canone che arricchisce il contenuto del contratto, sia come parametro per valutare *ex post* il comportamento tenuto dalle parti. In questo modo è stato possibile considerare, come manifestazione del principio di buona fede oggettiva, l'eccezione di dolo generale. Per riconoscere un ambito di applicabilità generale all'istituto in parola, la dottrina ha tentato di individuare un appiglio normativo diverso dal canone della buona fede oggettiva, che informa di sé solo i rapporti obbligatori. In particolare degno di nota è l'ipotesi di ricollegare l'istituto all'art. 2 della Costituzione: poiché il canone di solidarietà, sancito a livello costituzionale, informa di sé l'intero ordinamento giuridico, sarebbe concepibile un utilizzo dell'eccezione di dolo generale al di là del campo privatistico, così da renderne possibile il suo impiego anche nell'ambito del diritto amministrativo. L'*exceptio doli generalis* potrebbe divenire, in tal modo, un utile strumento nel disciplinare i rapporti tra privato e pubblica amministrazione «ben oltre i limitati casi in cui è l'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, a dare rilievo ... ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (p. 114). Nel sottolineare come la giurisprudenza del Tar e del Consiglio di Stato si sia però dimostrata ancora poco incline a percorrere tale orientamento, Garofalo pone in evidenza, tuttavia, che gli sforzi della dottrina in materia testimoniano la presenza di un istituto vivo, ancora in grado di prestarsi a degli interessanti utilizzi.

Ricollegandosi ancora all'odierno ordinamento italiano, l'autore dedica il quinto contributo a «*L'arbitraggio sul prezzo*»⁵ (pp. 117-136). Noto all'esperienza romana, anche se mai al centro di una elaborazione organica, l'arbitraggio sul prezzo è oggi disciplinato dall'art. 1473 c.c., che consente alle parti di una compravendita di rimettere la determinazione del prezzo ad un terzo. La norma in questione nulla dice, però, riguardo ai criteri cui deve ispirarsi il terzo nello svolgimento del suo incarico, né indica i rimedi a disposizione delle parti nel caso in cui la sua determinazione sia inaccettabile; tale vuoto normativo è colmato dal richiamo all'art. 1349 c.c. sull'arbitraggio in generale.

Nel sesto contributo l'autore avvia, attraverso la figura dello studioso Giovanni Pugliese, una lunga riflessione sul rapporto tra diritto romano e scienza del diritto e sullo stato degli studi romanistici. «*Diritto romano e scienza del diritto*»⁶ (pp. 137-199), riprende il titolo di un saggio di Pugliese pubblicato nel 1941, nel quale il giurista aveva

⁵ Già in Aa.Vv., «*Vir bonus*». *Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio* (Trani, 28-29 ottobre 2011). Atti (a c. di A. Lovato), Bari 2013, 209 ss.

⁶ Già in Aa.Vv., *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese* (a c. di L. Vacca), Padova 2008, 263 ss.

sottolineato l'importanza dello studio del diritto del passato, in generale, e del diritto romano, in particolare, per la scienza giuridica, al fine di comprendere in maniera complessiva il fenomeno giuridico. Il diritto è un fenomeno unitario, caratterizzato da costanti, che si ripetono nel tempo e nello spazio: il diritto romano consente, nella sua ultramillenaria storia, di comprendere l'evoluzione del diritto, in relazione ai cambiamenti politici e sociali, permettendo ai romanisti di individuare dei principi e dei concetti universali, utili alla scienza del diritto. Nei paragrafi successivi, Garofalo procede poi ad una panoramica sui molteplici indirizzi di ricerca che nel corso degli ultimi decenni sono fioriti in seno alla scienza romanistica e degli influssi che su tali indirizzi ha esercitato l'opera di Pugliese, evidenziando anche le voci critiche che si sono sollevate contro alcuni di essi, come nel caso dell'orientamento storico-comparatistico e di quello neo-attualizzante.

Un punto di vista particolare sul diritto romano emerge nel penultimo saggio dell'opera, «*Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila*»⁷ (pp. 201-231). Le prime pagine di tale contributo sono dedicate a dare una visione generale del pensiero dello studioso colombiano, considerato uno dei massimi esponenti del criticismo moderno. Oggetto della critica tagliente di Gómez Dávila sono soprattutto la democrazia e i suoi ideali, che a detta del filosofo non permettono di individuare ciò che è davvero reale. Nelle pagine successive del saggio, Garofalo analizza la posizione dello studioso colombiano rispetto al diritto, per il quale «il giuridico è la regola di condotta che nasce dall'accordo; la giustizia è l'osservanza di siffatta regola; lo Stato è la regola di diritto che assicura tale osservanza» (p. 209). Il periodo storico maggiormente ammirato da Gómez Dávila in relazione al diritto è il feudalesimo, unica periodo storico che ha alla base della sua società, organizzata gerarchicamente, un contratto sociale. Da un giudizio negativo sono invece investiti i giuristi romani, soprattutto quelli dell'età del principato: di essi viene criticata l'elaborazione dell'idea del *princeps legibus solutus*, del concetto di assolutismo e la teorizzazione del diritto naturale.

L'autore a chiusura dell'opera riflette sulla figura del giurista e sulla sua funzione nell'ultimo saggio, «*Tradizione e misura umana del diritto: considerazioni sulla figura del giurista a partire da Giuseppe Grosso*»⁸ (pp. 233-247), partendo dalle considerazioni che, a tale riguardo, aveva sviluppato proprio il giurista piemontese. Per quest'ultimo la funzione del giurista è duplice: una creativa, attraverso la partecipazione alla creazione delle disposizioni di rango superiore, e una ermeneutica, per una corretta interpretazione delle norme. Mentre l'opera interpretativa del giurista è libera, la collaborazione alla stesura dei testi normativi è rimessa alla decisione di organi governativi. Tuttavia il legislatore è propenso a non servirsi dell'apporto del giurista e a rimettere la scrittura delle norme ad un complesso apparato burocratico, che può essere paragonato, secondo Grosso, a quello in cui era assorbito il giurista romano nel basso impero. Avvertito già da Grosso, il problema della smisurata produzione normativa è un problema che si è

⁷ Già in *Revistas@iustel.com* – *Revista General de Derecho Romano*, XXIV, 2015.

⁸ Relazione presentata nell'ambito del «*Secondo seminario di studi di codificazione municipale*», Sassari, 14 dicembre 2013.

accentuato negli anni recenti, rileva Garofalo, il quale auspica la nascita di un dialogo costruttivo tra dottrina e giurisprudenza, che possa far riemergere dal suo isolamento il giurista, affinché assuma un ruolo centrale nel dibattito sui temi fondamentali per la collettività.

L'opera di Garofalo si presenta come una raccolta di saggi eterogenei: si parte dai primi contributi, interamente rivolti ad un'esposizione di alcuni aspetti propri del diritto dei *prudentes*; si procede con quelli dedicati alla descrizione e all'analisi degli sviluppi attuali della scienza romanistica e degli strumenti normativi moderni, così come influenzati dall'opera dei giuristi romani; si giunge alle considerazioni finali, dedicate alla riflessione su singole figure di studiosi dell'età contemporanea, un filosofo ed un giurista. Saggi, dunque, dal contenuto vario e tuttavia legati insieme dai rinvii che l'autore opera costantemente al diritto romano.

Da una considerazione di insieme, il lavoro di Garofalo fornisce una serie di spunti di riflessione su processi e mutamenti che ancora condizionano il nostro presente. Particolarmente interessanti sono i riferimenti ad alcuni filosofi posti in essere dall'autore in una serie di contributi: Hannah Arendt nel secondo saggio; Heidegger e Sartre nel terzo; la voce discordante, rispetto alla tesi sostenuta dall'autore, di Gómez Dávila. Stimolante il saggio dedicato alla rilettura del diritto romano da parte dell'ideologia nazionalsocialista, con il richiamo alla controversa posizione, rispetto al diritto romano, dell'antropologo tedesco Hans F. K. Günther e la riflessione dedicata all'opera intellettuale di Giovanni Pugliese, che testimonia la sussistenza di molteplici tendenze di cui è protagonista la scienza romanistica.

Gaetana Balestra
Università del Salento