

Verso la nuova Europa del diritto. Romanisti e totalitarismo

I. Introduzione¹

L'indimenticabile Antonio Guarino ha scritto nel suo articolo *Cinquant'anni dalla Krise* sulla sua esperienza a Berlino nel 1938. Il Guarino ha partecipato ai seminari di Paul Koschaker, uno dei grandi della giusromanistica tedesca, ma, a fianco alle discussioni scientifiche, era presente un senso di marginalizzazione. Lo stato Nazista era all'apice del suo potere, il successo dell'*Anschluss* austriaca aveva realizzato una delle promesse del movimento. Ma l'obiettivo di 'Ein Volk, ein Reich, ein Führer' conteneva anche 'ein Recht', un diritto nuovo propriamente tedesco. Come è noto, questo nuovo diritto germanico doveva essere basato sulla nozione di comunità di sangue, sull'idea di unità dei valori di un gruppo etnico. Solo i tedeschi potevano essere membri del gruppo e quindi solo i tedeschi di nascita, membri della razza germanica, erano protetti dalla legge. Questo significa che in Germania, dopo il 1933, la giurisprudenza e i giuristi erano soggetti a pressione politica, ideologica e concettuale, costretti a immaginare nuovamente il diritto, non come norme astratte con un vigore universale, ma norme differenziate secondo lo status dell'individuo. Il nemico della giurisprudenza nazista era non solo l'universalismo, ma, in particolare, il diritto romano materialistico. Il Guarino scrive come i romanisti hanno discusso l'effetto di questo ostracismo, rivolto non solo a professori e ricercatori, ma anche agli studenti². Nel 1938, per il diritto romano non sembrava esserci futuro.

Lo scopo di questa relazione è analizzare la scoperta della tradizione giuridica

* L'autore ringrazia l'*Academy of Finland Centre of Excellence in Law, Identity and the European Narratives, Subproject 1: funding decision number 312154* per il supporto finanziario a questa ricerca. Un ringraziamento va anche ai dottori Paolo Amorosa e Antonio Lopez Garcia per la revisione linguistica del testo.

¹ Su questo tema possono essere interessanti gli scritti prodotti nel progetto *Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934-1964, ERC StG project number 313100*: K. Tuori, *Empire of Law: Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge 2020; K. Tuori e H. Björklund (a c. di.), *Roman Law and the Idea of Europe*, London 2019; T. Beggio, *Paul Koschaker: Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg 2018; V. Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience: Franz Wieacker and German Legal Historiography*, Tübingen 2019; J. Giltaij, *Reinventing the Principles of Roman Law*. Per accedere a questi scritti e alcuni altri (open access), www.foundlaw.org o <https://blogs.helsinki.fi/foundlaw/publications-of-the-project>.

² A. Guarino, *Cinquant'anni dalla 'Krise'*, in *Labeo* 34, 1988, 43-56, 43, ora anche Id., *Pagine di Diritto romano I*, Napoli 1993, 276-291.

europea come un concetto intellettuale e politico tra gli anni Trenta e il periodo del dopoguerra. La mia tesi è che l'idea della tradizione giuridica europea nasce dall'incrocio di questi due opposti movimenti: i romanisti come rappresentanti dell'universalismo giuridico e i nazisti come rappresentanti del particolarismo estremo. Il diritto romano è un sistema di diritto che ha sempre superato i confini tra paesi e le divisioni tra gruppi etnici, affermando un valore universale. Un risultato quasi accidentale dell'attacco del movimento nazista al diritto romano fu portare i romanisti a trovare il ruolo storico del diritto romano nella formazione della cultura giuridica europea. All'inizio, i romanisti tedeschi vollero dimostrare come il diritto romano fosse una parte intrinseca del diritto germanico, una parte della tradizione giuridica come in quasi tutti i paesi europei³. Ma, durante la Seconda guerra mondiale, il movimento nazista volle accrescere il supporto popolare per l'ideologia nazista e gli obiettivi di guerra tedeschi nei paesi occupati. Visto che i fondamenti del movimento nazista sono variazioni sui temi di razzismo e nazionalismo, era necessario creare un nuovo messaggio. I nazisti combinarono l'anticomunismo, il conservatorismo religioso e il razzismo, creando una versione europea del razzismo contro i popoli dell'est⁴. Per motivazioni diverse, sia i nazisti che i romanisti svilupparono una forma d'uropeismo, a cui entrambi arrivarono per ragioni contingenti al conflitto politico.

Negli ultimi anni, le ricerche nelle relazioni tra romanisti e totalitarismo si sono moltiplicate. La maggior parte degli studi sono concentrati sulla Germania degli anni Trenta⁵ o l'Italia fascista⁶. Vorrei proporre una visuale diversa, rivol-

³ Sul tema, Beggio, *Paul Koschaker* cit. 173-246.

⁴ C. Wege, *'Das Neue Europa' 1933-1945: German Thought Patterns about Europe*, Stuttgart 2016.

⁵ Per esempio, si veda R. Gamauf, *Die Kritik am römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Orbis Iuris Romani* 2, 1995, 33-61; F.S. Meissel, S. Wedrac, *Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes*, in F.S. Meissel, T. Olechowski, I. Reiter-Zatloukal, S. Schima (a c. di), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1938-1945*, Wien 2012, 35-78; P. E. Pieler, *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat*, in U. Davy, H. Fuchs, H. Hofmeister, J. Marte, I. Reiter (a c. di), *Nationalsozialismus und Recht*, Vienna 1990, 427-444; D. Simon, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933*, in M. Stolleis, D. Simon (a c. di), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, 171.

⁶ A. Mantello, *La giurisprudenza romana fra Nazismo e Fascismo*, in *Quaderni di Storia* 13 (25), 1987, 23-71; C. Cascione, *Romanisti e fascismo*, in M. Miglietta, G. Santucci (a c. di), *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 Europeo*, Trento 2009, 49-51; V. Marotta, *Roma, l'Impero e l'Italia nella letteratura romanistica degli anni trenta*, in G. Cazzetta (a c. di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Bologna 2013, 425-460; C. Lanza, *La 'realtà' di Pietro De Francisci*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a c. di), *Giuristi e il fascino del regime*, Roma 2015, 215-236; M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a c. di), *Giuristi e il fascino del regime*, Roma 2015, 63-102; G. Santucci, *'Decifrando scritti che non hanno nessun potere'. La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. Birocchi, M. Brutti (a c. di), *Storia*

gendomi al poco discusso ruolo dei romanisti nella creazione d'una idea di cultura giuridica europea. Seguendo lo sviluppo del concetto della tradizione giuridica europea negli scritti di romanisti e storicisti del diritto come Paul Koschaker, Salvatore Riccobono, Franz Wieacker e Helmut Coing dal 1938 al 1952, quest'indagine cerca di presentare una genealogia intellettuale. In un mondo diviso in stati nazionali e dominato dall'ideologia nazionalistica, il concetto di tradizione europea non era semplice né facile da sopportare. Negli ultimissimi anni è apparsa una enorme quantità di scritti sulle origini della tradizione dei diritti umani e sul giusnaturalismo del dopoguerra⁷, ma gli inizi del diritto europeo e del concetto di tradizione giuridica europea sono poco noti.

L'obiettivo centrale di questo articolo è di sostenere che le radici europee del diritto e l'esistenza di un patrimonio giuridico europeo sono teorie che sono state create per determinati scopi e riutilizzate quando le situazioni politiche sono cambiate. Quello che sosterrò è che gli argomenti di un'unità europea e di un passato giuridico condiviso utilizzati per convincere i nazisti del valore del diritto romano, soprattutto da Koschaker, sono stati riapplicati per dare un ruolo al diritto romano nell'unificazione europea dopo la guerra. È stato un risultato fortuito che questa affermazione sia diventata una parte centrale del fondamento giuridico dell'unificazione europea, usata soprattutto da ricercatori come Reinhard Zimmermann a sostegno del valore costante del diritto romano⁸.

II. Divisioni giurisprudenziali

Il partito nazista, il NSDAP, presentava nel suo programma una serie di obiettivi, 25 diversi propositi sociali, culturali e politici. Per i giuristi, il punto più famoso del programma era il n. 19, che proponeva la sostituzione del diritto romano, connesso all'ordinamento materialistico globale, con un diritto comune tedesco (*deutsches Volksrecht*). È ben noto che l'origine del punto 19 fosse nel programma di un partito socialista precedente e una versione della dottrina socialista⁹.

del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino 2016, 71; M. Varvaro, *Salvatore Riccobono tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte prima*, in *BIDR* 113, 2019, 93-114; Id., *Salvatore Riccobono tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte seconda*, in *BIDR* 114, 2020, 1-34.

⁷ Per un'analisi critica, si veda P. Slotte, M. Halme-Tuomisaari (a c. di), *Revisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge, New York 2015; S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, MA 2010.

⁸ Per esempio, R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 2, 2002, 243-316 (usando lo stesso titolo del libro di Koschaker).

⁹ J. Chapoutot, *The Denaturalization of Nordic Law: Germanic Law and the Reception of Roman Law*, in K. Tuori, H. Björklund (a c. di), *Roman Law and the Idea of Europe* cit. 113-126.

L'effetto del punto 19 rimase limitato. La maggior parte dei professori di diritto romano restarono ai loro posti. L'insegnamento del diritto romano continuò, nonostante il cambiamento dei nomi dei corsi, per esempio da 'Diritto romano' a 'Storia del diritto antico', *antike Rechtsgeschichte*¹⁰. Inoltre, non tutti i romanisti furono membri della resistenza accademica contro i nazisti, al contrario professori prestigiosi come Ernst Schönbauer divennero promotori del movimento nazista¹¹.

Conseguenze più importanti ha avuto la 'Legge sulla restituzione del servizio civile professionale' (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, GWBB, RGBl. I 175 del 7 aprile 1933). In media, un terzo dei professori universitari in Germania fu licenziato o costretto alla pensione e giovani ricercatori, membri del partito nazista, furono messi al loro posto. Per esempio, Max Kaser divenne professore a 27 anni. Una formazione ideologica era divenuta obbligatoria per i nuovi professori: vennero organizzati per i docenti campi di due o tre mesi che fornivano un'educazione ideologica e intellettuale. Il risultato fu una nuova generazione di professori di giurisprudenza, un gruppo di giovani docenti spesso legato da amicizie forgiate in esperienze comuni. Insieme formarono comunità di pensiero, come la famosa *Kieler Schule*, la scuola di Kiel¹².

¹⁰ Come ha scritto K. A. Eckhardt, nel *Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft*, 18 gennaio 1935: «Noch immer lebt die deutsche Rechtswissenschaft in den Gedankengängen des römisch-gemeinen Rechts (. . .), die geistige Grundhaltung wird heute noch durch das Pandektensystem bestimmt. Diesem System gilt unser Kampf». T. Beggio, *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *ZSS*. 135, 2018, 645-680; E. Höbenreich, *A propos 'Antike Rechtsgeschichte': Einige Bemerkungen zur Polemik zwischen Ludwig Mitteis und Leopold Wenger*, in *ZSS*. 109, 2013, 547-562.

¹¹ Su Schönbauer, si veda J. Kalwoda, *Ernst Schönbauer (1885-1966). Biographie zwischen Nationalsozialismus und Wiener Fakultätstradition*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 2, 2012, 282-316; I. Schartner, *Die Staatsrechtler der juristischen Fakultät der Universität Wien im 'Ansturm' des Nationalsozialismus. Umbrüche und Kontinuitäten*, Frankfurt, Berlin, Bern, Brussels, New York, Oxford, Vienna, 2011, 258-303; Meissel, Wedrac, *Strategien der Anpassung* cit.; T. Mayer-Maly, *Ernst Schönbauer zum Gedächtnis*, in *ZSS*. 84, 1967, 627-630; Gamauf, *Die Kritik am römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert* cit. 57-58, 'Arisierungstaktik'.

¹² V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers 'Privatrechtsgeschichte der Neuzeit' und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014, 13-14, 264-312; R. Frassek, *Wege zur nationalsozialistischen 'Rechtserneuerung' – Wissenschaft zwischen 'Gleichschaltung' und Konkurrenzkampf*, in H.-G. Hermann, T. Gutmann, J. Rückert, M. Schmoeckel, H. Siems (a. c. di), *Von den 'leges barbarorum' bis zum 'ius barbarum' des Nationalsozialismus*, Köln 2008, 351-377, 358; J. Eckert, *Was war die Kieler Schule*, in F. Säcker (a. c. di), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden 1992, 37-70; C. Wiener, *Kieler Fakultät und 'Kieler Schule' Die Rechtslehrer an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Kiel in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Entnazifizierung*, Baden-Baden 2013.

In queste scuole e in altri gruppi, i giovani docenti avviarono la creazione d'una vera e propria giurisprudenza nazista. I capifila erano professori come Carl Schmitt e Karl August Eckhardt. Come sempre nel movimento nazista, non c'erano una singola dottrina o un singolo capo intellettuale ma tante diverse espressioni. I primi anni della rivoluzione nazista furono un periodo di entusiasmo e creatività giurisprudenziale. Col senno di poi, è semplicemente incredibile rilevare come i giuristi abbiano abbandonato gli ideali di *Rechtsstaat*, uguaglianza e diritti civili protetti nella costituzione di Weimar. Come nell'Italia fascista, c'era una vastissima produzione scientifica sui diritti di proprietà e le relazioni sociali o sul diritto del lavoro e la dignità dei lavoratori. Gli ebrei, i membri della resistenza e le altre vittime della repressione sui giuristi, furono dimenticati. Numerosi giovani romanisti, per esempio Franz Wieacker, parteciparono nella creazione della nuova giurisprudenza (*Neue Rechtswissenschaft*) nazista¹³.

I difensori del diritto romano come diritto universale, un sistema di diritto con una vigenza fuori dello stato o dell'ordine politico, rimasero in pochi. Fritz Schulz, nel suo libro *Prinzipien des römischen Recht* (1934), presentò il diritto romano come una serie di principi. Probabilmente non era una coincidenza che questi principi fossero i fondamenti del diritto occidentale moderno: l'isolamento del diritto dal regime politico, la natura astratta ma chiara della legge, il significato della tradizione giuridica, la non-esclusività della nazione e della cittadinanza, la nozione di libertà, l'*auctoritas* e l'indipendenza dei magistrati, l'umanità del diritto, i concetti di *fides* e affidamento tra i cittadini e lo stato. Tutti questi erano principi che lo stato nazista aveva violato sin dai primi giorni del proprio regime. Schulz, così come l'altro coraggioso difensore del diritto romano, Fritz Pringsheim, fu costretto a lasciare la sua cattedra di professore e ad andare in esilio¹⁴.

¹³ F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, in C. Wollschläger (a c. di), *Franz Wieacker. Zivilistische Schriften (1934-1942)*, Frankfurt [1935] 2000; Id., *Der Stand der Rechts-erneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, in *Deutsche Rechtswissenschaft* 2, 1937, 3-27.

¹⁴ F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954 [1934]; M. Gelzer, *Prinzipien des Römischen Rechts*, in *Gnomon* 11, 1935, 1-6; M. Lauria, *Review of Fritz Schulz's Principles of Roman Law (1936)/Prinzipien des römischen Rechts (1934)*, in *SDHI*. 1, 1935, 219; W. Flume, *Fritz Schulz. Gedenkrede, gehalten bei einer von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn am 25.7.1958 veranstalteten Gedächtnisfeier*, Bonn 1959, 21; W. Ernst, *Fritz Schulz (1879-1957)*, in J. Beatson, R. Zimmermann (a c. di), *Jurists Uprooted*, Oxford 2004, 105-203, 123; Giltaij, *Reinventing the Principles of Roman Law* cit.; M. Stolleis, *'Fortschritte der Rechtsgeschichte' in der Zeit des Nationalsozialismus?*, in M. Stolleis, D. Simon (a c. di), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, 177-197, 186; M. J. Schermaier, *Fritz Schulz' Prinzipien. Das Ende einer deutschen Universitätslaufbahn im Berlin der Dreißigerjahre*, in S. Grundmann (a c. di), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin 2010, 683-700; F. Nasti, *Pensiero giuridico*

L'attacco del regime nazista era legato a un più generale senso di crisi del diritto romano, suscitato dall'emergere delle codificazioni moderne. I romanisti, specialmente in Germania, avevano crescenti dubbi sul valore e sul significato del diritto romano nella formazione giuridica e questi dubbi risultarono in una serie di scritti sulla crisi del diritto romano¹⁵. Il più noto fu *Die Krise des römischen Rechts und romanistische Rechtswissenschaft* (1938), scritto da Paul Koschaker, professore a Berlino. Koschaker intese rispondere a due tipi di sfide, quella politica e quella scientifica¹⁶.

La risposta di Koschaker conteneva un ampio *excursus* sulla situazione riguardante il diritto romano nei vari paesi europei. Non è chiaro per quali motivi Koschaker produsse questo *excursus*. Infatti, presentare le pratiche degli altri paesi europei non sembra una maniera efficace di argomentare di fronte ai nazisti. Nonostante ciò, questo è esattamente ciò che fece Koschaker nella sua lezione alla *Akademie des deutschen Recht*. È possibile che questa ricognizione servisse da spunto iniziale per la nuova idea d'Europa di diritto, non solo per Koschaker ma anche per autori come Franz Wieacker.

III. Vecchie e nuove idee sull'Europa del diritto

L'europeismo giuridico è un fenomeno connesso con la nozione d'europeismo più in generale, creata dopo la Prima guerra mondiale. A dire la verità, non c'era un singolo europeismo, ma varianti diverse, spesso diametralmente opposte. C'era l'idea di *Mittleuropa*, l'unità culturale dell'Europa centrale, quella di *Panuropa*, una nozione di Europa federale, e tante altre. Quando i giuristi co-

romano e tradizione europea nei Principien di Fritz Schulz, in P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone (a c. di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino 2019, 225-247; L. Fanizza, *I Principi di Fritz Schulz*, in *SDHI*. 72, 1996, 543-549.

¹⁵ Per esempio, si veda E. Betti, *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, in *Rivista di Diritto commerciale* 37, 1939, 120-128; E. Schönbauer, *Zur 'Krise des römischen Rechts'*, in *Festschrift Paul Koschaker mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät zum 60. Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen II*, Weimar 1939, 364-365.

¹⁶ P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht: Römisches Recht und fremde Rechte* 1, 1938, 1-86. Su Koschaker, si veda Beggio, *Paul Koschaker cit.*; Id., *Paul Koschaker and the Path to 'Europa und das römische Recht' (1936-1947)*, in *Legal Roots* 6, 2017, 291-326; T. Giaro, *Paul Koschaker sotto il Nazismo: un fiancheggiatore 'malgre' soi'*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca IV*, Napoli 2001, 159-187; Id., *Der Troubadour des Abendlandes*, in H. Schröder e D. Simon (a c. di), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952*, Frankfurt 2001, 31-76; Id., *Aktualisierung Europas, Gespräche mit Paul Koschaker*, Genova 2000.

minciarono a scrivere testi basati su un impianto europeo, hanno spesso seguito questi modelli politici e culturali¹⁷.

Per esempio, Salvatore Riccobono, noto professore di Palermo, ha presentato un'idea di Europa definita da valori conservatori, dal ruolo centrale del cristianesimo e dall'eredità della cultura classica. Riccobono divenne membro del movimento fascista, ma il suo pensiero era maggiormente influenzato dal conservatorismo cattolico¹⁸. Riccobono era una figura centrale per questa svolta verso l'Europa. Riccobono aveva studiato in Germania, fu amico di Koschaker e professore di Wieacker. Nonostante la comune influenza di Riccobono, si svilupparono varie scuole di europeismo giuridico, ognuna con i suoi particolari interessi.

Per Riccobono, così come per Koschaker, il concetto centrale era quello di tradizione. Per loro, tradizione significava una continuità storica dall'antica Roma al presente. La tradizione dava un valore permanente al lavoro dei giuristi precedenti, dimostrando la natura cumulativa della giurisprudenza. Secondo Riccobono, il patrimonio culturale europeo consiste primariamente nella cultura classica e nel cristianesimo. Il diritto romano è parte della civiltà europea, in una lunga continuità di scienza e sapienza. La chiesa cattolica come istituzione con una storia bimillenaria ha conservato questa tradizione europea durante i secoli. Il pensiero di Riccobono si può classificare come un tipo di conservatorismo che sostiene che la lunga storia di un'idea può essere vista come un segno della correttezza di questa medesima idea. Questo ruolo centrale della tradizione era un punto che distingueva Riccobono dai romanisti suoi contemporanei, specialmente in Germania. I romanisti tedeschi rappresentavano una cultura classicistica, sostenevano che il diritto romano avesse raggiunto il suo apogeo nell'età classica e gli sviluppi post-classici fossero un processo di 'volgarizzazione'. Al contrario, Riccobono scrive che il diritto romano classico era solo un punto d'inizio, non un momento di perfezione. In ogni periodo, il diritto romano si è

¹⁷ P. M. R. Stirk, *European Unity in Context: The Interwar Period*, London 1989; M. Hewitson, M. D'Auria (a c. di), *Europe in Crisis: Intellectuals and the European Idea, 1917-1957*, Oxford 2012.

¹⁸ C. Sanfilippo, *In Memoriam Salvatore Riccobono*, in *Iura* 9, 1958, 123-133; R. Orestano, *L'animo di Salvatore Riccobono*, in *Iura* 29, 1978, 1-8; M. Marrone, *Romanisti professori a Palermo*, in *Index* 25, 1997, 587-616; A. Mantello, *Salvatore Riccobono*, in P. L. Carucci, L. Di Pinto (a c. di), *Romanisti lateranensi nel Novecento*, in *SDHI*. 68, 2002, XVI-XXI; M. Varvaro, *Riccobono, Salvatore sr.*, in I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta (a c. di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (sec. XII-XX)* II, Bologna 2013, 1685-1688; U. Bartocci, *Salvatore Riccobono, il Diritto Romano e il valore politico degli Studia Humanitatis*, Torino 2012; R. Ortu, *Salvatore Riccobono nell'Università di Sassari*, in *Diritto@Storia* 3, 2004. Sull'influsso fascista: Cascione, *Romanisti e fascismo* cit. 36; M. Varvaro, *Gli 'studia humanitatis' e i 'fata iuris Romani' tra fascio e croce uncinata*, in *Index* 42, 2014, 643-661.

adattato alle condizioni sociali, politiche ed economiche. Era questa capacità di rinnovarsi, di trovare e ritrovare regole e principi, che garantiscono la sua continua rilevanza nei secoli¹⁹.

Il Koschaker, prima nel suo *Krise* e dopo nel suo *magnum opus*, *Europa und das römisches Recht* (1947), ha continuato sulla stessa falsariga, ma dando una nuova interpretazione al significato dogmatico del diritto romano per il diritto contemporaneo. Koschaker scrive sull'idea di Roma (*Romidée*), come un'eredità europea, un patrimonio condiviso che unifica i paesi dell'Europa (*Grundlage der europäische Kultur*). Il diritto romano rappresenta una parte essenziale di questo patrimonio. Ma, diversamente da Riccobono, Koschaker propone un'attualizzazione del diritto romano, tramite un insegnamento di natura dogmatica che possa creare una connessione tra il passato e il futuro. La storicizzazione del diritto romano e la ricerca interpolazionistica hanno distrutto la rilevanza del diritto romano e, in seguito, l'interesse verso lo stesso dei giuristi contemporanei. Il diritto romano aveva un futuro solo se i romanisti potevano rendersi utili e avere una rilevanza contemporanea²⁰.

Il modello storico usato da Koschaker era il *mos italicus*, l'uso delle origini storiche degli istituti giuridici per analizzare problemi di giurisprudenza contemporanea. Il suo diritto romano era, allo stesso tempo, nazionale ed europeo: il diritto romano poteva essere usato come fondamento del diritto vigente ma anche come la base di un diritto civile europeo (*Privatrechtswissenschaft*). Durante la guerra, Koschaker preparò una proposta di riforma dell'insegnamento del diritto in Germania, in cui presentò il diritto romano come fondamento d'una giurisprudenza europea (*Europäische Rechtswissenschaft*)²¹.

Durante la guerra, nel suo periodo a Tübingen, Koschaker scrisse *Europa*. Si trattava di uno scritto programmatico, formato intorno a un concetto di Europa

¹⁹ S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*. 3-4, 1917, 165-729; Id., *La universalità del diritto romano*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paul Koschaker I*, Milano 1954, 11; M. Varvaro, *Circolazione e sviluppo di un modello metodologico*, in M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro (a c. di), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik*, Tübingen 2018, 55-100, 88-89; T. Beggio, *La 'Interpolationenforschung' agli occhi di Paul Koschaker: la critica a Gradenwitz e alla cosiddetta 'neuhumanistische Richtung' e lo sguardo rivolto all'esempio di Salvatore Riccobono*, in M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti, M. Varvaro (a c. di), *Gradenwitz cit.* 121-155.

²⁰ Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts* cit. 10-11, 76-7; Id., *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, 1966 [1947], 2-4, 82, 337-353.

²¹ La proposta di riforma di Koschaker dell'insegnamento del diritto romano nelle università tedesche. Universitätsarchiv, Eberhard Karls Universität, Tübingen, Personalakten Juristische Fakultät, 601/42. Sulla proposta, vedi Beggio, *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland* cit.

intesa come una comunità giuridica, parte d'una comunità culturale e religiosa. Questa comunità era un prodotto della storia, della sopravvivenza bimillenaria delle particolari forme culturali europee. L'Europa era fondata sulla sua idea di civiltà occidentale. In questo senso, nella sua narrativa storica, Koschaker presentava un anacronismo, un concetto idealistico d'una cultura unica e universalistica. L'universalismo europeo, sin dalle sue origini medievali, era secondo Koschaker un universalismo della cultura e della civiltà²².

L'idea più discussa in *Europa* era il concetto di diritto naturale relativo (*relatives Naturrecht*). Nei dibattiti vivaci dei primi anni del dopoguerra, si nota una certa rinascita del pensiero riguardo al diritto naturale. Koschaker, come moltissimi professori di giurisprudenza in Germania, era scettico verso un diritto naturale assoluto, ma proponeva un giusnaturalismo europeo (*europäisches Naturrecht*). Koschaker sosteneva come fosse possibile introdurre un diritto naturale europeo utilizzando ricerche storico-comparativistiche sulle fondamenta d'una cultura giuridica europea. Questo diritto naturale europeo può essere usato come un fondamento d'una unità giuridica europea²³. Koschaker non usava parole come integrazione, ma la sua idea non era poi così dissimile.

Se il concetto di un'Europa dotata di un'unica cultura ha avuto il supporto delle diverse anime del movimento nazista, specialmente delle SS, il concetto d'un diritto naturale europeo ha similmente una connessione col pensiero nazista. Centrale nella teoria della giustizia nazista era la nozione di una comunità di sangue, così come i valori e le norme giuridiche di questa comunità. Questo ordine normativo era gerarchicamente sopra all'ordine giuridico statale, manifestando che esiste, come una forma di diritto naturale, un diritto naturale relativo²⁴.

I critici di Koschaker hanno presentato diversi interventi contro le sue teorie, per esempio Alvaro D'Ors lo accusava d'aver abbandonato l'universalismo cattolico. Secondo D'Ors, il concetto di diritto naturale relativo era sbagliato, una deviazione dal diritto universale cattolico, il *ius catholicum*. D'Ors era amico di Carl Schmitt e un promotore della sua teoria di ordine concreto. L'unica cosa accettabile per D'Ors nella narrativa di Koschaker era il ruolo centrale della Chiesa²⁵.

²² Koschaker, *Europa und das römische Recht* cit. 2-4.

²³ Koschaker, *Europa und das römische Recht* cit. 346.

²⁴ E. Fraenkel, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York 1940, 109-150; F. Wittreck, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion*, Tübingen 2008, 35-55; F. Beyerle, *Der andere Zugang zum Naturrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft* 4, 1939, 1-20. Sul Beyerle, si veda J. Liebrecht, *Junge Rechtsgeschichte. Kategorienwandel in der rechtshistorischen Germanistik der Zwischenkriegszeit*, Tübingen 2018, 19-106.

²⁵ À. d'Ors, *Jus Europaeum*, in *L'Europa e il Diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker I*, Milano 1954, 471, 476.

Dall'altra parte, c'erano critici che accusavano Koschaker di un'interpretazione anacronistica e della mancanza di una vera concezione della recezione storica del diritto romano. Nella sua lettura di *Europa*, Erich Genzmer scrisse che Koschaker non fa una distinzione tra paesi tradizionalmente romanistici come l'Italia, dove il «diritto romano è da considerare, fra l'altro, come un elemento della coscienza nazionale» come ha scritto Koschaker stesso, e la Germania, dove il diritto romano ha avuto un ruolo storico diverso nello sviluppo della cultura giuridica²⁶.

Alcuni dei critici di Koschaker hanno proposto una critica più fondamentale. Franz Wieacker ha polemizzato sostenendo che la distinzione tra ricerca storica e ricerca dogmatica nel diritto romano è falsa. Non c'era un singolo diritto romano ma diverse tradizioni romanistiche, sviluppate nei rispettivi contesti storici. L'Europa del diritto non poteva essere vista come la recezione di un modello unico di diritto romano, né la crisi del diritto romano poteva essere risolta da un programma di *Aktualisierung*, basato su una connessione dogmatica tra diritto romano e diritti contemporanei²⁷.

La soluzione proposta da Wieacker era delineata nel suo *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952, trad. it. *Storia del diritto privato moderno* 1967). In questo libro, Wieacker presenta una narrativa storica della giurisprudenza europea o, per meglio dire, della scienza del diritto europeo dal medioevo all'età moderna. Se Koschaker era un avversario del movimento nazista, Wieacker era, invece, membro del partito nazista e della *Kieler Schule*, la scuola di Kiel, un importante gruppo di giovani professori di giurisprudenza impegnato nella riforma della giustizia nazista. Durante la guerra, Wieacker cambiò opinione e cominciò a tracciare una teoria dell'interazione tra diritto romano e diritti vigenti moderni. Wieacker volle oltrepassare l'opposizione tra diritto germanico e diritto romano come presentata, in particolare, nel programma del partito nazista. Una contrapposizione simile era divenuta popolare anche al di fuori del partito nazista, in una visione del diritto romano come un sistema meramente antico, senza rilevanza nel mondo contemporaneo²⁸.

²⁶ E. Genzmer, *Rez. Paul Koschaker, Europa und das römische Recht*. Biederstein Verlag. München und Berlin 1947, in ZSS. 67, 1950, 595-611; P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962 (trad. A. Biscardi), 596.

²⁷ F. Wieacker, *Über «Aktualisierung» der Ausbildung im Römischen Recht*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker I*, Milano 1954, 515-541, 531-533.

²⁸ F. Wieacker, *Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein*, Leipzig 1944, 3-9. Su Wieacker, D. Liebs, *Franz Wieacker (1908 bis 1994) – Leben und Werk*, in O. Behrends, E. Schumann (a c. di), *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010, 23-48; O. Behrends, *Franz Wieacker 5.8.1908 – 17.2.1994*, in ZSS. 112, 1995, 13-62; Id., *Franz Wieacker: Historiker und Jurist des Privatrechts (5.8.1908–17.2.1994)*, in *À l'Europe du troisième millénaire*.

Per Wieacker, la tradizione europea del diritto era soprattutto una tradizione giurisprudenziale. I giuristi europei erano successori ed eredi della grande tradizione giuridica cominciata dai giuristi romani. Questa eredità non derivava primariamente da una tradizione dogmatica ma da una continuità di metodo, da un modo di argomentare. Già nel 1944, Wieacker scriveva come il diritto romano serva la funzione di origine storica e di idea della tradizione. Certamente c'erano elementi di continuità diretta, per esempio dei concetti giuridici, istituti e regole, ma l'aspetto più importante era la nozione di una tradizione culturale. Scriveva il Wieacker:

«Soweit das römische Recht uns angeht, ist es ein Element nicht der Alten Geschichte, sondern des europäischen, besonders auch des deutschen Lebens und Denkens. Römisches Recht ist dem abendländischen Denken über Recht und Staat, das in der Schule der Antike begonnen hat, seit der frühesten Dämmerung des europäischen Bewusstseins zugesetzt (...)»²⁹.

[Il significato del diritto romano per noi non è quello di un elemento di storia antica ma di una parte della vita e del pensiero europeo, soprattutto tedesco. Il diritto romano è il fondamento antico del diritto e dello stato occidentale, situato nella prima alba della conoscenza europea (...).]

La recezione del diritto romano esprime una connessione culturale in cui la caratteristica nazionale romana o tedesca comincia a modificarsi, risultando in un ibrido, una nuova cultura. Questo processo, dal diritto romano alla recezione del diritto romano medioevale, all'umanesimo francese, ai pandettisti e alla scuola storica e finalmente ai diritti moderni, evidenzia la formazione della cultura giuridica europea e l'unità fondamentale della giurisprudenza europea.

Studi in onore di Giuseppe Gandolfi, Milano 2009, 2341-2351; J. G. Wolff, *Franz Wieacker (5. August 1908–17. Februar 1994)*, in S. Grundmann (a c. di), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. I, Berlin 2007, 73-86; J. Rückert, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?*, in O. Behrends, E. Schumann (a c. di), *Franz Wieacker cit.* 75-118; J. Rückert, *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen – Franz Wieacker zum Gedächtnis*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 24, 1995, 531-562; R. Kohlhepp, *Franz Wieacker und die NS-Zeit*, in *ZSS*. 122, 2005, 203-223; O. Behrends, E. Schumann (a c. di), *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010; M. Avenarius, *Universelle Hermeneutik und Praxis des Rechtshistoriker und Juristen. Die Entwicklung ihres Verhältnisses im Lichte der Diskussion zwischen Gadamer und Wieacker*, in *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, Baden-Baden 2013, 59-103; M. Träger, *Methode und Zivilrecht bei Franz Wieacker (1908–1994)*, in J. Rückert, R. Seinecke (a c. di), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden 2012, 235-260; Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft cit.*; Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience cit.*

²⁹ F. Wieacker, *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944, 196.

Questa tesi, più ampiamente delineata nella *Storia del diritto privato moderno*, è una combinazione dei temi già utilizzati da autori come Koschaker (come l'idea di Roma), ma anche da Max Weber, da cui Wieacker adotta il concetto di razionalismo europeo³⁰. Lo sviluppo di una cultura giuridica europea era per Wieacker un processo organico, una combinazione di fattori risultante in qualcosa di più di una mera tradizione. Più di recente, alcuni ricercatori hanno evidenziato il suo concetto fondamentale di coscienza giuridica come un modo di concepire la cultura giuridica come fenomeno integrato³¹.

Per concludere, possiamo considerare un altro autorevole autore nel campo dell'europaismo storico-giuridico, Helmut Coing. Fondatore del Max-Planck-Institut per la storia del diritto europeo, Coing ha creato un intero nuovo filone di ricerca negli studi sulla recezione del diritto romano e la creazione della cultura giuridica europea nella scienza giuridica. Amalgamando filosofia e storia del diritto, Coing introdusse la tradizione del diritto naturale come un elemento integrale della cultura giuridica europea. Non solo i diritti umani ma anche i diritti civili sono, di conseguenza, considerati parti integranti della tradizione. Questo fondare i diritti nella tradizione rappresentava un tentativo di Coing di risolvere il problema del diritto naturale³².

Tradizionalmente, i giuristi tedeschi erano scettici sui diritti naturali, trovando il concetto di un diritto soprapositivo teoricamente insopportabile e pericoloso. Nemmeno avversari dei nazisti, come Ernst Fraenkel e Franz Neumann, erano contenti di ricorrere al diritto naturale, in parte per i dubbi teorici, in parte perché il diritto nazista era fondato su un tipo di giusnaturalismo. I primi scritti del dopoguerra di Coing fanno parte di un cosiddetto rinascimento del diritto naturale nei primi anni del dopoguerra. Come scrive il Coing, gli eventi del recentissimo passato (un riferimento agli anni del nazismo) dimostrano l'incapacità

³⁰ Wieacker, *Vom römischen Recht* cit. 221; Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft* cit. 115.

³¹ Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience* cit.

³² K. Luig, *Helmut Coing (28.2.1912–15.8.2000)*, in *ZSS*. 119, 2002, 662-678; D. Simon, *Zwischen Wissenschaft und Wissenschaftspolitik: Helmut Coing (28.2.1912–15.8.2000)*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 54, 2001, 1029-1032; D. Nörr, *Über das Geistige im Recht: ein Nachruf auf Helmut Coing*, in *Juristenzeitung* 56, 2001, 449-452; M. Stolleis, *Helmut Coing 28.2.1912–15.8.2000*, in *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft* 2001, 873-874; T. Duve, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive (From a European Legal History Towards a Legal History of Europe in a Global Historical Perspective)*, in *Rechtsgeschichte Legal History. Zeitschrift des Max Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* 20, 2012, 18-71; T. Duve, *European legal history – global perspectives*, in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 6, 2013, 9; H. Coing, *Für Wissenschaften und Künste. Lebensbericht eines europäischen Rechtsgelehrten, hrsg., kommentiert und mit einem Nachwort von Michael F. Feldkamp*, Berlin 2014.

del diritto positivo di rispondere efficacemente all'uso della violenza politica e al potere dittatoriale³³.

Se il tema centrale di Koschaker era la tradizione del diritto romano e quello di Wieacker la scienza giuridica come un fattore europeo, le teorie di Coing sulla tradizione europea erano basate su valori e fondamenti filosofici. Le norme giuridiche possono essere viste come espressioni di questi valori. Se la tradizione giusnaturalistica francese e anglosassone era fondata sul valore intrinseco dell'umanità come giustificazione dei diritti e su strumenti come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani come manifestazione di questi, per Coing, invece, i diritti possono essere fondati nella tradizione stessa.

Coing scrive che l'essere umano come soggetto morale è in possesso dei diritti, contraddicendo sia la teoria giusnaturalistica dell'inalienabilità dei diritti che il fondamento dei diritti nell'umanesimo cristiano. Per esempio, Donellus, famoso giurista dell'umanesimo francese, riconosce quattro diritti naturali: diritto alla vita, immunità corporale, libertà e onore. Ma questi diritti soggettivi operano nel campo del diritto privato, non come diritti politici³⁴.

Uno dei valori o principi centrali per Coing era la libertà. Il concetto di libertà si sviluppa come un concetto generale, che include il principio d'uguaglianza umana. Lo sviluppo di questi principi può essere seguito nella tradizione giuridica europea, sin dal diritto romano. Scrive, commentando un passaggio del Digesto giustiniano (p. 43):

«Freiheit ist das Wesen alles echten geistigen Lebens, ist Ausdruck der Personwürde des Menschen. Darum ist Freiheit das höchste Rechtsgut, das einem Jedem zukommt; *'libertas inaestimabilis est'* (D. 50.17.106)»³⁵.

[La libertà è l'essenza della vita intellettuale, è un'espressione del valore umano dell'individuo. Quindi la libertà è il più alto valore giuridico garantito per ognuno; *'la libertà non si può misurare'* (D. 50.17.106)].

Usando un metodo analogico, Coing deriva quasi tutti i tradizionali diritti umani dalla libertà, per esempio dalla libertà di pensiero si può derivare il diritto all'educazione. In ultima istanza, questi diritti sono fondati su valori³⁶. Per

³³ H. Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts: ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg 1947, 7. D. Morris, *Write and Resist: Ernst Fraenkel and Franz Neumann on the Role of Natural Law in Fighting Nazi Tyranny*, in *New German Critique* 126, 2015, 197-230.

³⁴ H. Coing, *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, Frankfurt 1962 [1939], 66-67; H. Waider, *'Ars iuris' und 'suum in persona ipsa' bei Hugo Donellus*, in *Archiv für Geschichte der Philosophie* 43, 1961, 60-62.

³⁵ Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts* cit. 41-42.

³⁶ Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts* cit. 69-70.

Coing, questi valori trovano la loro espressione nella cultura giuridica europea. Si distinguono due filoni di questa tradizione, da una parte la tradizione giusnaturalistica, dall'altra la tradizione romanistica.

IV. *Vari modelli di europeismo*

Nei recenti dibattiti politici sul futuro dell'integrazione europea, spesso vengono espresse argomentazioni culturali riguardo alla possibilità effettiva di un diritto europeo. In questi dibattiti, il particolarismo nazionale è dichiarato come un ostacolo insuperabile per l'integrazione, spesso da parte di rappresentanti di partiti nazionalisti. Allo stesso tempo, gli stessi protagonisti presentano la cultura europea come un'antitesi del mondo extracomunitario o, più in particolare, del mondo islamico. Quest'incoerenza non è accidentale. La storia dell'europeismo in generale e dell'europeismo giuridico in particolare contengono varie e numerose connessioni ideologiche, non solo alla tradizione del totalitarismo, ma anche a vari aspetti del liberalismo e del conservatorismo.

Nelle discussioni sull'integrazione europea dei primi anni del dopoguerra prevalsero tre visioni fondamentali riguardo alle modalità giuridiche della futura integrazione. La prima era il funzionalismo (ora detto neofunzionalismo), che proponeva un fondamento economico dell'integrazione. Le nazioni d'Europa sono diverse, ma è possibile sviluppare un'integrazione su base economica in diversi settori tramite una stretta regolamentazione giuridica. Il secondo era il federalismo, che proponeva un approccio costituzionale per cui le nazioni europee accettavano alcuni limiti alla loro sovranità. Organi sovranazionali avrebbero approvato la legislazione europea valida in tutti i paesi. La terza alternativa era l'integrazione culturale. In questa alternativa, il punto principale si poggiava sulle tradizioni condivise dai paesi europei e la cooperazione nei settori in cui vi era già una convergenza.

Come sappiamo, agli inizi il processo di integrazione europea venne fondato sulla prima alternativa, il funzionalismo proposto soprattutto da Jean Monnet e Robert Schumann, la cui idea principale era lo sviluppo d'una co-dipendenza economica tra le nazioni europee. Le teorie e le proposte dei protagonisti del federalismo, come Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, autori del *Manifesto di Ventotene* (1941), divennero più importanti solo nei decenni seguenti con lo sviluppo delle istituzioni europee. Ma la terza alternativa, bocciata da capi di stato europei come Charles de Gaulle, ha avuto una strada difficile.

Non solo aveva rilevanza il fatto che molti dei movimenti politici che proponevano l'integrazione culturale fossero intensamente nazionalistici, ma anche la circostanza che la visione d'una unità culturale dell'Europa richiamava certe connotazioni del nazismo. Per esempio, la propaganda nazista parlò di 'unità eu-

ropea contro il comunismo'. Hitler era presentato come il protettore dell'Europa e della sua cultura condivisa, in lotta per la gloria del mondo europeo³⁷.

Tutti i romanisti che avanzarono le proprie idee sulla tradizione giuridica europea presentarono un ragionamento di stampo conservatore riguardo alla unità culturale europea. Riccobono, Koschaker, Wieacker e Coing erano tutti assertori della continuità della cultura giuridica. Ma questo non significa che le loro idee fossero riducibili al conservatorismo; infatti, la divisione tra conservatorismo e liberalismo perde la sua rilevanza in questa visione giuridica. Per esempio, i diritti umani sono tradizionalmente visti come una delle cause fondamentali del liberalismo. Questo non spiega come mai uno dei grandi fattori dietro la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* fosse il supporto dei conservatori europei. Per loro, i diritti umani erano primariamente diritti politici e, di conseguenza, questi diritti rivestivano un grande significato nella lotta ideologica contro il comunismo³⁸.

In maniera simile, dare una grande rilevanza alla tradizione giuridica romana non era una scelta che si poteva ridurre meramente alla giustapposizione tra liberalismo e conservatorismo. È vero che emergono limitazioni al grado di libertà del legislatore quando si dà un'autorità soprapositiva alla tradizione storica, per esempio se una gran parte del diritto privato è visto come legato alla tradizione giuridica. Ma nei dibattiti del dopoguerra gli obiettivi del liberalismo e del conservatorismo, incluso anche il conservatorismo cattolico (partiti come la Democrazia Cristiana), sono divenuti molto simili, per esempio nelle garanzie alla proprietà privata o al sistema capitalistico in generale.

In contrasto agli argomenti della scuola storica tedesca novecentesca, pochi tra i romanisti hanno suggerito che la legislazione nel campo del diritto privato debba essere abbandonata in favore di uno sviluppo organico della giurisprudenza. Nemmeno Koschaker, nel suo 'ritorno a Savigny', ha specificato la relazione tra diritto positivo, insegnamento del diritto romano e giurisprudenza. Per Wieacker e Coing, l'influsso della tradizione europea si trova nella giurisprudenza e nella giurisprudenza si trova il vero luogo dell'unità europea. Questa idea d'Europa precorreva i tempi e venne a fruizione solo negli anni Novanta³⁹.

³⁷ Propagandaministerium, Vertrauliche Information für Zeitschriften R. Spr. Nr. 317, Inf. Nr. 49) on June 30, 1941, ora in P. Kluge, *Nationalsozialistische Europa-Ideologie*, in *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 3, 1955, 240-275, 259.

³⁸ M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford 2017; J. Chappel, *Catholic Modern: The Challenge of Totalitarianism and the Remaking of the Church*, Cambridge, MA, 2018.

³⁹ Il momento di questo entusiasmo è chiaramente passato, perché anche le istituzioni tedesche si stanno muovendo oltre l'Europa, vedi T. Duve, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive* cit.

V. Conclusioni

L'idea che il diritto romano sia il fondamento della cultura giuridica europea è stata ampiamente accettata e, come è noto, utilizzata per mantenere il diritto romano nel curriculum della facoltà di giurisprudenza in molte università in Europa (alcuni corsi tipici sono 'Fondamenti del diritto europeo', 'Fondamenti romanistici del diritto europeo' o 'Diritto romano e fondamenti del diritto europeo'). Lo scopo di questo contributo era di discutere le radici di questa convinzione negli anni turbolenti prima e dopo la Seconda guerra mondiale. Negli anni Trenta, la cosiddetta crisi del diritto romano emerse dalle doppie minacce di modernizzazione dell'istruzione giuridica e attacco del partito nazista contro il diritto romano. Come si era ampiamente discusso nelle ricerche precedenti, la risposta più autorevole era quella di Paul Koschaker. Il Koschaker ha legato il diritto romano e il significato della sua natura come patrimonio europeo condiviso da tutti i paesi.

La premessa di Koschaker era conservatrice e conteneva una corrente sotterranea nostalgica riguardo al mondo prima delle rivoluzioni del 1917-1918. Sia lui che Riccobono erano intimamente legati alle idee del conservatorismo cattolico, ma come dimostrò Wieacker nella sua critica, le teorie erano incompatibili con la moderna scienza giuridica e storica. Perciò, è probabile che sarebbero stati presto dimenticati, a meno che l'ascesa dell'integrazione europea non avesse conferito loro nuova rilevanza.

La visione presentata da Wieacker, quella della tradizione giuridica come tradizione della scienza giuridica, ebbe molto più successo con giuristi del dopoguerra, ma ritengo che la vera ragione del successo dell'idea di una tradizione giuridica europea fosse il suo stretto legame con il progetto politico europeo. Proprio come la creazione del sistema europeo dei diritti umani, l'idea di una tradizione giuridica europea basata sui diritti soggettivi ha fatto appello a un'Europa che aveva appena visto cosa poteva fare la sottomissione del diritto al potere politico illimitato, non solo nella Germania nazista, ma anche in Italia e altri paesi europei. Helmut Coing ha unito l'idea di una tradizione sovranazionale del diritto e l'ascesa del pensiero giusnaturalistico dopo la guerra, argomentando in modo convincente che i principi giuridici di tale uguaglianza avevano una dimensione storica costitutiva che contribuiva alla loro validità. Questa è stata la tradizione a cui hanno attinto autori come Reinhard Zimmermann negli anni Novanta, trovando un precedente opportuno per l'integrazione giuridica europea.

Kaius Tuori
Università di Helsinki
kaius.tuori@helsinki.fi