CONOSCERE IL DIRITTO ROMANO

1. — Molti di voi, apprestandosi ad ascoltare questa mia conversazione sullo studio del diritto romano, si saranno certamente detti: « Ecco qui un professore della materia, che viene a farci l'elogio del mal di testa ». Ebbene, coloro che hanno pensato ciò non hanno il pregio dell'originalità, perché il collegamento dello studio del diritto romano a fenomeni di cefalea, e magari di nausea e di lieve capogiro, è cosa vecchia di secoli.

Esiste anche una poesia in proposito. La scrisse nel lontano 1854, pubblicandola in una raccolta intitolata « il trombettiere di Säckingen » (*Der Trompeter von Säckingen*), un giovane laureato delle università tedesche, Joseph Victor von Scheffel, il quale, venuto in Italia per un viaggio di studi, fece una puntata a Capri e, invaghitosi della bellezza dell'isola, vi rimase, come è successo in ogni tempo a tanti altri nordici, per una durata di circa venti anni. Tra una passeggiata alla Marina Piccola e un'escursione ad Anacapri, tra una lieta conversazione in Piazzetta e una assorta contemplazione al chiaro di luna dei Faraglioni, il nostro eroe riandò con la mente agli anni dei suoi studi universitarii e dei primi passi della sua pratica legale nella cittadina di Säckingen: anni che ovviamente gli parvero nella memoria tristissimi. Sopra tutto avvilente fu in lui il ricordo delle severe lezioni di Pandette propinategli dai professori di diritto romano, sí che esplose (la traduco liberamente) in questa rovente quartina: « Diritto romano, quando mi ricordo di te un macigno mi pesa sul cuore, una macina mi sconquassa lo stomaco, qualcosa mi stringe ed inchioda la testa ».

Suvvia, amici, non plaudite alla tromba di Säckingen prima che io abbia suonato la mia campana. E la mia campana suona qui per dirvi una cosa molto semplice: che il diritto romano, così come ogni altra materia universitaria, è una cosa assai pesante solo quando viene insegnato da certi professori tetri e funerari, che lo riducono ad una selva

* Traccia di una conversazione tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza di Teramo (Università Gabriele d'Annunzio). Pubblicata come opuscolo a cura della Facoltà di Giurisprudenza teramana (Napoli, Jovene editore, 1987, p. 14).

di aride formule, espresse, per di piú, in latino e in greco. Visto e insegnato, invece, nella concretezza delle sue situazioni, ambientato nel vivo della società e dell'economia romana, rivissuto nella sua dinamica storica, il diritto romano, non dirò che sia brioso o che sia sempre sollazzevole, questo no, ma indubbiamente è interessante, tanto interessante da fugare addirittura ogni mal di capo. Il che non sostengo io soltanto, ma ha sostenuto molto piú autorevolmente di me un grandissimo romanista tedesco del secolo scorso, Rudolf von Jhering: quel Rudolf von Jhering che, prendendosi gioco di certi suoi lugubri colleghi cattedratici, scrisse di diritto romano sempre con esemplare plasticità e pubblicò persino un libro, tanto profondo quanto divertente, dal titolo « Serio e faceto nella giurisprudenza » (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* [1884, tr. it. della 4ª ed., del 1891, Firenze 1954]).

2. — Il diritto romano, dunque, non è in sé affatto noioso: lo rendono noioso talvolta (o magari spesso) coloro che lo insegnano. Ed è un male, anche perché i tristi ricordi che molti hanno degli esami di diritto romano alimentano l'opinione volgare che quest'ultimo, essendo relativo ad una società lontana da noi duemila e piú anni, sia inutile all'apprendimento dei diritti moderni. Un'opinione, questa, che in alcuni paesi (per esempio, in Francia o in Germania) ha già prodotto forti riduzioni dei programmi e delle relative ore di insegnamento e che anche in Italia ha dato luogo ad avventati progetti di limitazione delle materie romanistiche di studio obbligatorio nelle università ad una soltanto, le Istituzioni di diritto romano.

Ora io non ricorrerò, per difendere il diritto romano, a certe giustificazioni che solitamente si avanzano. Io penso, al contrario, che il campo vada sgombrato da quelle giustificazioni. Basta infatti esaminarle un po' da vicino per rendersi conto della loro superficialità. Una superficialità, facilmente criticabile, che favorisce i detrattori del diritto romano nella loro campagna per l'abolizione, o quanto meno per la riduzione, di questa disciplina giuridica.

Vediamole, queste giustificazioni inefficienti. Esse sono tre.

Una prima pseudo-giustificazione del diritto romano fa appello alla provenienza di noi italiani dai Romani del buon tempo antico. Proprio noi italiani (chiedono alcuni) vogliamo rinunciare al nobile retaggio dei nostri antenati dell'antica e gloriosissima Roma? L'argomento è stato molto in voga negli anni del cosí detto « regime fascista », che esaltava la « romanità » della nostra stirpe, ma è un argomento inconsistente. Senza voler riecheggiare il giudizio di quello stra-

niero che disse, in un momento di malumore, che gli italiani discendono dai Romani come i vermi discendono dalla carogna di un nobile destriero, sta in fatto che, nei quindici secoli intercorsi tra l'età romana e noi, le tracce di Roma sono andate sbiadendo sino a scomparire del tutto. I molti reperti archeologici che restano in Italia dell'antica Roma non ci autorizzano a ritenerci discendenti della stessa.

Altra giustificazione dell'utilità del diritto romano, che io reputo insufficiente, è quella basata sul fatto che ancora oggi, quando si scorrono le nostre leggi moderne, sopra tutto se di diritto privato, si incontrano norme e istituti derivati pari pari dal diritto romano. Come rinunciare (si dice), nell'interpretazione delle leggi contemporanee, all'apporto fornitoci da tanto autorevoli « precedenti » e, in particolare, alla ricchissima « casistica » dei giuristi romani? Certo, dico io, rinunciarvi è sciocco, ma non è per questo soltanto che si legittima lo studio del diritto romano. Lo studio del diritto romano, come vedremo più in là, è irrinunciabile dalla cultura moderna anche nella ipotesi che non vi siano precedenti « in termini » delle norme e degli istituti contemporanei: è irrinunciabile nella sua globalità, non limitatamente ai precedenti « in termini ». Anzi l'ossequio smodato ai precedenti romani (o germanici, o canonici e via di questo passo) può essere pernicioso per il progresso del diritto moderno, perché impedisce ed ostacola certi suoi mutamenti reclamati dalla evoluta coscienza sociale. Tanto per fare un esempio, il codice civile italiano del 1942 ancora ripeteva (art. 781), sulle tracce di un vecchio e superatissimo principio giuridico romano, che « i coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salve quelle conformi agli usi »: c'è voluta una sentenza della Corte costituzionale (29 giugno 1973 n. 91) per togliere di mezzo, come costituzionalmente illegittimo, questo decrepito divieto delle *donationes inter virum et uxorem*.

Resta un terzo tentativo di giustificazione, ma è il più debole di tutti. Il diritto romano (dicono alcuni) è sommamente utile come esercizio mentale: lo studio dei casi esaminati dai giuristi romani e delle soluzioni dagli stessi escogitate è quanto di meglio ci si possa augurare per allenare i giovani al ragionare giuridico. Non sarò io a negarlo, ma onestà vuole si dica che pari fruttuoso allenamento i giovani farebbero se fossero largamente esercitati dai loro insegnanti di diritto moderno allo studio della casistica contemporanea in materia civile, penale, costituzionale, amministrativa e via dicendo: cosa che, per verità, non sempre succede. Quindi sia reso onore alla casistica romana; tuttavia non denigriamo ingiustamente la casistica moderna.

3. — Perché è utile, allora, conoscere il diritto romano? Perché esso costituisce un ricchissimo patrimonio di esperienza per il giurista chiamato ad interpretare e ad applicare il diritto vigente (italiano, francese, tedesco, inglese eccetera) o addirittura chiamato a creare legislativamente nuovo diritto.

Giurista degno di questo nome, sia nelle vesti dell'avvocato o del giudice e sia nelle vesti del parlamentare che attende al varo di una nuova legge, non è e non può essere chi conosca a memoria (ammesso che sia possibile) tutte le leggi dello stato e tutte le nozioni contenute nei manuali universitarii. Giurista degno di questo nome è chi, posto di fronte a un caso della vita di relazione, sappia orizzontarsi tra le leggi e le consuetudini per trovare la norma giuridica più appropriata a quel caso, nonché chi, posto di fronte ad un problema sociale non risolubile o non ben risolubile alla luce del diritto vigente, sappia studiare la nuova soluzione legislativa più adeguata alle esigenze della coscienza sociale. Ma per arrivare a tanto, per diventare cioè un buon giurista e non un passacarte di serie B, occorre esperienza, molta e raffinata esperienza, e la esperienza non la si fa solo con i propri pochi anni di routine. La si accumula e la si affina mediante la così detta « comparazione giuridica », vale a dire guardando alle esperienze delle altre civiltà giuridiche del presente e del passato.

La comparazione del diritto vigente con le altre civiltà giuridiche del presente costituisce oggetto di quella disciplina universitaria che si denomina (in senso stretto) « diritto comparato »; la comparazione del diritto vigente con le civiltà giuridiche del passato costituisce oggetto delle discipline universitarie di « storia del diritto », tra le quali figurano le discipline « romanistiche » (Storia del diritto romano, Istituzioni di diritto romano, Diritto romano approfondito e altre). Ora, per tornare alle discipline romanistiche, non starò a dirvi, come pur potrei, che vale la pena di studiarle perché i Romani ebbero il « genio » del diritto e perché il diritto romano ha perciò un posto altissimo tra i diritti storici. Vi dirò, ragionando più terra terra, che il diritto romano è tra i più ricchi di vicende significative e tra i più riccamente documentati. Chi lo studia può avvalersi di una larghissima documentazione tecnica (il che non è, ad esempio, per i diritti greci o, che so, per il diritto cinese) e può, attraverso questa documentazione, conoscere e valutare una larghissima messe di problemi sociali, di relative soluzioni e di variazioni delle stesse in dipendenza di mutate condizioni di vita e di nuove esigenze sociali. Tredici e più secoli di storia giuridica si offrono alla nostra meditazione: come non accade per altre

civiltà giuridiche del passato, anche se, eventualmente, piú luminose di quella romana.

Naturalmente non è detto che il ricorso alla comparazione col diritto romano torni utile in ogni occasione. Non dobbiamo dimenticare, infatti, che il diritto romano corrispose alle istanze di una civiltà eminentemente agricola, mentre la civiltà di cui facciamo parte ha carattere anche e largamente industriale. Tuttavia l'esperienza romana può soccorrerci molto piú di quanto non si creda ed anche in campi che, a tutta prima, sembrano incomparabili con la vita del giorno d'oggi. Sí, anche in materia di diritto pubblico. E mi sarà facile darvene un esempio, intrattenendomi brevemente su una questione scottante, di cui tanto si parla: quella del voto segreto.

Come tutti sapete, al giorno d'oggi, in Italia, il segreto del voto non è assicurato soltanto in sede di comizi elettorali e di referendum popolare, che si svolgono appunto con la deposizione nelle urne di schede riempite dai cittadini nel chiuso di una cabina, ma è richiesto, il segreto del voto, anche per molte deliberazioni delle assemblee legislative, cioè della Camera dei deputati e del Senato. Bene, che succede, ahimè molto spesso, nelle nostre assemblee legislative? Succede che taluni o molti deputati o senatori, approfittando della copertura del segreto, votano in senso contrario a quanto apertamente dichiarato in sede di « voto di fiducia », oppure a quanto promesso, « *apertis verbis* », ai loro capigruppo o ai loro segretari di partito. Si verificano spesso, con ciò, la messa in minoranza del governo, la rottura di patti interpartitici e altre spiacevoli conseguenze del genere. Indignati contro questi « franchi tiratori », alcuni politici nostrani hanno proposto, per le assemblee legislative, la abolizione, o almeno una forte riduzione del voto segreto: chiamati a votare palesemente, i franchi tiratori non oseranno infrangere le promesse fatte nelle riunioni di partito. Ragionamento indubbiamente esatto, ma altrettanto indubbiamente illiberale, perché, calcolando sulla vigliaccheria degli aspiranti franchi tiratori, costringerebbe questi ultimi ad esprimersi, nel momento della verità, in modo diverso dal loro reale pensiero.

Uno sguardo alla storia del diritto pubblico romano non solo ci rende avvertiti che il voto segreto è stata una faticosa conquista della democrazia, ma pone anche in luce come la mancanza della segretezza nel voto possa addirittura agevolare la paurosa decadenza di un sistema democratico. A Roma, in origine, il voto era palese e si prestava in pubblico, ma appunto perciò le fazioni politiche (assimilabili alle organizzazioni di partito dei tempi in cui viviamo) avevano buon giuoco nell'in-

timidire i votanti e nel farli votare come esse preferivano. Allo scandalo posero fine, proposte dai tribuni della plebe, le così dette « leggi tabellarie » (*leges tabellariae*) degli anni tra il 139 e il 107 avanti Cristo, le quali disposero che nelle assemblee popolari (elettorali, giudiziali, legislative) il voto si assegnasse in segreto su apposite tabelline da deporsi da ciascun votante nelle urne. Rimase però esente dal voto segreto l'altissimo consesso del senato, nel quale i senatori esprimevano a fronte aperta, davanti ai colleghi ed ai rappresentanti del popolo, le loro autorevoli e personali opinioni sugli affari di stato. Ma quando a Roma prevalsero i così detti *principes*, a cominciare da Cesare Ottaviano Augusto, ecco che il senato, depositario dei valori repubblicani, non ebbe il coraggio, almeno nella sua maggioranza, di esprimere palesemente la propria avversione ai principi, anzi ne echeggiò vilmente i discorsi, ed anche perciò la libera repubblica romana si trasformò progressivamente prima in « principato » autoritario e poi, col terzo secolo dopo Cristo, in monarchia assoluta. Il che dimostra che la slealtà dei franchi tiratori, che approfittano del segreto dell'urna per votare secondo la loro libera decisione, è un male infinitamente minore della vigliaccheria di cui le stesse persone darebbero prova deliberando a voto palese e delle conseguenze antidemocratiche cui il voto palese potrebbe dar luogo.

4. — Ma lo studio del diritto romano non è soltanto utile alla formazione di una soddisfacente cultura giuridica. Ai tempi nostri e sopra tutto ai tempi nostri, esso è addirittura indispensabile alla preparazione dei buoni giuristi.

I tempi in cui viviamo sono tempi in cui non è possibile al buon giurista limitarsi alla conoscenza del diritto del proprio specifico paese. La moltiplicazione e velocizzazione dei rapporti tra i vari paesi del mondo esige nel giurista, oltre che la capacità di conoscere intimamente il proprio diritto nazionale, anche la capacità di comprendere i diritti esteri e di entrare in comunicazione con i giuristi che li rappresentano. A questo fine non basta intendersi, eventualmente attraverso traduttori, sul piano del linguaggio: occorre intendersi sul piano di comuni concetti di riferimento, come, ad esempio, « proprietà », « contratto », « filiazione » e via di questo passo.

Esiste questa possibilità? Certo che esiste. Essa è data dal fatto che, pur nella loro diversità nei particolari, l'ottanta per cento dei sistemi giuridici del mondo civile si rifà, direttamente o indirettamente, più intensamente o meno intensamente, al diritto romano ed alla successiva tradizione romanistica, cioè a quella tradizione di studi giuridici

che ha assunto per base, pervenendo sino a noi, le testimonianze della civiltà giuridica romana e specialmente quelle contenute nei libri del così detto *Corpus iuris civilis* giustiniano: Istituzioni, Digesti, Codice e Novelle. Pur nella loro varietà quanto ai particolari, si ispirano al patrimonio giuridico romano i diritti dei paesi latini (Italia, Francia, Spagna, Portogallo e via dicendo), i diritti ricalcati su quelli dei paesi latini (come i diritti di Grecia, di Argentina, di Brasile, di Cile, di Messico e dei paesi dell'America centro-meridionale), i diritti dei paesi germanici (che del diritto romano operarono, nell'età di mezzo, la così detta « recezione ») ed altresì, sia pure con larga approssimazione, gli stessi diritti dei paesi anglosassoni (dall'Inghilterra al Nord America, al Canada anglofono, al Sud Africa). Alla lista bisogna aggiungere i diritti dei paesi socialisti, cioè quelli dell'Unione sovietica e delle nazioni europee alla stessa aderenti: diritti che polemizzano spesso e aspramente con i contenuti, ma solo con i contenuti (per esempio, in materia di proprietà privata o di lavoro subordinato) delle « forme » giuridiche romane. Non basta. Il fenomeno, solo da poco superato, delle colonizzazioni ha esteso, nel secolo scorso e agli inizi del nostro secolo, i diritti latini o quelli anglosassoni anche a vastissime zone di Africa, di Asia, di Australia, ove vigevano in origine solo consuetudini tribali del più vario tipo o sistemi giuridici di tradizione islamica o di altra tradizione locale: consuetudini e sistemi giuridici che in qualche caso sopravvivono tuttora, ma variamente commisti alle culture giuridiche importate dai paesi colonizzatori. Il resto lo ha fatto e continua a farlo (pensate alla Cina, al Giappone, ai paesi dell'Oriente asiatico) l'enorme influenza che esercitano nel mondo, come modelli di organizzazione politica e giuridica, le grandi potenze occidentali o socialiste: potenze con le quali si sogliono avere attive relazioni e delle quali si assumono, pertanto, le vesti, la lingua, il diritto.

Ancora di più. Quali sono i principî cui si ispira, per ormai lunga tradizione, il così detto diritto internazionale, quello che vige nei rapporti tra tutte le nazioni del mondo, se non i principî romanistici? E quali sono i concetti giuridici di riferimento delle grandi organizzazioni internazionali, a culminare nell'ONU (Organizzazione delle nazioni unite), se non i concetti ispirati al diritto romano? E secondo quali canoni viene costruita, col contributo degli scienziati di tutti i paesi del mondo, la scienza generalmente nota come « Scienza universale del diritto », se non secondo canoni di provenienza in gran parte romana?

Non deve stupire, ciò posto, che il diritto romano venga insegnato, come viene effettivamente insegnato, nelle università e negli

istituti superiori dei piú diversi paesi del mondo: dall'Italia alle due Germanie, dalla Francia alla Gran Bretagna, dalla Spagna alla Polonia, dall'America latina all'Australia, dal Nord America al Giappone. Se mi è concesso il paragone, il diritto romano è una sorta di « esperanto giuridico », di lingua comune alla gran parte degli ordinamenti giuridici del mondo, che permette la reciproca intesa fra le tante nazioni che convivono e vogliono convivere nella comunità internazionale.

5. — Esempi? A prescindere da quelli già dati precedentemente, ve ne potrei facilmente portare in grande quantità. Mi limiterò, per economia del discorso, ad alcuni.

Prendiamo il matrimonio. Nei diritti moderni, sia di tipo latino sia di tipo anglosassone, nonché nel diritto canonico, questo istituto è regolato legislativamente come un rapporto tra marito e moglie, che discende da un atto iniziale di celebrazione: scioglie il matrimonio la morte di uno dei coniugi oppure, là dove è ammesso, il loro divorzio. Ma nella prassi contemporanea va sempre piú diffondendosi la « mera convivenza » dei due soggetti di sesso diverso (spesso detta, per eufemismo, « fidanzamento »): convivenza seriamente e durevolmente voluta, che equipara socialmente i soggetti a due coniugi e che i soggetti protraggono sino al momento della morte o sino al momento in cui, venendo meno il cemento del comune volere, essi si distaccano e tornano a vivere ciascuno per suo conto.

Come considerare questa prassi della « famiglia di fatto »? Considerarla come giuridicamente irrilevante, o riconoscerla, entro limiti piú o meno intensi, come un surrogato del matrimonio legale? È un problema, codesto, che si va ponendo sempre piú largamente e che i giudici di vari stati già tendono, ma non senza esitazioni, a risolvere con qualche timida e ristretta ammissione, a mo' di matrimonio, della convivenza *more uxorio*.

Ebbene, in questo campo l'esperienza del diritto romano può essere preziosa. A Roma era riconosciuto in origine solo il matrimonio derivante da un fatto costitutivo iniziale, da una sottomissione della donna alla potestà familiare (*manus*) del marito o di chi avesse potestà sul marito, insomma da una « *conventio uxoris in manum mariti* ». Era questo il cosí detto « *matrimonium cum manu* », che però, col procedere dei tempi, fu sempre piú spesso surrogato dal matrimonio esclusivamente legato alla durevole convivenza dei soggetti, privo della iniziale *conventio in manum*: matrimonio che usiamo chiamare « *matrimonium sine manu* » e che i Romani considerarono sciolto solo il gior-

no in cui, senza necessità di formule e di riti, i coniugi constatassero che era venuta meno la loro comune volontà di convivenza e attuassero perciò il loro divaricamento, il loro *divortium*.

Forse oggi i tempi non sono ancora maturi per un esplicito riconoscimento legislativo della convivenza *more uxorio* come specie di matrimonio. In particolare, vi osta in Italia una precisa disposizione della Costituzione repubblicana, la quale (art. 29) proclama la famiglia come « società naturale fondata sul matrimonio » e chiaramente intende per matrimonio quello basato sulla celebrazione iniziale e regolato dal codice civile. Tuttavia io penso che la vasta casistica del *matrimonium sine manu* dei Romani debba avere il suo peso nel trattamento moderno della convivenza matrimoniale da parte dei giuristi, dei giudici e dello stesso legislatore. Trattamento che merita di comportare per la stessa un più ampio favore, sopra tutto in materia di filiazione e in materia di successione a causa di morte.

6. — Un altro fenomeno assai frequente nel mondo moderno, che molto potrebbe giovare dell'esperienza romana, è quello della contrattazione « per adesione ».

La società contemporanea, che è una società prevalentemente industriale, ha registrato il moltiplicarsi delle grandi imprese che producono in serie i principali beni e servizi che possono occorrere ai singoli privati: dall'energia elettrica al gas per riscaldamento, dal telefono all'acqua potabile, dai trasporti alle assicurazioni, dalle automobili ai detersivi, ai medicinali, ai libri. Al giorno d'oggi il singolo privato sempre più raramente si trova a poter trattare con un produttore le caratteristiche specifiche, le specifiche modalità di erogazione, l'appropriato compenso di un bene o di un servizio del quale abbia bisogno. Il produttore, che è di solito una « casa produttrice » o un ente erogatore, predispone il tutto sulla base di indagini di mercato, fissa il corrispettivo sino al centesimo e lascia a lui, al privato, solo la scelta fra il prendere o il lasciare. Le modalità del contratto relativo sono enumerate dallo stesso produttore in un elenco dettagliato di « condizioni generali », in « moduli » a stampa, in « formulari », che il privato è invitato a firmare, previa lettura più o meno sommaria.

Il grosso problema che pongono alle nostre coscienze questi moderni « contratti per adesione » è costituito dal fatto che essi mettono una sorta di corda al collo dei contraenti più deboli, i quali, sottoscrivendo il modulo o accettando in blocco le condizioni generali, si precludono ogni possibilità di reclamo. Né risolve soddisfacentemente questa

difficoltà la norma del codice civile italiano (art. 1341 e 1342) secondo cui le così dette clausole « vessatorie », cioè le clausole particolarmente onerose per la clientela, vanno accompagnate da una firma supplementare di presa visione, perché non è affatto sicuro che queste clausole siano, in concreto, davvero scrutate e valutate con maggiore accortezza da coloro che, pressati dal bisogno e dalla fretta, passano a sottoscriverle. Occorre, dunque, che l'istituto dei contratti per adesione, riconosciuto da tutti i diritti del mondo, sia sottoposto a più accurato esame, sopra tutto a tutela dei contraenti più deboli.

A tal proposito tornerà sicuramente utile una riconsiderazione della storia del diffusissimo contratto romano denominato *stipulatio*, che era appunto un contratto per adesione: un contratto in cui una parte (lo *stipulans*) fissava oralmente tutte le condizioni del negozio proposto, chiedendo alla controparte se le accettava o meno (per esempio: « *promittis?* »), e l'altra parte (il *promissor*) enunciava con una sola parola (per esempio: « *promitto* ») la sua accettazione. La storia della *stipulatio* ci mostra che questo contratto, indubbiamente utilissimo ai fini di una negoziazione rapida e semplice, incontrò nel pubblico e nei giuristi romani una sempre più diffusa diffidenza anche a causa della sua eccessiva meccanicità e a causa, in particolare, del poco conto che esso faceva della vera volontà del *promissor*. Le ragioni per cui l'istituto finì per decadere furono molteplici e complesse, ma non ultima causa di degenerazione della *stipulatio* fu quella rappresentata dal disagio che essa creava in coloro che erano invitati ad aderire passivamente agli schemi contrattuali predisposti dagli *stipulatores*.

7. — (*Omissis*). I Romani, continuando con gli esempi, non ignoravano, che so, il problema giuridico, tanto discusso dai moderni cultori del diritto amministrativo, del così detto « funzionario di fatto », cioè il problema della validità (o non validità?) degli atti compiuti da una persona che sia solo apparentemente un pubblico funzionario, ma che in realtà manchi del titolo che lo legittimi all'esercizio di pubbliche funzioni. La soluzione favorevole alla validità, oggi comunemente difesa, trova conforto in un passo di Ulpiano, giurista fiorito a cavallo tra il secondo e il terzo secolo dopo Cristo, il quale (D. 1.14.3) non dubitava della validità degli atti compiuti da un certo Barbario Filippo, schiavo fuggitivo, che, nell'ignoranza della sua condizione di schiavo, era stato fatto nientemeno che pretore.

Né voglio chiudere il mio elenco senza aver accennato ad una grossa questione che oggi si dibatte circa lo spazio cosmico. Le nazioni

che lanciano i loro missili in quello spazio possono arrogarsi la sovranità sullo stesso? No, rispondono in maggioranza gli internazionalisti. E per difendere questa giusta tesi alcuni di loro si rifanno alla categoria delle *res communes omnium*, di cui ci parla un giurista del terzo secolo dopo Cristo, Marciano (D. 1.8.2). Lo spazio cosmico è una *res communis omnium*, una cosa a disposizione illimitata di tutti, ed appunto perciò è inappropriabile dai singoli.

Ma vedo che sto ormai superando ogni limite di tempo e, chiedendovene perdono, mi affretto a porre fine al mio discorso.

8. — Spero di avervi convinti della mia convinzione. Conoscere il diritto romano, per noi giuristi, è necessario od è, in ogni caso, assai utile. Voglio aggiungere (già l'ho accennato all'inizio) solo una cosa: conoscere il diritto romano può essere anche moderatamente divertente. E ve ne offro una prova, parlandovi brevemente di « Cicciolina »: no, non di quella pornodiva italiana, di nome Ilona Staller e di soprannome Cicciolina, che l'inavvedutezza di un certo partito politico nostrano ha portato a far parte della Camera dei deputati, ma del prototipo romano della nostra Cicciolina.

Il suo nome era Carfania o, secondo Valerio Massimo (8.3.2), Caia Afrania. Era moglie di un senatore dei tempi di Giulio Cesare, Licinio Buccone, ed era l'impudenza fatta persona. Ulpiano, che ce ne parla nel suo commento all'editto del pretore (D. 3.1.1.5), perde addirittura la sua abituale compostezza riferendosi a lei, e la definisce *improbissima femina*, femmina scostumatissima. Perché tanta severità? Perché, pensate un po', la nominata Carfania aveva la mania di presentarsi nel Foro e di perorare come avvocato le cause davanti al solenne tribunale del pretore. L'avesse fatto col dovuto decoro, non ci sarebbero state difficoltà di sorta. E invece no, Carfania, stando sempre al racconto sdegnato di Ulpiano, esercitava le sue difese *inverecunde*, in maniera inverecunda, e *magistratum inquietans*, togliendo la pace al magistrato.

Ulpiano non lo dice espressamente, Valerio Massimo nemmeno, ma in noi moderni, ammaestrati dagli « exploits » della Cicciolina del giorno d'oggi, sorge inevitabile il sospetto, ma sí, il sospetto che Carfania si lasciasse scivolare dalle spalle la stola e mettesse in mostra *inverecunde*, con grave disagio per i flussi sanguigni del pretore, il petto. Un petto, oso sperare, ben piú rigoglioso di quei muscoletti pallidi e gelatinosi che la nostra Cicciolina pone, ogni due per tre, allo scoperto.

Sta di fatto che, per evitare il ripetersi di simili sconvenienti episodi, il pretore romano non solo cacciò Cicciolina, volevo dire Car-

fania, dal suo cospetto, ma emanò un editto generale, che vietò anche per l'avvenire, non si sa mai, alle donne di difendere cause altrui davanti al suo *tribunal*.

POSTILLA PRIMA: PROFESSORI MACIGNO.

« Römisch Recht, gedenk'ich deiner, / Liegt's wie Alpdruck auf dem Herzen, / Liegt's wie Mühlstein mir im Magen, / Ist der Kopf wie brettvernagelt ».

Nel fare di questi versi scherzosi di Joseph Victor von Scheffel l'epigrafe della sua introduzione a *Wex 12*, il collega Fritz Sturm non immaginava, forse, che sarebbe stato il sottoscritto, come italiano e come napoletano, ad apprezzare in pieno il gusto di una citazione tratta da *Der Trompeter von Säckingen* del lontanissimo 1854.

Il poema fu infatti composto a Capri, ove il giovane Scheffel, presto stancatosi di esercitare l'avvocatura a Säckingen, si recò in visita per qualche giorno e, come è avvenuto prima e dopo a tanti altri tedeschi e nordici, rimase invece lunghi anni, festoso animatore di quella colonia « straniera » dell'isola, che è poi, in realtà, il nucleo piú caprese di Capri.

A Capri, come si sa, l'autore di *Gaudeamus* e di tanti altri « Trinklieder » non ebbe la fortuna di rimanere sino alla morte (morì sessantenne, nel 1886, nella natia Karlsruhe). Ma lasciamo andare i ricordi e le rievocazioni e torniamo al diritto romano, a quel macigno che pesa sul cuore, a quella macina che sconquassa lo stomaco, a quello strumento di tortura che stringe e inchioda la testa. Non nascondiamo il capo nella sabbia. Scheffel si riferisce non tanto alla materia, quanto ai suoi tetri ed inesorabili insegnanti: quegli stessi insegnanti, opprimenti e funerari, di cui si prendeva gioco, piú o meno negli stessi tempi, il Rudolf Jhering dei primi saggi di *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, del 1884. E bisogna aggiungere, purtroppo, che la lugubre schiera dei dottor-professori di cattedra ha vinto. È principalmente per merito loro che il diritto romano, non soltanto in Germania e altrove, ma anche e forse piú in Italia, è diventato nei programmi universitari un insegnamento di secondo ordine, generalmente facoltativo, solitamente sfuggito dai discenti come un incubo o come una malattia, e ritenuto per di piú,

* In *Labeo* 25 (1979) 109.