

IL DIRITTO ROMANO È UN « OPTIONAL »?

1. — Chiedo scusa, sinceramente, a quanti fra voi (se ve ne sono) possono trovare un po' frivolo il titolo di questo mio intervento.

In effetti si tratta di un titolo piuttosto « a sensazione », che non risponde a quei « panni reali e curiali », di cui si rivestiva il Machiavelli, stando alla famosa lettera a Francesco Vettori, prima di accingersi ad occuparsi di argomenti culturali. Tuttavia, a prescindere dalla evidente iperbole utilizzata dal Segretario fiorentino (il quale voleva forse raccontare soltanto che, finite le fatiche nei campi a San Casciano, aveva l'uso lodevole di lavarsi e di indossare indumenti meno trasandati prima di passare tra i suoi libri in studio), l'effetto di « richiamo » che io avevo voluto creare, mesi or sono, nel dettare telefonicamente il titolo della mia conversazione ad un giovane ricercatore milanese, era connesso ad un equivoco, o più precisamente (così certamente avrebbe detto il Betti, già professore in questa università) ad un « malinteso ». Al fatto cioè di avere creduto, causa la mia disattenzione, che oggi avrei dovuto pronunciare, non già una conversazione ambientata in un convegno di studi, ma una semplice lezione agli studenti, anzi agli studenti di primo anno.

Per gli studenti, sí, il titolo era, penso, adatto ed adeguatamente provocante. Alla loro diffusa riluttanza a considerare le discipline giurimanistiche come strettamente essenziali per una dignitosa preparazione giuridica, alla loro diffusa tendenza a considerare il diritto romano come un « di più » per i loro studi, cioè al massimo come un « optional », io avrei opposto valanghe di argomenti più o meno robusti per persuaderli, sulla falsariga di una famosa canzone napoletana, che lontani dal diritto romano, così come lontani da Napoli, « nun se po' stà ».

Accortomi troppo tardi dell'errore ostativo, quando oramai il programma era già stampato, è ovvio che io abbia smesso l'idea di convincere voi, proprio voi, dell'importanza del diritto romano. Avrei sfondato una porta aperta, portando vasi a Samo e nottole ad Atene. Pertanto

* Sviluppo di una comunicazione pronunciata nell'Università di Milano, il 23 ottobre 1992, in occasione di un « incontro di studio » in memoria di Gaetano Scherillo. Inedito.

mi affretto a cambiare registro e passo ad esporvi, nel caro ricordo di Gaetano Scherillo, alcune variazioni sul tema (vediamo se indovinate), ma sí, sul tema del diritto romano, come « optional » della cultura giuridica « tout court ». Voglio dire sulla battaglia che dobbiamo quotidianamente combattere contro molti studiosi del diritto moderno e della filosofia del diritto onde convincerli che l'esperienza giusromanistica (così come, più in generale, l'esperienza storica del diritto) non è qualcosa di inessenziale per le loro riflessioni, e tanto meno deve essere dagli stessi utilizzata a mero titolo di spolvero superficiale, di citazione esornativa, nei loro scritti, ma è, al contrario, nonché utile, addirittura indispensabile alla fondatezza, o più esattamente alla saldezza (sin che interverrà, se interverrà, la « falsificazione » pessimisticamente prevista da Karl Raimund Popper), del prodotto delle loro fatiche.

Cosa, questa, di cui Emilio Betti, poc'anzi citato, era pienamente convinto, ma con la debolezza di farsi alcune volte sopraffare dalla sua vastissima conoscenza del diritto moderno, specie germanico, e della così detta « dogmatica » da esso ispirata, e di farsi altre volte travolgere (come è stato rilevato da specialisti del ramo) dalla potente suggestione di una, se non anche di più dottrine filosofiche non sempre e del tutto coerenti tra loro. Cosa, questa, di cui era non meno convinto Riccardo Orestano, giusromanista forse ancora più affascinante nel parlato che nello scritto, ma con la tendenza inquieta a non stare aderente ai problemi in discussione, ma a trarre da essi sempre nuovi problemi da affrontare a titolo di connessione o addirittura di premessa, sino al punto da creare talvolta una foresta là dove era inizialmente un albero. Cosa, questa, di cui era infine altrettanto convinto Gaetano Scherillo, nei suoi limpidissimi scritti e nelle sue serene conversazioni, ma con la virtù di tenersi sommessamente (in realtà, maestrevolmente) accosto ai temi prescelti, ordinandoli secondo una gamma ragionevole di priorità e trattandoli l'uno dopo l'altro con una naturalezza tranquilla del procedere che aveva per l'interlocutore del riposante.

Io non intendo qui, e non ho mai inteso altrove, fare graduazioni di valori tra i modi di indagine di un Betti, di un Orestano, di uno Scherillo e di tanti altri giusromanisti italiani e stranieri di mia conoscenza. Nel mondo degli studi, quando ci si trovi di fronte a personaggi che abbiano raggiunto una loro individualità a tutto tondo, darsi alle comparazioni è ridicolo, tentare di stabilire ordini di maggiore o minore grandezza è meschino, lo stesso preferire personalmente questo a quello o viceversa, è arbitrario e può riuscire fuorviante.

Scherillo è stato Scherillo: punto e basta. Il suo contributo al pro-

gresso degli studi giuridici, e non solo di quelli giustromanistici, è stato innegabile: altro non si può dire. Rievocarne la nobile figura non è pertanto solo una manifestazione di affetto (da parte mia vivissimo), ma è un dovere storiografico ben preciso. Un dovere al quale, per la minima parte che mi concerne, cercherò qui, oggi, di non sottrarmi.

2. — Gli studi dedicati da Gaetano Scherillo alle nostre fonti di conoscenza del diritto romano (studi che abbiamo in questo momento tra le mani, riediti nel primo volume degli *Scritti giuridici*) sono saggi ben noti agli iniziati, ma che possono essere per l'occasione utilmente riletti: non tanto per l'attendibilità di molti risultati, quanto per la lucidità e la pacatezza del metodo di indagine di cui sono espressione. Essi ci rapportano con immediatezza ai due manuali di storia, quello di Longo-Scherillo e quello di Scherillo-Dell'Oro, di cui il nostro, nella veste del coautore, è stato l'attento e sagace promotore.

Non so se altri, ma io, che ho studiato e insegnato in tempi lontani sul manuale dell'Arangio-Ruiz e che poi ho per oltre quarant'anni intensamente lavorato per scrivere e riscrivere un mio manuale sino all'ottava edizione del 1990, io a quei due testi universitari, in chiara progressione l'uno rispetto all'altro, ho fatto capo innumerevoli volte, e tuttora faccio capo nelle mie stesure, perché credo di averne pienamente apprezzato i moltissimi spunti che tuttora scaturiscono dalla loro prosa semplice e piana. Sono libri ben pensati ed appunto perciò tuttora indispensabili a chi voglia a sua volta pensare, per sforzarsi di andare ancora avanti lungo la strada infinita della storia giuridica romana.

Tanto per dirne una, ancora una volta a quei due manuali (oltre che agli altri, è ovvio) ho fatto capo, in una recente occasione, nell'occuparmi di nuovo, e a seguito della lettura di nuovi studi sul tema, del problema relativo alle origini dell'*imperium* ed alla funzione originaria del *magister populi*. Non starò ad annoiarvi con le mie ultime disquisizioni in materia (disquisizioni che potrete criticare a vostro agio leggendo in un articolo destinato ad *Index* col titolo « *Bina comitia de magistratibus* »). Vi dico solo questo: che l'insistenza dello Scherillo sul punto che i re romani univano in sé inscindibilmente il politico e il religioso mi ha indotto a rileggere un testo liviano solitamente trascurato, là dove si afferma che Numa istituì il sacerdozio del *flamen Dialis* affinché vi fosse sempre pronto in città chi potesse prendere i *summa auspicia* in vece del re, quando questo fosse assente per esigenze belliche (cfr. Liv. 1.20.1). Aggiungerò che da questa lettura ho tratto conferma della probabilità che il *rex* romano, sin che gli fu possibile, non delegò ad un distinto e

subordinato *magister populi* il comando dell'*exercitus centuriatus*, ma fu egli stesso per lungo tempo lo stesso *magister populi*, ed è questo che spiega nel modo migliore come il *magister populi* di età repubblicana, altrimenti detto *dictator*, avesse, quanto ai *summa auspicia* a lui riservati, la levatura suprema dell'antichissimo *rex*.

È uno dei tanti illuminanti spunti, quello che vi ho ora succintamente accennato, che ancora ci provengono dalla rilettura di volumi che sono vecchi solo di data.

3. — Altri numerosi impulsi ci offre (e vedo che anche varî partecipanti a questo nostro incontro lo hanno rilevato) l'ottimo corso universitario sulle *res*, che Gaetano Scherillo ha dato alle stampe nel 1944.

Non ho la presunzione di partecipare anch'io alla trattazione dei temi che i miei validissimi colleghi si sono riservati. Mi limito ad un punto che, a dir così, non è stato prenotato da altri: quello della situazione dell'uomo libero rispetto al catalogo delle *res*.

A tal proposito, lo Scherillo (p. 22 ss.) prende decisa posizione contro l'alta autorità di Vittorio Scialoja, il quale ha sostenuto che l'uomo libero « può essere considerato *res* di fronte ai rapporti di credito, alla patria potestà e alla tutela, non invece di fronte al dominio » (e, si aggiunga, di fronte agli altri diritti reali). La dimostrazione scherilliana, pur se si basa su un equivoco passo di Modestino (5 *pand.* D. 45.1.103), su un poco credibile sospetto di interpolazione giustiniana di un frammento di Gaio (4 *ed. prov.* D. 41.3.9) e sull'assenza degli *homines liberi* dal catalogo delle *res Mancipi*, è una dimostrazione che convince. Convince anche là dove vengono sobriamente contestati i motivi per cui si può essere a tutta prima indotti a ritenere subordinati a *dominium* gli *addicti*, gli *auctorati*, i *redempti ab hostibus*, cui accosterei (anche se non espressamente menzionato) il *liber homo bona fide serviens*.

Ora, è a questo punto, in chi legge, che il dubbio nasce e che proprio dallo Scherillo, nella sua grande probità di ricercatore, il seme viene implicitamente gettato. Infatti, il nostro autore non si nasconde, e tanto meno ci nasconde, che, se anche non li includevano grossolanamente tra le *res* (come invece tendevano a fare in certo senso i postclassici, sopra tutto per i *coloni*), i giuristi classici non avevano esitazioni di sorta nell'ammettere, anzi nel proclamare, che i *liberi* potessero essere soggetti a *potestas* di un *pater familias* o di un marito *sui iuris* (e, perché no?, pur se in forma via via sempre più attenuata, anche di un *tutor* e via dicendo) e che essi potessero inoltre costituire il compendio di un furto. Dunque, se anche è da escludere in materia di *liberi* il

dominium, non è da escludere su di essi un potere analogo al *dominium*, che è la *potestas* (o la *manus*), e la parentela tra i due istituti è confermata dalla esistenza di un istituto intermedio, che è la *dominica potestas* sui *servi*.

Conforme al proposito del suo libro di parlare esclusivamente di *res*, lo Scherillo si ferma a questo punto. Tuttavia quanto egli dice è sufficiente a farci intendere la verità genialmente intravvista dallo Scialoja: il quale, non avendo ancora sotto mano (o non avendo ancora in confidenza) lo strumentario della così detta teoria generale del diritto, secondo cui *dominium* e *potestas* si inquadrano nella categoria dei « diritti assoluti », mentre *res* e *liberi in potestate manu mancipiove* (nonché, quanto meno, *in tutela*) si inquadrano nella categoria degli « oggetti giuridici », si è avviato da par suo su questa strada, lasciando a noi il compito di completare il percorso.

Senza l'onesta polemica dello Scherillo con Vittorio Scialoja l'andare avanti ci sarebbe stato meno facile o, in ogni caso, più tardo.

4. — Oltre allo Scherillo « scritto » vi era, come ho accennato dianzi, anche uno Scherillo « parlato ». Del primo restano le pagine a stampa. Del secondo rimane, sopra tutto nei suoi allievi e amici di Milano, la memoria.

Meno copiosa, ma non meno intensa di quella dei colleghi milanesi, è la memoria che di Scherillo conversatore serbo io. Come è noto, egli praticava accanto all'insegnamento l'avvocatura ed era perciò dei casi giuridici anche attuali un fine e pacato analista: il che tornava a me particolarmente gradito per il fatto che, avvocatura a parte, io dirigo da circa mezzo secolo una rivista di giurisprudenza applicata, la quale mi ha dato il modo di leggere con interesse, ai fini della pubblicazione e del commento, parecchie migliaia, dico parecchie, di decisioni giudiziarie relative a casi in materia civile di ogni sorta. Ebbene Scherillo non disdegnava, anzi amava, intrattenersi sul regime giuridico applicato e applicabile a questa o a quella umile fattispecie della vita privata di oggi e di domani e dei litigi dalla stessa occasionati, rapportandola con grande naturalezza, nei suoi tratti essenziali, ai molti casi che gli venivano alla mente dalla sua consuetudine con le fonti romane.

Egli è scomparso poco prima, o pochissimo dopo, che esplodesse presso di noi l'ammirazione spesso servile, e spesso venata da insopportabile provincialismo, per tutto ciò che è anglosassone e che si può esprimere con sussiego, anziché in italiano, in inglese: dalla « cross-examination » al « leasing », dal « factoring » alle « blue-chips », e così via

seguitando. Amo peraltro immaginarmi quanto egli avrebbe sorriso (raramente si spingeva sino al riso pieno) di questa moda smodata per un tipo di produzione giudiziaria e scientifica, della quale non voglio dire e non dico scioccamente che sia di poco valore e che non valga la pena di essere da noi conosciuta e meditata, ma della quale affermo a tutta voce che è puerile considerarla l'« *optimum* » e il « *non plus ultra* » e che è insensato applicarla alla nostra gente (come è avvenuto, ad esempio, per il nuovo processo penale) senza tener conto delle nostre tradizioni e quindi della nostra non infrequente tendenza al rigetto delle importate novità. Dedico perciò a lui, nell'ipotesi che da dove ora si trova egli presti attenzione alle miserie di questo mondo, l'ultima perla che mi è avvenuto di cogliere, leggendo il riguardoso commento che le è stato dedicato in una rivista italiana (cfr. M. Nunziata, in *Riv. dir. civ.* 38 [1992] 2.421 ss.).

Si tratta di una decisione della Corte suprema dello stato di New York, relativa ad un contratto di vendita di una casa sita in provincia intervenuto tra l'intraprendente e vivace proprietaria della stessa ed un connazionale residente nel cuore di Manhattan. Che è che non è, il nostro signore di Manhattan, quando il contratto è ormai concluso, viene a conoscenza del fatto che la casa è notoriamente infestata da spiriti e che la venditrice, pur avendo in passato scritto anche un articolo di giornale sull'argomento, a lui questa interessante particolarità l'aveva taciuta. Di qui un'azione di redibizione (o, per gli americani, di « *rescission of contract* »), che la prima istanza respinge, ma che l'istanza giudiziaria suprema, sia pure dando atto di una « *dissenting opinion* », finisce (con sentenza del 18 luglio 1991, *Stambovsky v. Helen V. Ackley* ecc.) per accogliere in pieno. E perché l'accoglie? Stupite, uomini del ventesimo secolo. L'accoglie perché la casa è (è, non sarebbe) effettivamente infestata da spiriti, o più precisamente da fantasmi, e perché non si poteva pretendere dal compratore che l'obbedienza all'imperativo « *caveat emptor* » lo spingesse sino al punto da farsi accompagnare, nella ispezione preventiva della casa, oltre che da un ingegnere e chi altro, anche da un « *ghostbuster* », da un accalappiafantasmi.

Senza indugiarmi più di quanto merita su questa comica decisione giudiziaria, ricordo a voi che il caso, relativamente ad una locazione anziché ad una vendita, venne da me ricordato proprio in un convegno di studi tenutosi qui a Milano (cfr. *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in dir. rom.* 1 [1988] 309 ss., ma cfr. già *Labeo* 5 [1960] 424 s.), mettendo in evidenza la ben diversa eleganza con cui Servio Sulpicio Rufo (cfr. *Alf. 2 dig. D.* 19.2.27.1) ebbe a risolverlo, sot-

traendosi da par suo all'imbarazzo di dover dare rilevanza giuridica ai fantasmi.

5. — I fantasmi della controversia giudiziale americana mi spingono a ricordarmi (sapete come è fatta la memoria) di un ben più famoso fantasma, il quale ha scatenato, aparendo nella prima scena dell'atto primo, il dramma immortale di Amleto.

Voi tutti avrete sicuramente presente, almeno nelle sue grandi linee, il mirabile testo, scritto e rappresentato a Londra da Guglielmo Shakespeare in una prima versione nel 1600-1601 ed in una seconda versione nel 1603-1604, dunque poco prima e poco dopo la morte (1603) di Elisabetta regina, figlia di Enrico VIII e di Anna Bolena. È un testo a me molto caro, che è stato letto e riletto da innumerevoli esegeti, che è stato quindi interpretato con infinite varianti e che ha dato luogo a molte migliaia di messe in scena, l'una diversa dall'altra. Persino a quella di pessimo gusto, tipico di certi infami registi moderni, di un Amleto in « blue-jeans », con rivoltante incuranza di una delle rare didascalie dell'autore, che il suo eroe lo vuole « dressed in black » (A. I, sc. 2), cioè rigorosamente vestito di nero in segno vistoso (anche se oggi superato) di lutto.

Come ricordate il dolore cocente di Amleto, principe di Danimarca, sta nel fatto che il re suo padre, anch'egli di nome Amleto, è stato misteriosamente ucciso dal fratello Claudio, il quale si è affrettato a sposare la regina vedova Gertrude ed è diventato re di Danimarca a sua volta. Il giovane principe non tollera in alcun modo l'assassinio del padre. Ha ripugnanza all'idea che la madre sia diventata moglie del cognato e omicida. È ossessionato sino ai limiti della follia (o forse, in alcuni momenti, oltre quei limiti) dal desiderio di vendicarsi dello zio e patriigno, cioè di Claudio. Accusa alle spalle quest'ultimo di aver letteralmente rubato la corona (III, 4, 100). Organizza una rappresentazione a corte di teatranti girovaghi per far capire che ha capito tutto (« The mouse trap », la trappola per topi: III, 2 *passim*). Inveisce contro la madre e uccide con un colpo di spada il consigliere di stato Polonio (nascosto dietro un arazzo), nell'idea che si tratti di Claudio (III, 4, *passim*). Finalmente, dopo altre vicissitudini, muore in duello con Laerte, figlio di Polonio, la cui spada ha la punta avvelenata (V, 2 *passim*). E mentre si spegne, dato che anche Claudio è poco innanzi morto, dice al fidato amico Orazio che la sua ultima voce è per l'elezione al trono di Danimarca del principe Fortebraccio di Norvegia, il quale sta appunto arrivando vincitore con il suo esercito: « I do prophesy th'elec-

tion lights / on Fortinbras. He has my dying voice » (V, 2, 360-361).

Intere biblioteche sono state dedicate al dramma ed ai suoi possibili riferimenti agli anni in cui fu rappresentato nella seconda versione, ch'erano gli anni in cui, morta Elisabetta nel 1603, il cattolico figlio di Maria Stuarda, Giacomo, pretese inutilmente la successione alla defunta per diritto divino. E appunto in tema di successione al trono si pone, nel dramma shakespeariano, un interessante problema: come mai Amleto si lamenta di tutto, ma non si lamenta del fatto che Claudio gli ha tolta la possibilità di succedere sul trono di Danimarca al padre? In altri termini: secondo quali regole avveniva in Danimarca, nella Danimarca immaginata da Shakespeare, la successione al trono?

Dell'argomento, tra molti altri autori, si è occupato anche un eminente giuspubblicista contemporaneo, Carl Schmitt (*Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel*, 1956, tr. it. 1983, spec. 119 ss.), il quale ha ipotizzato che la successione al trono, nella fantastica Danimarca shakespeariana, dipendesse dalla designazione del predecessore, dalla sua « voce di morte », dalla sua « dying voice », non dal fatto puro e semplice della discendenza legittima, come pretendeva invece in Inghilterra l'avversatissimo figlio di Maria Stuarda. Amleto quindi non aveva potuto occupare il trono del padre per il fatto, secondo lo Schmitt, che questi, causa la morte improvvisa per omicidio, non era stato in grado di pronunciare a suo favore la « dying voice ».

Già, ma perché (vien fatto di obiettare) il trono del padre di Amleto era stato ottenuto dal fratello Claudio, a favore del quale il morente nemmeno si era verosimilmente espresso con l'ultima sua voce? E perché Amleto morente la sua « dying voice » la pronuncia a favore di Fortebraccio solo subordinatamente alla previsione, alla profezia (« prophesy »), che il principe norvegese sia favorito da un'elezione (« election »)? Anzi, visto che Claudio è morto senza aver designato alla successione Amleto, che diritto ha Amleto di considerarsi re e di pronunciare in tale qualità la sua investitura di Fortebraccio?

La tesi accolta dallo Schmitt, nell'evidente intenzione di « storicizzare » il problema di Amleto collegandolo all'avversione dominante ai suoi tempi (o, più precisamente, ai tempi della seconda stesura del dramma) nei confronti delle pretese dinastiche di Giacomo Stuart, è una tesi che, a mio parere, non regge. Se proprio vogliamo misurare col metro della storia una creazione artistica come l'*Amleto* (ma già altra volta, e ad altro proposito, mi è capitato di ricordare la famosa reazione di Flaubert ai suoi giudici: « Madame Bovary c'est moi »), se proprio vogliamo farlo, la probabilità maggiore è quella che Shakespeare abbia

avuto in mente una successione al trono secondo il sistema dei re di Roma: sistema a lui ben noto sin dalla « grammar-school » frequentata un quarto di secolo prima. E i re di Roma erano tutti quanti sortiti (anche quelli di nazionalità etrusca) non tanto da una discendenza di sangue, quanto da una più o meno libera « election » del senato, dei *paires*, dei notabili del regno.

Forse una lettura della *Storia* di Scherillo, sia in prima e sia in seconda versione, da parte degli specialisti in Shakespeare (mi limito a dire « forse »), ebbene non guasterebbe.

6. — Ed è con questa notazione che vi lascio. Non senza aggiungere, nel ricordo di Gaetano Scherillo, che noi giusromanisti il nostro « *ubi consistam* » (altro che « optional ») lo abbiamo, ed è ben saldo. E non senza esortarvi a combattere, combattere, combattere per la nostra disciplina e ad astenervi dal verbo rinunciatorio di Epicuro, secondo cui « *post mortem nulla voluptas* ».

Per un giusromanista degno di questo nome vale e deve valere, se mai, quest'altro motto (cfr. Gai 3.100): « *post mortem nulla stipulatio* ».

POSTILLA PRIMA: VIVERE IL PASSATO.

1. *Dieci modi di vivere il passato* è il titolo di un elegante volumetto, arricchito da belle e pertinenti illustrazioni, che Mario Bretonne ha dedicato al tema del senso che il passato ha per noi e del rapporto che noi abbiamo con la tradizione (Bari, Laterza, 1991, p. 120).

Riassumere il discorso di questa 'causerie', che culmina ovviamente con l'elogio della storiografia e della sua inalienabilità, sarebbe per chiunque difficile ed è comunque per me ai limiti dell'impossibile. Troppa, lo riconosco, la mia incapacità di tener testa al dottissimo autore nella incredibile ricchezza delle citazioni di pensatori, letterati, musicologi, poeti, tutti ad altissimo livello, di ogni paese e di ogni genere: citazioni, si aggiunga, puntigliosamente esatte, spesso dotate di raffronti tra il testo originale e la traduzione italiana, talvolta anzi rettifiche opportunamente nelle versioni fatte da altri nella nostra lingua. Il lettore di medio livello, quale sono (me ne dispiace) io, ha qualche volta la sensazione che provano quei visitatori di certi musei zeppi di capolavori, mettiamo il Louvre, nell'incertezza se sostare più a lungo

* In *Labeo* 38 (1992) 93 s. e 108 s.