

Questo non è evidentemente il luogo (né io sono probabilmente la persona adatta) per discussioni approfondite. Mi conceda tuttavia l'a. di avanzare il sospetto che la prefazione della sua silloge sia stata scritta (come spesso succede con le prefazioni) con riflessione meno intensa di quella che sottende i suoi contributi.

A me sembra piuttosto dubbio, infatti, che il tempo rafforzi sempre e in ogni caso la resistenza delle componenti dell'ordinamento giuridico alle modifiche od alle innovazioni volute da un potere politico cui sia istituzionalmente lecito di modificarle o di abolirle. Se ci si astenga dall'astrazione riduttiva « diritto = norma », la resistenza (una sorta di resistenza di inerzia) si verifica, a guardar bene, solo per il cd. diritto privato e per i settori del diritto pubblico meno intimamente collegati con i processi di trasformazione a carattere (diremmo oggi) « costituzionale », del che ci dà conferma proprio la storia del diritto romano (dal *regnum* alla *respublica* al *principatus* al *dominatus*).

Inoltre, anche per ciò che concerne il « diritto-norma », e in particolare il *ius privatum Romanorum*, non può essere tralasciata la frequenza e l'importanza, sul piano concreto della storia, di fenomeni inversi a quelli del consolidamento delle istituzioni giuridiche. Fenomeni di invecchiamento o di disapplicazione che si estendono sino a casi estremi in cui gli stessi giuristi romani usano espressamente frasi del tipo « *in desuetudinem abiit* ».

Posso permettermi (o è troppo sbarazzino?) una citazione che non sia né di Goethe, né di Hölderlin, né di tanti altri illustri (tutti, per combinazione, non italiani) citati qua e là dall'a. nel suo libro? Ecco, si tratta di Merlin Cocai (Teofilo Folengo), *Baldus* 14.152-153, il quale scrive disincantatamente dell'incostante e variabile tempo: « *Nunc vult, nunc non vult bagatellas, magisque legerus / quam busca aut folium, quod ventus in aëre menat* ».

16. IL BARBIERE GIURISTA.

Venerdì scorso trovai un buco di tempo per recarmi dal mio solito barbiere a farmi rassettare, diciamo così, la chioma.

Dopo le solite smancerie reciproche, don Carmine mi sistemò a regola d'arte. Al termine dell'operazione, mentre mi levavo dalla pol-

* In *Diritto e rovescio* (1973) 433 ss.

trona, chiamò il ragazzino per far spazzare i capelli che mi aveva tagliato. Ma prima mi si rivolse e mi chiese: « Posso? ».

Fu come un fulmine. La domanda mi fece venire d'un colpo alla mente la 'Inaugural-Dissertation' dell'esimio professor Schultheiss, pronunciata ad Halle nel 1888 sotto il titolo *Ueber die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Theilen desselben*. Una dissertazione, vi dico, che aprì veramente nuovi orizzonti alla scienza giuridica e che ancora oggi si cita con venerazione, e magari c'è anche qualcuno che la legge.

Tesi la mano al barbiere e gli dissi: « Don Carmine, Voi siete un giurista ».

Siccome alcuni tra voi si stanno domandando, non meno di don Carmine, il perché di questa laurea in giurisprudenza, passo senz'altro alle spiegazioni. E, Schultheiss alla mano, vi chiedo: avete mai riflettuto alla natura giuridica dei capelli tagliati dal barbiere? Se non vi avete riflettuto, avete fatto malissimo. Non pensate ai miei scarsi capelli. Pensate alle trecce di qualche bellissima donna del passato (forse era a quelle che pensava anche lo Schultheiss), oppure pensate alle foreste imbalsamate di qualche « capellone » contemporaneo. Vi pare proprio che non valga la pena di chiedersi se i capelli, dopo il taglio, appartengano al cliente oppure al parrucchiere? Ne vale, ne vale la pena. E il mio barbiere, è evidente, lo aveva genialmente intuito.

Il problema è grosso come una casa. Oltre che per i capelli esso vige, sempre dopo il taglio o l'estrazione o la resecazione, per le unghie lasciate sul tavolino della « manicure », per il dente rimasto tra le tenaglie dell'odontoiatra, per il sangue raccolto nella bacinella dal flebotomo e, perché no?, per l'appendice, la milza, il rene ed altre cosucce interne prelevate dal chirurgo.

Sin che queste entità facevano parte integrante del nostro corpo, è evidente che ci appartenevano. Il nostro corpo siamo noi. Se è vero, come è vero, che ciascuno di noi ha un diritto primario alla propria personalità, ne consegue che il corpo è una manifestazione essenziale della personalità stessa. Ma dal momento in cui un *quid* del nostro corpo se ne è distaccato, possiamo dire che quel *quid* è ancora il nostro « io » corporeo? Evidentemente no. Quel *quid* è diventato una cosa a sé stante, un che di cadaverico, quindi l'oggetto di diritti diversi da quelli della personalità.

Sorge allora inevitabile il quesito relativo alla identificazione del proprietario di quella cosa giuridicamente « nuova ».

So bene che il buon senso induce a rispondere che la cosa giuri-

dicamente nuova è in proprietà di colui dal cui corpo la cosa è stata distaccata. Ma il buon senso è anche quello che suggerisce di adoperare, come via più rapida tra Castel dell'Ovo e il porticciolo di Mergellina il lungomare della via Caracciolo. Il guaio è che bisogna fare i conti con l'assessore al traffico, con i suoi « sensi unici » e le diavolerie connesse. Molto spesso, se vogliamo raggiungere il risultato sperato, egli ci costringe a girare per la collina del Vomero e per la vetta dei Camaldoli.

Nel caso nostro, l'impedimento al traffico è costituito da questo piccolo ingorgo di carattere logico-giuridico. Se il capello, l'unghia, il dente, e così via dicendo, è diventata cosa a sé stante dal momento del distacco, in quel momento preciso esso è perciò una *res nullius*, una cosa di nessuno. Non è della persona da cui si è distaccata perché non è più « corpo » della stessa, né può sostenersi che sia un accessorio del corpo perché non vive con esso e per esso. Dunque è proprio una cosa giuridicamente « nata » solo in quel momento. Dunque, in quel momento, essa non appartiene né al titolare del diritto della personalità (di cui il corpo non è oggetto, ma manifestazione), né ad alcun altro soggetto giuridico. Si tratta proprio, a quanto pare, di una cosa di nessuno, di una *res nullius*.

Res nullius. Che cosa stabilisce il diritto in materia di *res nullius*? Esso stabilisce che quelle cose spettano a chi primo se ne impossessa, a chi primo le « occupa ». Se il cliente del parrucchiere non ha l'avvertenza di afferrare a volo i suoi capelli mentre cadono, se il paziente sul letto operatorio non è in grado di mettere per primo le mani sulla cistifellea che gli viene resecata, l'oggetto (la « nuova cosa ») dovrebbe spettare, a rigor di diritto, a chi primo volontariamente l'afferra: per esempio, al barbiere, al dentista, al chirurgo, alla « manicure ». Non sarà corretto, ma è squisitamente giuridico.

Forse non mi crederete, ma dopo l'importante saggio dello Schultheiss sull'argomento sono stati versati fiumi di inchiostro, e a seguito di laceranti riflessioni.

Per superare lo scoglio, ad esempio, il famoso Francesco Carnelutti ha sostenuto che, in realtà, il corpo non è nostro in quanto espressione della nostra personalità, ma è nostro in quanto nostro patrimonio: quindi, tanto lo si può tenere tutto per sé limitandosi ad amministrarlo, quanto lo si può (entro certi limiti) alienare a terzi, quanto lo si può scindere in parti diverse, le quali restano comunque tutte di proprietà del titolare del patrimonio-corpo. Altri invece, ribellandosi alla teoria del diritto « sul » proprio corpo, hanno insistito nel ritenere che la

parte staccata dal corpo nasce come cosa giuridica solo al momento del distacco ed hanno sostenuto che il « distacco » sia *ipso iure* titolo di acquisto della proprietà sulla parte distaccata per colui che è titolare della personalità di cui il corpo è espressione.

Non posso tacervi che la teoria dell'acquisto per distacco ha sollevato serie rimostranze. Il codice civile non prevede questo modo di acquisto della proprietà e quando la legge non fa distinzioni, neanche noi siamo autorizzati a farne (« *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »). Torneremo allora allo Schultheiss? Il dotto scienziato non aveva dubbi circa il punto che i capelli tagliati sono *res nullius*, ma cercava di mitigare le conseguenze di questa scoperta affermando che, eccezionalmente, l'*occupatio* delle parti staccate dal corpo spetta, a titolo di privilegio, a colui dal cui corpo le nuove cose sono scaturite. Solo se questi non esercita il suo diritto di occupazione privilegiata, i terzi possono mettersi in gara per fare a chi primo arriva all'impossessamento della cosa.

Tuttavia « *quandoque bonus dormitat Homerus* ». Sostenendo la sua tesi dell'occupazione privilegiata, lo Schultheiss non attraversava un momento felice. Vi è qualcosa, in questa teoria, che fa pensare al ragionamento di un altro tedesco, assai meno dotto però, il quale asserì, qualche decennio appresso, che certi paesi di Europa gli spettavano perché erano lo « spazio vitale », il « *Lebensraum* » della Germania. Un ragionamento un po' forzato (o forzoso), direi. Il « privilegio di occupare » va respinto.

Lasciatemi dire la mia. A mio avviso, si può anche ammettere che i capelli o i denti siano, dopo il distacco, una cosa nuova, ma non si deve dimenticare che chi si sottomette all'operazione del distacco (il cliente del barbiere, il paziente del dentista e via di questo passo) « si accorda » con l'operatore. In questo accordo è implicito, salvo che non si pattuisca diversamente, che la cosa distaccata dovrà andare in proprietà del titolare del corpo da cui è stata tratta. Dunque la proprietà della nuova cosa, giusto come esige il buon senso, dovrà essere riconosciuta o trasferita, in linea di principio, a lui.

Il mio barbiere, che è un uomo di buon senso, lo aveva intuito perfettamente. Essendo uomo di buon senso, egli è veramente un giurista, anche se non è un cattedratico. Ho fatto bene a dirglielo.

Quanto a Herr Professor Schultheiss, è meglio che non ce lo leggiamo. Resti polveroso in biblioteca. Gli sta bene.