

Curiosità romanistiche*

*«La ricerca e la docenza, il dir la tua
su tutto quel che riguarda la disciplina praticata
sono una malattia che ti spinge a far ogni cosa
per restare sulla breccia anche se il tuo tempo è scaduto»*

(così un Collega coetaneo che non amerebbe essere citato)

Preliminare avvertenza autobiografica (che si può saltare a pie' pari)

Faccio mia (*si parva licet* etc.) la confessione di Emilio Albertario (mi perdoni il plagio) anche a me è capitato di lavorare, certo meno proficuamente di Lui, «un po' qua e un po' là, scorrendo tutto il vasto territorio del diritto romano, passando improvvisamente da un punto all'altro, seguendo l'ispirazione, voglio dire l'impulso a intraprendere una indagine che mi offriva o la valutazione di un libro altrui o la preparazione di una lezione o la lettura fatta senza precisa meta...». Quanto a me, se non è stato possibile soddisfare subito lo stimolo, ho annotato i punti problematici essenziali su schede. Il mio, me ne rendo conto, è stato dunque un contributo frammentario alla disciplina coltivata. Spero soltanto che vi si rintraccino una impostazione metodologica unitaria e una linea coerente per ciascun settore o angolino esplorato.

Molte sollecitazioni sono state suscitate specialmente da letture doverose ma non sempre tutte per me interessanti: non so dire di quanti libri ho dovuto

* Sono infinitamente grato alla Signora Teresa Giuffrè e alla figlia, Romina, per aver consentito la pubblicazione di queste pagine interrotte dall'improvvisa scomparsa del Prof. Giuffrè. Sono pagine preziosissime: raccolgono alcune riflessioni che il Professore aveva ultimamente condiviso con gli allievi che si recavano a casa sua per ascoltarle con avidità.

Più di una volta mi ero avvicinato alla loro lettura, senza mai riuscire a completarla perché distratto da qualche commento, mio o del Professore, che finiva per aprire interminabili digressioni. Nel rileggerle oggi, riconosco i toni sorridenti e colloquiali che si accompagnano alle diverse immagini del Professore di fronte al suo vecchio 'portatile'; dei suoi libri collocati, insieme con qualche appunto, in buon ordine agli angoli della scrivania; delle sue sigarette, accese ma poco fumate durante le lunghe conversazioni.

Il Professore stava rielaborando, di fatto riscrivendo con numerose modifiche, integrazioni e un solido apparato bibliografico, i §§ VIII e IX di queste *Curiosità romanistiche* per farne un contributo autonomo dal titolo *L'astrazione. Dalla elaborazione del diritto all'afflato artistico*. L'opera s'è interrotta anzitempo. Si è scelto, pertanto, di pubblicare le *Curiosità romanistiche* nello stato in cui il Professore le aveva composte: lasciandole incomplete, si intende così conservare, per sempre aperto, il dialogo con Lui. [R. D'Alessio]

almeno percorrere i capitoli individuando il contenuto innovativo per soddisfare le esigenze di quella originale rubrica «*Tagliacarte*» che i fondatori della Rivista *Labeo* avevano inventato per segnalare ai lettori, con qualche rapida osservazione adesiva o critica, novità librarie che meritavano di un minimo di presentazione oltre ad essere incluse nello «*Schedario*». Poche volte ho trasfuso le considerazioni personali che mi venivano in mente in recensioni, ancor meno ne ho tratto spunti per saggi giacché talvolta quei rilievi e riflessioni riguardavano argomenti bizzarri e costituivano soltanto ‘curiosità romanistiche’ per l’appunto.

La sopravvenuta vecchiezza mi ha indotto a rintracciare le schede con gli appunti presi a suo tempo per cestinare quelle divenute inattuali salvandone altre, ciò che mi permette ora di non peritarmi di proporre talune *nugae* a chi abbia gusto per i divertissements.

Avrei potuto intitolare questa raccolta «*Spigolature*». Senonché, a parte il fatto che è un titolo già usato da altri, il vocabolo oltre all’accezione propria di raccolta di spighe di frumento cadute sul terreno da chi le ritiene utilizzabili per sé, ha l’accezione figurata di valorizzazione di notizie e argomenti. Non si addice quindi al contenuto povero se non proprio frivolo dei pezzi che seguono.

Sono stato tentato pure di imporre il titolo «*Paraustielli*». Forse il più appropriato. Infatti, il lemma indica una combinazione di parole in una artata costruzione del discorso che in modo non esplicito fa trasparire però una posizione dialettica di chi l’esprime e l’intenzione di convincere chi la pensi diversamente senza tuttavia darlo ad intendere. Senonché, in primo luogo, questo lemma il lettore non partenopeo l’avrebbe ricercato invano nei vocabolari italiani e pure in molti dizionari moderni della nobile lingua napoletana a cui appartiene: anche in questi ultimi lessici il termine popolare arcaico non è incluso perché ormai in disuso. Avrebbe dovuto interpellare qualche anziano abitante dei quartieri dei Vergini, dell’antica Vicaria, di Forcella e simili. In secondo luogo, lungi da me la intenzione di voler convincere alcuno, ché il dubbio serpeggia sempre nel mio cervello.

I. *Un raffronto bimillenario*

Leggo nella nota 102 di pag. 56 del saggio di Jesús Burillo Loshuertos *Persistencia histórica del Derecho romano* questo suo ricordo (non ne so indicare l’anno e fornire gli altri estremi bibliografici dell’opera, perché ne ho soltanto una fotocopia senza frontespizio o altra indicazione, procuratami dalla cortesia del Collega spagnolo Emilio Valiño): «Cenando una noche en casa del prof. Kunkel, en Avenariusplatz 4, München-Pasing, el inolvidable prof. Arangio-Ru-

iz planteó una *quaestio* comprometida dado el predominio de alemanes entre los invitados: ‘¿Cuáles han sido los tres juristas más relevantes de la historia?’. Se adelantó a evacuar el primero su *responsum* y dijo que Servio Sulpicio Rufo, Bártolo de Sassoferrato y –luego de una pausa breve e intencionada– Vittorio Scialoja. En la cara de los germanos se vio que hubiera preferido a Savigny en tercer lugar y, dándose perfecta cuenta de ello, Arangio-Ruiz defendió brillantemente a su candidato».

Mi sono rappresentato la scena come se fossi stato presente. Di sera inoltrata, dopo cena, anziani professori disputano accanitamente sul primato in fatto di «vocació de jurista» tra figure selezionate nell’arco di quasi duemila anni, Servio, Bartolo, Savigny o Scialoja, ognuno con una sua spiccata personalità. In qualche modo Arangio-Ruiz prevalse ed impose il nome di Scialoja, romanista e fondatore della civilistica italiana, fra lo sconcerto (immagino) dei colleghi tedeschi, i quali (suppongo) per cortesia d’ospitalità non dovettero insistere più di tanto sul nome di Savigny. Tra l’altro, io avrei preferito *Servius*. Non me ne voglia il nostro Vittorio.

Mi sono detto tra me e me: *o tempora, o mores!* Anche io ho avuto la ventura di essere cortesemente ospitato a cena da qualche Collega straniero in casa sua. Pure tedesco. Dopo che erano state servite pietanze di specialità locali ed aver sorseggiato vini pregiati, non ricordo più se del Reno o della Bavaria, il professore, come dovette capitare anche all’Arangio, fece personalmente della musica mozartiana al violino o al pianoforte, che suonava entrambi con maestria. Poi discorremmo pure noi. Ma del primato del Bayern-Monaco sulla Juventus o viceversa...

II. *Il diritto romano nella vita vissuta*

Perfino Fritz Schulz, che nel 1934 con *Prinzipien des römischen Rechts* individuava le «idee» donde sono scaturite la «regole» del diritto romano, sentì l’esigenza di precisare che quell’ordinamento si sostanziava in precetti ed enunciati dottrinari ma per comprenderlo davvero bisognava riscontrarne tuttavia pure la «esperienza di vita vissuta» da cui lo storico non può prescindere mai. Forse non per caso Vincenzo Arangio-Ruiz, che la pensava allo stesso modo, nell’inverno e primavera del 1943 in piena guerra mondiale tradusse in italiano il libro dalla edizione tedesca (quella rivista in inglese, del 1936, non l’aveva a disposizione), proprio mentre stava per dare alle stampe i suoi *Negotia* raccolti in anni precedenti e durante la permanenza in Egitto. Ed anche altri studiosi avevano elaborato cretomazie contenenti documenti delle prassi negoziali e di atti processuali (ad esempio Mitteis & Wilchen nel 1912, Meyer nel 1920, etc).

Del resto, già Plinio nella *Naturalis historia* aveva annotato che l'uso diffuso dello scritto da parte degli esseri umani permette di avere memoria certa di quel che in concreto accadeva davvero.

Già. Ma il diritto contenuto nei testi normativi o giurisprudenziali, e quello tratto dalle fonti atecniche, le più papirologiche ma anche epigrafiche, numismatiche et similia, non sempre, per non dire quasi mai, coincidono. Le fonti tecniche e dirette contengono precetti ed elaborazioni dottrinarie da cui si possono astrarre il «*Geist*» jheringhiano, i principii schulziani, «*l'espiritu*» di Juan Iglesias e «le idee fondamentali» di Giuseppe Grosso (tale il felice titolo della rubrica radiofonica da lui tenuta nell'ambito delle trasmissioni culturali di 'Classe unica', data alle stampe nel 1958 dalle Edizioni Radio Italiana in Torino). Le fonti papirologiche etc. spesso rappresentano invece applicazioni distorte, o peggio, dei precetti e dei principii giuridici. E prescindendo dagli adattamenti della lingua latina in aree non aduse a quell'idioma (lo ha segnalato, ad esempio, Marcello Gigante per la pur vicina zona pompeiana/puteolana).

Al proposito, se fosse consentito, richiamerei quell'adagio (mi consta però che è espresso anche in lingua inglese) secondo cui «tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare». La tematica, si sa, aveva affaticato nobilmente già la mente niente meno che di Federico Carlo Savigny quando compose il *Sistema del diritto romano attuale*. Nel diritto dei precedenti secoli s'era verificata una netta separazione tra 'teoria' e 'pratica'. E pure lui, consapevole del fenomeno, sosteneva che compito primo dello storico del diritto come del giurista tout court dovesse essere quello di recuperare l'unitarietà dell'attività intellettuale attinente al giure sia nell'apporto alla legiferazione, sia nell'attività d'elaborazione e soprattutto della applicazione: la dottrina memore della storia dovrebbe fungere da tramite per giungere ad una osmosi della tradizione vivente (una sorta di *Volksrecht* nel senso di 'diritto popolare' o 'volgare') col diritto positivo.

Il processo penale è fra i settori in cui maggiormente si verificava a Roma la discrasia denunciata. Lo stesso Schulz, sulla scia di Mommsen, annotava che, a parte il tardoantico, nella prima *respublica* e, a tratti, ancora nel *principatus*, quando si sarebbe dovuto applicare il rito accusatorio delle *quaestiones perpetuae*, nella pratica lo svolgimento del processo era invece di tipo «magistratuale» cioè inquisitorio, in cui «il magistrato riuniva nella sua persona le funzioni dell'accusatore, del difensore e del giudice». Salvo poi, avendo egli individuato tra i principii costanti del diritto romano l'umanità, a ritenere che «l'*humanitas* provvide che fossero in fatto osservate le forme del processo accusatorio».

A proposito della pratica inquisitoria Schulz riferisce la ereticità della stessa denunciata da Marco Tullio Cicerone nella *Secunda actio in C. Verrem* (5.23) riferendosi al modo di gestire la repressione criminale da parte di Verre: «*crimen sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione*»; e conclu-

deva: «*aestimate harum omnium rerum pretia!*»). Certo, in astratto questo modo di condurre la repressione penale faceva scandalo ai tempi dell'Arpinate. Ma vediamo come in concreto venivano gestite l'accusa e la difesa pure da lui stesso, se davvero venissero rispettati i criteri del giusto dibattito che in buona sostanza coincidono con il rispetto delle regole deontologiche dei patrocinatori.

A riguardo della deontologia forense, Pietro Cerami (e non lui solo) si è prodigato per individuare nel mondo romano una serie di prescrizioni che sembrano anticipare quelle odierne o potrebbero fungere da modelli per queste. Non discuto se davvero vi fossero. Se ne è convinto il Collega ed amico palermitano, sarà stato così. Tuttavia ci risulta che quelle regole professionali spesso, troppo spesso, erano bellamente aggirate; né consta che vi fossero organi di controllo esterno o almeno di autodichia che contrastassero con sanzioni adeguate i comportamenti avvocateschi connotati da grave disvalore etico e sociale.

Il perché ciò accadeva ritengo dipendesse soprattutto dalla tipologia dei professionisti che esponevano in giudizio le ragioni delle parti. Non sempre erano giuristi 'puri' dotati anche d'*ars oratoria*. Spesso, secondo i casi, l'esperto del diritto suggeriva soltanto gli elementi tecnici su cui basare l'accusa o la difesa, ed affidava ad *oratores/rhetores* se non proprio a *rhetorisci* di rappresentare e illustrare in modi convincenti a magistrati e/o giudici le circostanze di fatto ed i dati normativi favorevoli al patrocinato. Questo si verificava più raramente nel processo civile, quasi sempre invece, *et pour cause*, in quello penale, nel quale la convinzione circa il torto o la ragione era lasciata ad una giuria popolare più suggestionabile sul piano emotivo dell'*iudex unus* cui era demandata la *sententia* nelle controversie privatistiche.

Esemplare della tipologia del buon conoscitore del diritto sia privato che criminale ed allo stesso tempo del brillante espositore, per quel che ci è dato sapere, era proprio Cicerone, forse perché conosciamo bene il suo modo di operare anche grazie alla circostanza che egli (attrezzato di capaci stenografi e trascrittori) poneva poi tutto per iscritto quasi volesse lasciarne la memoria sino a noi. Il suo *ego*, si sa, era smisurato. Perciò mi riferirò a lui per individuare escamotages curialeschi tutt'altro che corretti.

Certo, non era il solo. Nelle *quaestiones*, processi delle giurie per l'appunto, non erano previsti l'interrogatorio dell'accusato e l'interrogazione dei testimoni da parte di un organo terzo. Come l'acquisizione delle prove veniva fatta ad opera delle parti, cioè l'accusatore (ch'era un privato) ed il *reus*, così l'escussione dei testimoni avveniva mediante domande alternate delle due parti (in pratica dei loro *advocati*). Al Tribunale era imposto un atteggiamento essenzialmente passivo. Bene. Questa la regola. Osserviamo però come venne applicata dal celebre Lucio Licinio Crasso, pure lui modello di giurista-oratore per i contemporanei, nel porre le domande a tal Silo testimone (Cic. *de crat.* 2.285):

«Potest fieri – inquit – Sile, ut is, unde te audisse dicis, iratus dixerit». Adnuit Silus. «Potest etiam, ut tu non recte intellexeris». Id quoque toto capite adnuit, ut se Crasso daret. «Potest etiam – inquit – ut omnino quod te audisse dicis, numquam audieris».

Nel ricordare l'episodio Cicerone commentò: *Hoc ita praeter exspectationem accidit, ut testem omnium risus obrueret...* Soltanto arguzia, quella di Crasso, oppure deliberata sopraffazione del povero teste, che supponeva già di suo frastornato, da parte dell'autorevole difensore che infieriva su di lui con la sfilza di «puoi tu...»? Il nostro Schulz ancora si divertiva al ricordo (vd. nt. 101 di pag. 178 della tr. it.).

Torniamo a Marco Tullio, lui proprio. Nella sezione dedicata al *iudiciale genus* dell'opera pervenutaci sotto il titolo *De inventione*, forse la sola composta o edita, il nostro giovanotto (era poco più che ventenne quando l'elaborò) suggeriva che l'avvocato penalista, nel diffondersi sulla *vita anteaecta* della persona su cui voleva dirigere gli strali, doveva «esagerare il più possibile tutto», in modo che risultasse possibile che egli avesse commesso (o non commesso) il crimine oppure, se teste, asserisse il vero o il falso. Il patrocinatore del revenuto, a sua volta, dai precedenti di vita, doveva trarre soltanto tutto ciò che rendeva incredibile che egli avesse potuto commettere un crimine. Una furbizia improntata allo scetticismo probabilistico del neoaccademico Filone di Larissa? Non è da escludere. Ma l'Arpinate non ne trattava in sede filosofica, bensì come suggerimento per la pratica dell'avvocatura.

Vi fece ricorso poi con estrema coerenza ed efficacia una ventina d'anni dopo nella *pro A. Cluentio Habito oratio*. In questa difesa tra l'altro, a mio parere, egli applicò tutte le strategie che aveva messo a punto nel trattatello, alcune decisamente, come posso dire, truffaldine. E sappiamo come andò a finire: Cluenzio fu assolto. Eppure lo stesso patrocinante rivelò più tardi ad amici che egli lo sapeva colpevole. Ettore Paratore intitolò una relazione larinate, pubblicata negli Atti congressuali, «L'abilità con cui Cicerone nella *Pro Cluentio* ha addormentato la mente dei giudici riguardo a ciò che si poteva contestare al suo cliente». Non se ne meravigliava Emanuele Narducci, ché nello stesso convegno ritenne la *pro Cluentio* il prototipo della «eloquenza romana... tra cronaca criminale e letteratura», tra «relativismo dell'avvocato e probabilismo del filosofo». Altra studiosa, Margherita Scognamiglio, ha apportato poi in diversa occasione «alcuni esempi di interpretazione delle *leges iudiciorum publicorum* nelle orazioni di Cicerone» caratterizzata da voluti fraintendimenti ed omissioni «tra retorica e diritto», ovvero «fra norma e persuasione» (titolo, quest'ultimo lemma, di una interessante silloge recente, a cura di Bernardo Santalucia, edita dall'Istituto Universitario di Studi Superiori di Pavia).

Colpa dell'eloquenza, no di certo. L'eloquenza è l'arte del dire per convincere. Polibio riteneva che essa fosse la dote precipua dell'uomo politico che doveva far valere la propria convinzione. Come ogni strumento argomentativo può essere usata per il bene o per il male. Concetto Marchesi annotò lucidamente che «contro la retorica è stata sempre facile, perciò consueta la critica: per la facilità onde si suole confondere un'arte con la sua degenerazione».

Insomma Cicerone non si faceva scrupolo di esasperare la propria capacità del convincere col ricorso a mezzucci. In qualche occasione egli stesso disse di essersi «proposto sin dall'inizio», quale accusatore, di «eccitare l'animo del popolo e dei giudici». Lui, che altre volte esecrava l'influenza della «invidia» e delle concioni popolari sui giudizi penali. In una circostanza che gli faceva comodo asserì che l'avvocato, senza porsi alcuno scrupolo, non deve assecondare la strategia difensiva del cliente quando essa, pur apprezzabile sul piano morale (sic!), gli si può rivolgere contro perché esclude quegli appigli legalistici che possono evitare la discussione del merito su cui il patrono può incidere sulla realtà... Potrei continuare a lungo nell'esemplificazione. Mi fermo qui. Se per deontologia s'intende «l'insieme delle regole di correttezza che disciplinano l'esercizio di una professione», beh non saprei proprio come attribuire tale definizione ai criteri suggeriti e praticati dal Nostro.

Tuttavia – tornando al punto focale di questa noticina – quei criteri facevano parte della vita vissuta nei tribunali. Costituivano una eccezione? È comodo confinare nella categoria dell'«eccezione» quel che non collima con la «regola». Un altro escamotage nel ragionare di ciò che attiene al diritto.

Epperò, nonostante tutto questo, aveva ben ragione Schulz nel dire che bisogna tenere in conto oltre che dell'astratto di un ordinamento anche del concreto ordine giuridico in cui esso si realizza. Gli è che non abbiamo criteri affidanti per individuare, al fine di ricostruire i profili basilari della reale vita del diritto, la prevalenza della disposizione normativa sulla sua applicazione o viceversa. E certamente non possiamo procedere ad una sorta di 'media matematica' fra quel che risulta accaduto. Oltre tutto sarebbe storiograficamente improponibile. Per non dire, innanzi tutto, che non abbiamo testimonianze molteplici e sufficientemente diffuse nei vari ambiti geografici e temporali dell'antica Roma circa la concreta traduzione in atto del *ius positum*. I giuristi nelle loro esposizioni scientifiche – sono parole dello Schulz a proposito dell'«isolamento» della *iuris scientia* – non si curavano del «rapporto genetico del diritto col mondo extragiuridico»: seppure avessero preso in considerazione le prassi che deviavano dalle regole, le avrebbero messe «alla porta come 'non giuridico'» (espressione tratta dalla pag. 21 della monografia dello Schulz).

III. I giuristi romani consiglieri?

Il vocabolo dialettale (adattamento dell'inglese counsellor con esito espressivo tipicamente siciliano) nel linguaggio della mafia italo-americana indica il consigliere di fiducia del «padrino» di una «famiglia», che, buon conoscitore delle leggi, dà suggerimenti sul modo per eluderle.

L'ho associato mentalmente, non so per quale meccanismo cerebrale, all'anatema di Lutero «Juristen böse Christen». M'è accaduto leggendo l'interessante saggio di Francesca Terranova, *Nota minima sul comodato c.d. 'ad pompam vel ostentationem'*, pubblicato negli *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* 59, 2016, 317-331. Non certo per riferirlo al lavoro della giovane Autrice, ma rapportandolo soltanto ad un esempio che ella suppone possa aver avuto presente Ulpiano.

Studiando il problema del comodato di cose consumabili, la Terranova si è imbattuta infatti, ovviamente, nello squarcio di D. 13.6.3.6, attribuito al giurista di Tiro (28 *ad ed.*): *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*. La Collega sottolinea subito che il confronto con altri testi in argomento può indurre a formulare varie ipotesi, come del resto è accaduto: innanzi tutto, che i compilatori (oppure – aggiungerei – qualche eventuale glossatore del testo da loro utilizzato) siano intervenuti sul dettato originario in modo più o meno incisivo; e così via ipotizzando. Per la Terranova in ogni caso è «ineludibile» il «rilievo» che il testo è l'unica testimonianza dei *Digesta Iustiniani* in cui nell'opera di un giurista ricorrono i due sostantivi *pompa* ed *ostentatio* «singolarmente considerati». Insomma, *vel* sarebbe stato usato nel senso (corretto) di «o anche», vale a dire «tra due cose nominate una dopo l'altra, quella che si preferisce» (così Georges-Calonghi) ossia quella che serve a realizzare il proprio interesse. Quindi, ne ha tentato una spiegazione. Consapevole che «ci muoviamo su di un piano meramente congetturale», l'A. prospetta con garbo e prudenza la originale lettura secondo cui il secondo sostantivo, '*ostentatio*', sarebbe stato utilizzato da Ulpiano per alludere ai casi in cui le *res commodatae* fossero usate per porre in essere comportamenti ed atti non riconducibili all'esibizione per mero vanto della detenzione di *res* come fossero proprie (il far sfoggio di beni al fine di fare apparire un'opulenza che in realtà non c'è), essendo la fattispecie già ben individuata col termine '*pompa*', ma per far presente che il comodato di beni consumabili poteva essere pure «finalizzato a compiere un atto simulato, o comunque a porre in essere una 'finzione' giuridicamente rilevante».

Fin qui, per quel che vale il mio giudizio, la esegesi della Collega palermitana, certamente interessante, è anche convincente. Quel che non mi convince e mi turba è il seguito. La Terranova infatti apporta come esempio (evidentemente

ipotizzando che potesse essere stato presente nel pensiero di Ulpiano) che l'uso fosse concordato e la finalità dell'ostentazione «giuridicamente rilevante» potesse essere «quella di assicurare, oppure ingannare, i creditori circa la propria solvibilità» (vd. pag. 331).

Che ciò potesse accadere, che fosse davvero accaduto, non lo escludo. Non sono nato ieri. Mi lascia tuttavia un poco perplesso che Ulpiano potesse aver avuto in mente una strumentalizzazione del comodato *ob ostentationem* di natura fraudatoria in pregiudizio di terzi.

Non mi soffermo sulle ragioni che mi inducono a dubitare che tale fattispecie avrebbe indotto il nostro giurista ad aggiungere la *ostentatio* alla *pompa*. Peraltro, l'operazione truffaldina avrebbe comportato la previa considerazione di complessi istituti e principi giuridici che il giurista non poteva ignorare ed avrebbe dovuto sbrogliare almeno mentalmente fra sé e sé: si pensi al rilievo della *fides*, certo non *bona*, nel comodante consapevole dell'*usus* a cui sarebbe stato destinato il bene prestato; la validità stessa del negozio finalizzato a permettere al comodatario di congegnare una sorta di *fraus creditorum* (il comodante ne sarebbe divenuto partecipe? si sarebbe verificata la moderna fattispecie del danno procurato da un estraneo al rapporto di credito/debito? etc.). Non mi soffermo, giacché la scrupolosa A. annuncia che li affronterà in prossime indagini circa gli atti *imaginarii*, gli atti c.d. *dicis gratia* (o *dicis causa*), la *fiducia*, la simulazione. Attendo questi nuovi studi che certamente saranno ben argomentati com'è il saggio preso qui in considerazione.

Sono importanti. In primo luogo perché se non fossero convincenti, e non si rintracciasse un diverso esempio del tutto plausibile, verrebbe meno uno, e non l'ultimo per importanza, dei sostegni alla interessante tesi della dicotomia *commodatum ad pompam* e *commodatum ad ostentationem*: si sarebbe trattato pur sempre di una innocua messa in mostra per pura vanteria. In secondo luogo, taciterebbero il turbamento del lettore sensibile a riguardo della moralità del giurista siriano: al nostro Domizio Ulpiano, serissimo e severo giurista, assessore con Giulio Paolo dell'integerrimo Emilio Papiniano prefetto del pretorio, accreditato di un'etica da qualcuno assimilata a quella cristiana, sarebbe venuta in mente niente meno che una trufferia di cui elemento essenziale era un comodato. Posto che gli constasse essere una fattispecie praticata quale ulteriore eccezione al principio *non potest commodari id quod usu consumitur* oltre alla lecitissima ingenua e in qualche caso miseranda mera *pompa*, ci saremmo attesi che non la prospettasse affatto o, semmai, ne parlasse per escluderla dal novero del lecito. Non si rendeva conto che in qualche modo suggeriva ad uomini senza scrupoli uno strumento giuridico per operazioni a dir poco furbesche?

Se non fosse stato lui a concepire l'ostentazione come ulteriore possibile fattispecie di comodato di cose consumabili non per fare apparire un innocuo

sfarzo inesistente ma predisposta ad ingannare i creditori circa la solvibilità del comodatario debitore, potrebbero avervi alluso i giureconsulti glossatori tardo-antichi oppure i commissari giustinianeî. La circostanza non cambia. In ogni caso infatti dovremmo prendere atto che o i giuristi classici che tanto ammiriamo, o quelli posteriori, che il despota di Costantinopoli non poteva non considerare anch'essi partecipi dell'*ars boni et aequi*, talvolta la pensavano a mo' di consiglieri.

Che delusione.

IV. La «dignitas» dell'«homo» smarrita

Un saggio di Giovanni Nicosia mi offre un altro spunto critico in fatto di illimitato apprezzamento della tanto lodata giurisprudenza romana. E non saremmo nel campo delle supposizioni, ma del documentato.

L'infaticabile Professore Emerito ha esposto in *Iura* 62, 2014, 17-32, il suo pensiero in tema di dispute su *permutatio* ed *emptio venditio*; una questione, come tutti sappiamo, fortemente discussa dagli antichi giuristi («...valde quaeritur...») con argomenti molteplici e richiami a precedenti disparati. Lo fa con riferimento a quel che «ait» *Caelius Sabinus* citato da Gaio nelle *Institutiones*, in un contesto (3.141) che doveva aver messo in imbarazzo il giurista antoniniano. Egli verosimilmente apprezzava l'argomentazione della diversa *secta* di giurisperiti (altro è la permuta, altro la compravendita giacché nel primo negozio non sarebbe stato possibile stabilire chi era il venditore chi il compratore), ma voleva pure difendere la ragionevolezza del contrario pensiero di quelli che considerava i suoi *praeceptores*. Un testo, il gaiano *Inst.* 3.141, per di più paleograficamente tormentato e diversamente integrato dagli editori, quindi di ancor più difficile interpretazione per i moderni.

Nicosia rende così in italiano il luogo che qui interessa e ne spiega il contenuto:

- Testo: «Ma Celio Sabino osservò che, se io abbia ricevuto una cosa che tu avevi da vendere, ad esempio un fondo, e ti abbia dato *pretii nomine* uno schiavo, appariva evidente che era il fondo ad essere stato venduto e lo schiavo ad essere stato dato *pretii nomine*, per ricevere il fondo»;
- Spiegazione: Di contro alla diffusa interpretazione «semplificante» di molti Colleghi, in realtà Celio Sabino s'era limitato ad osservare che in qualche caso l'argomento proculiano non era probante in assoluto giacché potevano verificarsi concrete fattispecie in cui era possibile stabilire

quale fosse la cosa venduta e quale quella data come prezzo, quindi chi fosse il venditore chi il compratore. Ed adduceva un esempio verosimile.

«Osservazione assai ragionevole», dice il maestro catanese a proposito del pensiero del giurista antico. Lettura piana molto saggia questa dell'interprete moderno, aggiungo io. In buona sostanza – dice Nicosia – *C.N. Arulenus Caecilius Sabinus* rifuggiva semplicemente dalle generalizzazioni, ed era attento a quel che poteva accadere nella pratica. Del resto, che avesse perizia in materia di diritto e che questa fosse in lui coniugata con la conoscenza delle cose di vita vissuta si può desumere dalla circostanza che ai tempi di Vespasiano aveva gran prestigio quale successore di capiscuola di grande levatura, ed aveva acquisito esperienze pratiche se non altro quale console (non eponimo) nel 69. Perché l'arzigogolare da parte dei moderni? Bene.

Ma... C'è sempre un ma. Lascia l'amaro in bocca il fatto che Sabino, tra i tanti esempi che avrebbe potuto addurre, abbia scelto quello dell'*homo* trattato come mezzo di scambio, *res* in senso stretto, anzi come equivalente della *pecunia*, il vile danaro.

In altra occasione (*Scritti per A. Corbino* 3, 2016, 383-448) ho avuto modo di evidenziare che sin dagli albori della riflessione sul diritto i *prudentes* ebbero coscienza che l'essere umano, in quanto dotato di intelligenza e di socievolezza («animale politico» lo disse Aristotele), doveva avere una considerazione a sé nell'ambito degli esseri viventi. Ne è indice eloquente la soluzione della *quaestio* discussa niente meno che dai «fondatori» del *ius civile* circa la spettanza del *partus ancillae* all'usufruttuario oppure al nudo proprietario. Fosse stata la *ratio decidendi* oppure un posteriore argomento *ad adiuvandum*, sta in fatto che venne ritenuto «*absurdum*» che il neonato, partorito da donna, fosse considerato alla stregua del *fetus*, del *pilus*, della *lana pecorum*, ossia un *fructus* che l'usufruttuario potesse *capere*. Tale soluzione fu ricordata ed apprezzata dai giuristi anche dei secoli posteriori. Né l'importanza del precedente è sminuita dall'eventualità che tale *ratio* fosse stata colta da questi ultimi o che da questi fosse stata apportata come argomento risolutivo, mentre i *veteres* avrebbero ragionato con riguardo alla residua signoria del nudo proprietario. Anzi.

Possibile che Sabino non se ne fosse reso conto nel formulare l'esempio di ulteriore mercificazione di un uomo, sia pure schiavo? Che non avesse avuto la sensibilità di immaginare un corrispettivo (che so, un gregge) diverso da un *homo* ch'era pur sempre una *persona*? Oltre tutto l'esempio era poco credibile sul piano economico, ché pur se lo schiavo fosse pregiato difficilmente il suo valore venale poteva corrispondere al prezzo di un appezzamento di terreno, per quanto piccolo questo potesse essere.

L'esempio appare ancor più sconcertante se si tiene conto che, tra altri, v'era

un diverso precedente notorio, quello circa l'impossibilità mentale di considerare qualsiasi essere umano, sia pure di infima *condicio servilis*, insomma appena appena «*quasi secundum hominum genus*», alla stregua di qualsiasi altra *res*. Lo ricordava, per quel che ne sappiamo, Sesto Pedio nell'inoltrato secondo secolo d.C.; ma l'insegnamento risaliva a molto prima. E Sabino non poteva ignorarlo avendo elaborato un commentario *ad edictum aedilium curulium*. Pedio (o sia pure Paolo che ne riportava il pensiero) riferiva che «*iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne qua fraus aut edicto aut iure civili fieret: ut ait Pedius, propter dignitatem hominum: alioquin eandem rationem fuisse et in ceteris rebus: ridiculum namque esse tunicae fundum accedere*» (D. 21.1.44 pr) La dignità dell'uomo!

Orbene, non mi sfugge che la compagine romana di cui erano partecipi i *iurisperiti* fosse una società schiavistica perché l'economia tradizionalmente era basata sulla mano d'opera servile. Le forme giuridiche non potevano che rispecchiare l'economia del tempo. E, a loro volta, la conformavano. Il *modus operandi* dell'esperto di diritto non poteva non adeguarsi a tale realtà. Insomma, la vita materiale ha sempre un impatto diretto o mediato sul pensiero giuridico. So pure che nel secolo adrianeo (come Casavola originalmente qualifica i cent'anni che dal principato di Adriano arriva ai Severi) quando la linea di governo possiamo caratterizzarla come «*plus ratio quam vis*» e al potere si associò l'intelligenza cittadina, avvenne che, anche per la incipiente unitarietà territoriale dell'Impero (che sarebbe pervenuto al riconoscimento della *civitas Romana* a tutti gli abitanti, e avrebbe comportato *de iure* la fruizione da parte loro del medesimo *ius Romanorum*), la considerazione della peculiarità dell'essere umano, di ogni partorito da donna, non sfuggì alle menti più lucide e lungimiranti. Ma fu dissipata. Si disperse (et pour cause?) in un criterio generico di *humanitas*, *benevolentia* che doveva informare la normazione e l'applicazione delle norme. Un criterio, questo, che non riconosceva prerogative proprie ad ogni uomo in quanto tale senza se e senza ma. Tuttavia il principio nella sua trasposizione in pratica dipendeva pur sempre dal potere discrezionale di legislatore e giudice. Per di più, taluni intellettuali d'indole conservatrice ebbero modo di contestare pure siffatto contenuto dell'*humanitas* ricordando che «coloro i quali diedero vita alla lingua latina» il termine l'avevano preso dal greco; e in tale lingua non significava «filantropia» ma «*paidéia*», educazione ed iniziazione ai saperi, che non erano di tutti.

Tuttavia il ceto professionale dei giuristi costituiva una élite della classe dirigente, e ben poteva – col senno di poi diremmo che avrebbe dovuto – sviluppare gli spunti antichi sulla diversità dell'uomo rispetto alle altre entità viventi della natura. Celio Sabino avrebbe potuto almeno risparmiarsi esempi che negavano all'*homo* (uomo, seppure *servus*) ogni dignità.

V. Altro raffronto anacronistico: formalismi dall'antico ad oggi

Mi sono posto uno strano interrogativo dopo aver letto una breve nota di Giovanni Nicosia. Leggo tutto di lui se posso, giacché è uno studioso da cui si apprende sempre per la sua smisurata conoscenza delle fonti e le analisi lucide che ne fa. E non lo dico perché sempre grato della benevolenza con cui mi giudicò agli inizi della mia carriera universitaria.

Si tratta dello scritto (si fa per dire nell'epoca ormai dei computer e di Internet) intitolato «*Redite viam*» ed edito in *LR. Legal Roots* del 2014, la interessante rivista creata da Salvatore Randazzo (3, pp. 63-70).

Con l'onestà intellettuale che è sua propria, il Nicosia, su uno spunto critico contenuto nella recensione di Giuseppe Falcone alla sua monografia su *Nascita ed evoluzione della 'iurisdictio'*, torna a riflettere su una convinzione che s'era formato nel districare la matassa delle contraddittorie notizie pervenuteci sulla più antica *vindicatio* di immobili. Tra esse il luogo di Cicerone *pro Murena* 12.26 in cui, nel difendere da avvocato Lucio Licinio Murena ch'era imputato di *crimen ambitus* mercé il quale avrebbe superato nelle elezioni per il consolato il concorrente Servio Sulpicio Rufo, anteponeva la popolarità degli *homines militares* come Murena a quella dei giuristi: Servio Sulpicio era, sì, un grande giureconsulto, ma ignoto alla massa dei cittadini. La sua notorietà era incomparabile con quella di chi aveva militato in Asia, era stato legato di Lucullo, aveva governato la Transilvania. E trovava un'occasione per sminuire se non per ridicolizzare addirittura i meriti dei presuntuosi giuristi a cui non perdonava che non lo riconoscessero come uno di loro. Insiste perciò sui vietati formalismi procedurali che avevano escogitato e di cui tutt'allora si servivano. Insomma le solite derise «*ineptiae iurisconsultorum*». Ad esempio, la impostazione della rivendica della signoria avrebbe ben potuto esaurirsi nella duplice affermazione reciproca del «*meum est*». Senonché i giuristi «*noluerunt*», e si accinsero ad escogitare formulari complicati. Il rito divenne ridondante e foriero di lungaggini. Eppure – dice Cicerone – già gli antichi giureconsulti, quelli che ancora portavano la barba, lo avevano considerato ridicolo.

L'errore che Nicosia vuole emendare – scagli la prima pietra chi non ha mai dato luogo a ripensamenti – sta in ciò, che egli aveva considerato il «*redite viam*» come una pronuncia del pretore, mentre invece non era il pretore che impartiva ai contendenti quell'ordine bensì una persona diversa, verosimilmente quel «*sapiens ille*» che aveva il compito di suggerire *in iure* ai litiganti, all'uno e all'altro, le formule tecniche da pronunciare, e poi li accompagnava nel (far finta di) recarsi sull'immobile in questione; dopo di che, esaurito il suo compito – che forse era di sorveglianza affinché fuori del tribunale attore e convenuto non si dessero addosso dopo aver instaurato la lite e smesso di contrastarsi material-

mente con il rito dell'«*ex iure manum consertum vocare*» –, li invitava a tornare in tribunale. Il pretore imponeva soltanto il «*ite viam*», non anche, superflualmente e prematuramente, il «*redite viam*».

Non mi è occorso di sorridere al bizzarro duplice *stop & go* rievocato da Nicosia. Non mi è venuto da sorridere, perché in mattinata mi era pervenuto dal Tribunale amministrativo regionale un avviso che mi prescriveva di rinnovare entro sessanta giorni la domanda di discussione del ricorso che avevo proposto per un cliente (ho svolto anche un po' di avvocatura) e per di più (si badi) la domanda doveva essere corredata dalla esplicita dichiarazione a firma del ricorrente, apposta davanti a me e da me autenticata, che egli aveva interesse a che la impugnazione dopo molto tempo fosse finalmente decisa. Il tutto sotto pena di 'perenzione' del ricorso. Una complicazione tremenda, dato che erano trascorsi parecchi anni dal deposito, ed il cliente, primario ospedaliero, certamente ancora interessato, s'era trasferito in un paesino friulano.

Ebbene, per chi ha la ventura di non doverlo sapere, ogni ricorso amministrativo, dopo la notifica all'Amministrazione ed agli eventuali controinteressati, deve essere depositato presso la segreteria del TAR entro un breve termine perentorio, ed in un termine altrettale decadenziale l'avvocato deve depositare una domanda con cui chiede che venga fissata la udienza di discussione (e decisione). Come se il deposito del ricorso, che peraltro già si conclude con la richiesta che il tribunale si esprima accogliendolo, fosse stato fatto così, soltanto per informarne l'organo giurisdizionale che s'era verificata una controversia tra cittadino e P.A.!

So bene – me lo spiegarono *in illo tempore* ben tre professori di procedura: sia civile, sia penale sia amministrativa – che «la forma è sostanza». Certo. Ma dovrebbe avere sempre un rilevante senso pratico.

L'indomani, svaniti fastidio e frustrazione che mi aveva procurato quell'avviso, ricordando la nota del Nicosia, questa volta con un risolino mi sono chiesto quale ragionevole impulso spinga coloro, cui è dato di *condere* il *ius*/diritto processuale, di infarcirlo con formalismi onerosi quanto futili. Non sembri impropria l'agnizione di prescrizioni inutilmente onerose, talvolta paradossali, tanto lontane nel tempo e nel contesto geopolitico-istituzionale. Meccanismi mentali e soluzioni non possono essere stati che i medesimi. Quali?

Giacché non ne venivo a capo, mi sono ricordato di una duplice affermazione niente meno di Mommsen (vd. *Gesamm. Schr.* 5, 1908, 384 s.) che quando l'apresi da giovane ricercatore mi era sembrata una boutade ed una provocazione («la vera ricerca storica non cerca di riprodurre il diario del mondo», «non c'è storia senza fantasia»). E ho esercitato la 'fantasia'.

Questa mi ha portato ad ipotizzare un fenomeno persistente e ricorrente anche in ambiti 'geografici' e 'temporali' affatto diversi: chi ha il potere di re-

golamentare gli oneri processuali è indotto a metterli a carico dei malcapitati privati sottraendoli all'amministrazione giudiziaria di cui è responsabile. Un meccanismo mentale induce a rispondere in modi analoghi a situazioni simili, quando non proprio identiche. Una sorta, insomma, di ragionamento istintivo e ripetitivo il quale perviene ad una determinazione che appare semplice da concepire, quasi obbligata, ovvia. Fenomeno che mi è parso di poter riscontrare in molti momenti del farsi del diritto antico e moderno: l'ho azzardato, per esempio, a proposito della attribuzione ad una '*naturalis ratio*' la creazione (che era avvenuta invece per agglutinazione) del '*ius gentium*' nell'area del Mediterraneo non ancora '*mare nostrum*' per i romani; a proposito della coincidenza in svariate temperie politico-istituzionali (anche della modernità) di pene atroci irrogate come misura deterrente, in funzione dissuasiva per contrastare attività delinquenziali gravi o comportamenti eversivi che si riteneva mettessero a repentaglio l'ordine della vita sociale, ovvero l'assetto del potere di per sé; e così via esemplificando. Ma mi sono bloccato lì, perché Mommsen ammoniva pure che non è storia tutto quello «su cui è piaciuto fantasticare».

Giacché il fenomeno esiste, ossia la rilevazione delle molteplici imposizioni di oneri irrazionali collocabili nella comune trama del governo normativo del processo, e la sua spiegazione non può essere storica, la riflessione sull'ubi consistam della ricorrenza di momenti particolari e di elementi generali costanti in un certo fenomeno sociale sarebbe di pertinenza della sociologia (o vogliamo dire della antropologia?). Ma mi fermo qui per non andare oltre il mio orticello ed addentrarmi in una boscaglia sconosciuta.

VI. *Il diritto dei cani*

No. Non sono un animalista. Gli animali, tutti, non solo quelli domestici con cui instauriamo una relazione di vita e ci intendiamo allo sguardo, sono meritevoli del massimo rispetto e riguardo anche perché li sottraiamo egoisticamente al loro habitat ed al loro libero destino. Ma non riesco a convincermi che siano titolari di diritti, come taluni pretendono sia pur mettendo magari il termine tra virgolette e precisando che a far valere quei diritti sarebbero ovviamente dei soggetti giuridici. Nell'evolvere delle civiltà quel particolare ordinamento sociale che identifichiamo come diritto si è formato *hominum causa*. Certo ci consta che in talune culture alcuni animali hanno una protezione da parte dell'ordinamento giuridico, e che nella storia qualche sciagurato autocrate ebbe ad attribuire ad una creatura subumana addirittura il laticlavio. La protervia umana non ha limiti. Ma è pur vero che quando la stupidità è al potere, la storia ci dice che non resiste a lungo.

Non è questo però l'oggetto su cui mi intrattengo.

Il 1981, alla Society of Public Teachers of Law, Peter Stein pronunciò la relazione presidenziale introduttiva centrandola sulla educazione del giurista nei paesi dell'Occidente europeo, non solo quello del Vecchio Continente. Una riflessione così ben concepita che fu trasposta a stampa, e ne derivò un volume tradotto in più lingue.

Volendo profilare utilmente per una Europa che «si fa più piccola» i «fondamenti» dei vari ordinamenti che indipendentemente dalla particolare tradizione nazionale si possono agglutinare, il professore di Cambridge si pose il problema sempre ricorrente del «da dove cominciare». Si sa: già L. Wittgenstein, nel 1969, analizzando la filosofia del senso comune aveva notato che «è così difficile trovare l'inizio. O meglio, è difficile cominciare dall'inizio». Il Nostro si risolse intrecciando l'esperienza romana antica, radice degli ordinamenti continentali, col farsi di quella insulare che denominiamo anglosassone. Ovvio quindi l'attenzione per il common law, che spesso richiamiamo per rappresentarci proprio il *ius honorarium*, benché vi sia stato chi, in particolare Mario Talamanca, ha denunciato l'inappropriatezza dell'accostamento.

Ho appreso così che il settecentesco accademico londinese William Blackstone aveva sostenuto che l'ordinamento giuridico rilevato (più adeguatamente bisognerebbe dire: rivelato) dai giudici fosse la «perfezione della ragione». Di lì a qualche decennio, il filosofo e giurista Jeremy Bentham, anche lui londinese, fu invece ferocemente critico del diritto «immaginato dai giudici». Disse che in pratica era come il «diritto dei cani»: «quando il tuo cane fa qualcosa che desideri non faccia più, aspetti che lo rifaccia e poi lo picchi». «Ecco come i giudici fanno il diritto».

Chi dei due aveva ragione?

La disputa antica, sarcasticamente rievocata certo non per caso da Stein, si addice (lo dico *sine iniuria ac studio*) a taluni filoni della giurisprudenza italiana contemporanea. Sempre più spesso i nostri giudici dilatano la loro «competenza» giudiziaria invadendo quella legislativa.

Si è verificato poco tempo addietro un caso tristissimo, deciso in assenza di una legislazione che allora ammettesse l'autodeterminazione circa le modalità del proprio fine vita. Una giovane, in coma irreversibile da diciassette anni, quando era *compos sui* aveva aborrito il trattamento clinico subito da un suo amico, che si limitava a tenerlo in vita senza speranza alcuna, ed aveva manifestato a congiunti ed amici che lei avrebbe preferito l'avessero lasciata morire senza ricorrere ad analogo accanimento «terapeutico» anzi extra-terapeutico, che in realtà aveva determinato soltanto una artificiale sopravvivenza vegetale. Le corti, su richiesta dei genitori disperati, autorizzarono la interruzione degli artifici che la mantenevano in vita incosciente, ferma la prognosi infausta. Si basarono sulla volontà della interessata espressa informalmente a suo tempo, e

autorizzarono il decesso purché medicalmente procurato e rispettoso della dignità della persona. La questione fu discussa prima e dopo, in tante sedi e dai più vari punti di vista. Non mancarono polemiche ed anatemi. La causa arrivò alla Cassazione. Poi se ne occupò la Corte costituzionale su ricorso del Parlamento che prospettava un conflitto fra poteri avendo quello giurisdizionale usurpato il legislativo, giacché in buona sostanza i giudici avevano creato essi una norma peraltro in materia estremamente «sensibile». La poverina non è più tra noi. Pace a lei. In un caso analogo, un giovane di idee radicali, per la sua convinzione ideologica, ha accompagnato un ammalato, in condizioni similari ma cosciente, in un vicino Paese in cui la pratica della morte assistita è lecita. Al ritorno si è autodenunciato ed è stato rinviato a giudizio. Fortuna sua, la questione è stata rinviata al vaglio preliminare della Corte costituzionale.

Lasciamo da parte questi casi angosciosi. Pertinenti al dilemma posto dal contrasto tra Blackstone e Bentham ce ne sono tanti altri.

In campo amministrativo, accadeva troppo spesso che la P.A. procedesse ad occupazioni a fini espropriativi di terreni e vi realizzasse pure le opere pubbliche previste ma, entro i termini fissati, non emettesse il provvedimento di acquisizione. Secondo i principi generali desumibili dal codice civile si sarebbe verificata una fattispecie dell'accessione, la quale comporta che, quando vengono realizzate costruzioni o opere da un terzo su suolo altrui, il proprietario del fondo ha il diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle. L'applicazione di tale regola si presentava tuttavia incongrua sia per l'interesse del privato sia per l'interesse dell'ente pubblico. I tribunali, sulla base della rilevazione della *ratio* della disposizione, ossia che il bene più rilevante dovesse avere preminenza rispetto a quello meno rilevante, e sulla ovvia considerazione che è l'opera pubblica socialmente più importante, escogitarono che nella concreta fattispecie la norma dovesse avere applicazione nel senso opposto: era l'opera pubblica che «attraeva» il suolo di proprietà privata. Chi subisce l'ablazione ha diritto soltanto al risarcimento del pregiudizio economico subito. L'«accessione invertita» comportava però non pochi inconvenienti, in primo luogo quello del costo complessivo dell'opera, giacché il risarcimento non poteva che essere commisurato al valore venale specifico del terreno acquisito di gran lunga superiore alla «indennità» dell'espropriazione per pubblica utilità. Un aggravio enorme per le casse pubbliche. La creatività dei giudicanti aveva risolto un problema ma ne aveva creati altri. Dovette intervenire il legislatore, che a sua volta escogitò l'istituto della «occupazione acquisitiva», un «*monstrum*».

V'è di peggio. Il fenomeno giudiziario ha investito il delicato campo criminalistico ed è tuttora d'attualità. Le corti hanno costruito infatti fattispecie penali che già per la denominazione data loro appaiono intimamente contraddittorie. Si pensi alla costruzione giurisprudenziale della «partecipazione esterna» ad associazione mafiosa, divenuta «concorso» poi «collaborazione» o come altrimenti

la si voglia denominare per attutire almeno lo stridore delle forme verbali. Delitto che – attenzione – è perseguito con pene molto gravi. Più d'un cittadino condannato a tal titolo ha scontato anni ed anni di carcere e si è vista stroncata la carriera per non dire della vita familiare; qualcuno è ancora privato della libertà.

A me (e non soltanto a me) riesce difficile rappresentarmi come si possa far parte dall'esterno di un'associazione alla quale per definizione non si appartiene. O ci si è, o non ci si è. In ogni caso, la pena non è comminata per aver dato vita ad un rapporto organico, né ad altra forma di *affectio societatis*. La invenzione ovvero creazione dei giudici è stata dichiarata «incomprensibile» perfino dalla Cedu, perché ritenuta in violazione dell'art. 7 della Convenzione europea. A sua volta, la configurazione di un concorso esterno, non essendo previsto dalla legge, viola l'art. 25, 2° comma della Costituzione secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», e già il pur severo Codice penale «fascista» Rocco, all'art. 1, stabiliva che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge», principio esteso dall'art. 1, 1° comma della L. n. 689/1981 all'irrogazione anche delle sanzioni (*minoris generis*) amministrative.

Mi si accappona poi la pelle quando leggo in qualche provvedimento giudiziario che il revenuto era passibile di persecuzione penale per aver «contribuito casualmente al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione ed alla realizzazione anche parziale del programma criminoso». Mi rendo conto della necessità di stroncare la delinquenza mafiosa che affligge la compagine sociale in forme sempre più raffinate e perniciose. Ma *cum modo*.

Do pure atto che in diverse civiltà giuridiche (sì, anche nell'esperienza romana) è stato teorizzato che il principio fondante la concezione per me incomprensibile sta in ciò, che il cittadino «giusto» sa già qual è l'«equilibrio di vita» che deve improntare i suoi comportamenti, oppure che il cittadino si deve rendere conto di quel che il «popolo esige da lui» a prescindere dalla circostanza che non vi sia una esplicita disposizione che gli interdice quell'azione o omissione. Cicerone diceva che vi sono «figure criminose fuori del tempo», senza inizio storico, sempre intuite come tali, illecite e quindi perseguibili dal giudice. Ma il nostro sistema punitivo non è improntato a siffatte concezioni: figlio di Cesare Beccaria è invece impostato sul criterio della «legalità», che esige la preesistenza e la «determinatezza» delle norme incriminatrici.

Nei casi *de quibus* direi che si realizza proprio quel «diritto dei cani» da cui ho preso le mosse.

Se qualche Savonarola di turno si inventa un crimine nuovo per stroncare la malavita mafiosa e per dare una lezione a prepotenti che, profittando di posizioni di rispetto acquisite, si credono d'essere chissà chi e magari predicano pure bene ma razzolano male, lo faccia pure in sede teorica. Escogiti qualche costruzione

giuridica adeguata a stroncare il malaffare, e proponga una riforma legislativa. Non può ritenere, però, che la si ponga a base *sic et simpliciter* di una imputazione e condanna in sede penale, per di più quando non ha prove ma soltanto – si legge anche questo – la «certezza morale» che il revenuto sia un manfano se non sicuramente il delinquente che ha commesso il crimine in questione. L'opinabile e l'incerto, per non dire in chiaro e tondo l'estroso e l'impraticabile devono restare fuori dalle aule dei tribunali.

Non a caso quindi taluni procuratori emeriti della Repubblica hanno prospettato in più occasioni la codificazione degli (attuali) «pseudo-reati» a cui s'è accennato. Certamente siffatto apprezzabile suggerimento riporterebbe a legalità la costruzione della fattispecie di un nuovo reato da parte dei giudici.

Mi residua però, a parte le complicazioni per le sentenze di condanna già emesse e passate in giudicato, il dubbio che, *mutatis mutandis*, si avvererebbe il caso denunciato da Bentham, ossia «prima ti picchio, poi ti renderai conto del perché».

Ho detto la mia.

Tornando alla notazione iniziale che poteva apparire anacronistica e improponibile, lascio ad altri più preparati ed acuti sciogliere il dilemma posto dalla diatriba antica.

VII. Laudatio funebris *di un importante strumento di lavoro*

Con l'anno 17° – numero infausto per la cabala napoletana – del XXI secolo si chiude (per vero il Comitato di direzione e l'Editore usano la pudica e benaugurante espressione «viene sospesa») la pubblicazione di quel supporto e stimolo alle scienze giuridiche in Italia che è stata la *Enciclopedia del diritto* della casa editrice Antonino Giuffrè in Milano (forse, si dice, passata in mano straniera). Dal 1958 erano stati pubblicati ben 46 volumi basici di un migliaio di pagine ciascuno, più sei tomi di *Aggiornamenti* più due d'indici. Dal 2007 sono stati editi gli *Annali* di aggiornamento in dieci tomi, forse ancora più preziosi perché rappresentano il presente dell'incessante elaborazione del diritto. Dopo il X non ne saranno pubblicati altri. Almeno non nell'immediato.

L'opera è il frutto di qualche centinaia di studiosi affermati (taluni scomparsi) e giovani valenti. La direzione scientifica e il coordinamento redazionale erano affidati ai più prestigiosi nomi del Gotha dell'accademia, della magistratura, dell'avvocatura. Ogni volume di aggiornamento si leggeva avidamente. Non si consultava soltanto. E si attendeva con ansia quello successivo.

Non appaia fuori luogo che il *de profundis* venga intonato da un periodico che è dedicato al diritto, soprattutto alla sua storia ed al suo futuro. Gli storici

del diritto sono innanzitutto giuristi a 360 gradi. E non tengono «tavola a parte» dagli altri cultori e operatori qualificati del diritto, come taluni auspicherebbero ed altri subirebbero ahimè senza adombrarsi. È ovvio che specie i giusromanisti, a cagione dell'età più antica che studiano, abbiano metodologie particolari per ricostruirne il Geist dei vari sistemi giuridici e le relative regolazioni nelle loro vicende secolari del passato. Ma è altrettanto vero che contribuiscono all'elaborazione della scienza giuridica tout court, e per questo hanno bisogno di alimentare le loro ricerche prendendo atto delle tematiche che si dibattono nel sempre cangiante presente. Alla stessa stregua, i giuristi positivi hanno bisogno di avere qualificate informazioni sul passato, non solo prossimo, delle discipline che coltivano (almeno, lo si spera).

Un esempio fra tanti: l'ultimo volume degli *Annali* contiene interessanti 'voci' aggiornate sul «*Capo dello Stato*» (estensore la professoressa senese Michela Manetti, pp. 137-170), e sulla «*Effettività delle tutele (diritto civile)*» (estensore il professore fiorentino Giuseppe Vettori, pp. 381-407), l'una incentrata sulla fluidità costituzionale e sulle torsioni che una costituzione può subire cambiando i connotati pur rimanendo espressa nei medesimi termini, l'altra incentrata sulla funzione rimediale che, al di là dell'analogia *legis e iuris*, si ritiene di assegnare all'applicazione del diritto privato e dei principi costituzionali con tecniche idonee a soddisfare concretamente gli interessi emergenti meritevoli. Orbene, i saggi originali costituenti tali voci hanno certamente interessato gli storici del diritto, specie i giusromanisti: infatti, le problematiche sono state studiate di recente con riferimento all'esperienza romana antica della transizione dalla *respublica* al *principatus*; e dalle indagini circa l'escogitazione di soluzioni giudiziali e dottrinarie per aggiornare il vetusto *strictum ius privatorum* o colmare il vuoto di prescrizioni giuridiche circa nuove pratiche.

Di tali studi storici in quei saggi non v'è traccia alcuna, come se le antiche esperienze non interessassero affatto ai moderni teorici ed operatori qualificati del diritto; come se la incessante elaborazione delle tematiche fosse tutta contemporanea ed avveniristica. Peccato. Ce ne facciamo una ragione. Poco importa (si fa per dire).

Del resto bisogna dire che, alla fin fine, la *EdD.* della Giuffrè, a differenza del *NNDI.* della casa editrice Utet, non ha mai dato molto spazio alla storia del diritto, pur se, aggiungo subito per onestà, con riguardo al diritto romano ha centrato con magistrali contributi i suoi punti nodali, come la Famiglia (Eduardo Volterra), la Cittadinanza (Giuliano Crifò), la Proprietà (Luigi Capogrossi Colognesi), le Obbligazioni (Mario Talamanca), il Processo (ancora Talamanca), e così via esemplificando. E per la storia del diritto italiano ha colmato molte lacune.

VIII. *Il diritto romano e l'anima slava*

Sono venuto in possesso per affettuoso omaggio dell'Autore di una copia della brillante *Nota* di Luigi Garofalo presentata nell'adunanza ordinaria, in data 20 dicembre 2008, dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Classe di scienze morali etc., pubblicata nei relativi *Atti* (tomo 162, 2009, 517-546). È dedicata a *Carl Schmitt e Wassily Kandinsky: a Monaco fra diritto e arte*. Senza questo gesto amicale molto probabilmente non ne sarei venuto a conoscenza. Invero Garofalo in tema aveva già pubblicato un saggio (*Kandinsky e il diritto romano*) in più d'una rivista, tra cui *Labeo. Rassegna di diritto romano* (49, 2003, 49-60) di cui ero direttore. Ma il nuovo saggio non è ripetitivo. Il primo individuava gli ordinamenti socio-giuridici vigenti nella Russia zarista, le sue ascendenze e le sollecitazioni che avevano subito nel periodo in cui il giovane Kandinskij provò interesse per il diritto. Il secondo saggio, frutto evidente della prosecuzione per un buon lustro della ricerca, inquadra la ulteriore fase della maturazione della personalità e creatività artistica di Kandinskij in diverso ambiente culturale, di cui era partecipe anche lo Schmitt.

Di Schmitt, durante gli studi universitari avevo letto spontaneamente *Le categorie del politico* con gran fatica perché era in lingua originale (ora è invece nella bella trad. it. di C. Miglio & P. Schiera, Bologna 1972) e qualche altro scritto allora reperibile in italiano. Qualcuno che stimavo mi disse che un giurista in formazione non poteva prescindere. Poi mi sarebbe interessato poco saperne di più. Avevo scarso apprezzamento per un grande, certo, ma la sua impostazione (il crudo realismo di «prima c'è il comando, gli uomini vengono dopo») non mi era congeniale; e non mi attraeva lo spazio dato al momento politico nell'ambito della dottrina giuridica, ché allora supposevo composta soprattutto da tecnici-smi (così ce la presentavano i professori: s'era prima del '68). Né mi facevano apprezzare la personalità le scarse notizie biografiche che avevo racimolato su di lui, il tempo speso fra letterati e poeti più che con i cultori del diritto. Non riuscivo a comprendere per mia pochezza che egli era stato capace di varcare gli stretti confini della sua disciplina d'elezione, e che, persona fascinosa anzi seducente, fosse stato in grado col suo pensiero di fare scuola. L'amico Garofalo me lo ha fatto poi comprendere. In quel tempo ero, di mio, un po' restio a fare passi al di fuori del seminato – lo confesso –, benché non fossi per mia forma mentis un 'bacchettone' conservatore.

Sapere di più del Vassilij, invece, altroché se mi ha interessato. Era uno degli «apostoli della pittura moderna», considerato con Mondrian il caposcuola dell'Astrattismo, che forse per differenziarlo da quello proprio di quest'ultimo s'usò aggettivarlo con apparente contraddizione «Astrattismo impressionistico».

*

Sin da giovanetto i suoi quadri, quei pochi che mi fu dato di rimirare in seguito all'episodio di cui subito dirò, mi turbarono senza che sapessi rendermi conto del perché. Ora ho appreso altresì, ancora grazie a Garofalo, che egli aveva rivoluzionato la sua vita in modo esattamente contrario alla evoluzione della mia. In che senso?

Devo premettere (confessione per confessione, rivelo anche questo, ma per favore non la si scambi per egolatria) che il mio professore di disegno alle scuole medie, un ottimo pittore a livello internazionale, Alfredo Padula, apprezzava il mio modo spontaneo di rappresentare le cose con rapidi segni irrealistici e pallide gouaches che a mano a mano divennero materia cromatica. Mi parlò di un tal Kandinskij. Gli dissi che non potevo averlo scopiazzato, perché non avevo avuto modo di studiarli la sua opera pittorica e quindi, in buona sostanza, non lo conoscevo (s'era nel secondo dopoguerra e libri accessibili di pittura scarseggiavano ed erano costosissimi). Né dico ora che quel modo mio di esprimermi fosse stato frutto di un'urgenza vitalistica. A dodici/tredici anni non se ne ha consapevolezza. Mi veniva spontaneo e ne rimanevo appagato. Tutto qua. Rimastogli legato anche negli anni liceali il professore Padula mi procurò in lettura pubblicazioni di opere del Kandinskij e mi introdusse pure alla pittura ad olio che per un po' ho praticato. Senonché, impegnatomi un giorno di novembre 1958 (lo ricordo ancora) su di un tema non figurativo mi accorsi, dopo intere giornate di tentativi, che avrei dovuto rifare tutto da capo. Mi sarebbe occorsa almeno una settimana per provare e riprovare. E l'esito mi appariva incerto. Strappai la tela imbrattata. Buttai via pennelli, tubetti dei colori, l'olio, l'acqua ragia e quant'altro. Perfino la pezzuola con cui si puliscono i pennelli. Per evitare tentazioni. Conservai e conservo ancora soltanto la tavolozza imbrattata. Vi sono affezionato. Dovevo infatti prepararmi per la prima prova intermedia, il così detto «colloquio», del corso di Istituzioni di diritto romano che si sarebbe svolta subito dopo la pausa natalizia, e il Professore Antonio Guarino aveva fama di essere un esaminatore non proprio comprensivo della non perfetta preparazione dovuta a (presunti) afflitti artistici.

Sta in fatto che il mio Vassilij da docente di diritto romano divenne quel grande che è stato e rimane. Io (qualcuno dirà per fortuna dell'arte) da mancato pittore sono divenuto un professore nell'Università (qualche maligno dirà per sfortuna della giusromanistica).

*

Passiamo agli studi eleganti quanto dotti e documentati di Garofalo. Le notizie sono soltanto quelle essenziali.

Nato a Mosca a metà circa del secolo XIX (il 1866), Kandinskij aveva con-

dotto gli studi liceali di tipo classico ad Odessa, dove prese lezioni private di disegno, piano e violoncello. Si laureò presso la Facoltà giuridica moscovita il 1892. Per buon tempo coltivò il diritto unitamente all'economia e all'etnografia; discipline, queste, di cui non avrebbe mai disconosciuto l'importanza per la sua formazione, anche se l'interesse maggiore lo provava per il diritto romano. «Il pensiero astratto» dei romani – avrebbe detto – lo affascinava «per la sua 'costruzione' elegante, consapevole, estremamente raffinata», benché allo stesso tempo la «logica inflessibile» di quella disciplina non soddisfaceva la sua «anima slava». Inconsciamente avvertiva che soltanto il «potere dell'arte» avrebbe potuto portarlo «fuori dello spazio e del tempo».

*

Una digressione. Singolare la circostanza che uno studioso quale Francesco De Martino, il «Mommsen italiano», con anima ben diversa da quella slava, e che direi mediterranea, amante com'era del mare puteolano e della caccia in quel del Vesuvio, confessò pure lui una necessità interiore che lo spingeva verso una maggiore concretezza nella ricostruzione del diritto antico. Nella nota introduttiva ad una raccolta di suoi scritti, disse che avrebbe nascosto una parte del vero se non avesse ricordato che gli istituti giuridici (prevalentemente privatistici) che aveva studiato nella prima parte del percorso di ricercatore gli sembravano «forme vane» giacché non riusciva ad identificare quelli che ne erano protagonisti ed utenti specie nei «rapporti relativi ai beni materiali ed al commercio». Gli apparivano come «ombre».

Ebbene, egli appagò poi l'insoddisfazione e superò il disagio in modo opposto a quello del Kandinskij. Attratto dal metodo storiografico marxista – era un colto convinto socialista radicale – coerentemente si dedicò ben presto a ricerche di storia politico-constituzionale con accentuata attenzione per i suoi protagonisti e poi a studi d'economia, entrambi concretatisi anche in una trattazione monumentale, le prime, e in una esposizione di sintesi, le seconde: non la crociana inclusione del diritto nell'economia però, perché era sempre attento alla «influenza delle idee, della cultura, della religione, in una parola di tutte quelle manifestazioni che appartengono alla sfera spirituale dell'uomo». Talvolta rilevò addirittura che in determinate circostanze non fosse stata la 'storia' bensì proprio l' 'uomo' ad imprimere svolte alla vicenda socio-economica e giuridica. Ovviamente con il concorso di particolare circostanze d'ordine 'materiale'. Lo dichiarò in una intervista chiestagli da un periodico scientifico ahimè ora di difficile reperimento.

Insomma quelle «ombre» che gli apparivano sullo sfondo dei tecnicismi quasi matematici del racconto del diritto in scritti antichi e moderni, non se le rappresentava in modo ancor più incorporeo e fuori dagli spazi geografici e dai

tempi come aveva fatto Kandinskij, ma, cogliendo qua e là indizi appropriati, le faceva divenire esseri in carne ed ossa che interagivano tra loro per soddisfare bisogni materiali e intellettuali. Tutt'altro che avulsi dai contesti in cui vivevano. E risolse in storia concreta di «uomini vivi» l'evoluzione degli assetti costituzionali, e del *ius* pubblico e privato di Roma.

*

Ritorniamo al nostro artista. Anche lui elaborò dapprima uno scritto sulla problematica del salario dei lavoratori, che però non risulta dato alle stampe. Forse non soddisfaceva già la sua mente il modo di rappresentare il mondo e quelli che lo animano. Rifiutò la chiamata presso l'Università di Dorpat. Accettò però la nomina ad «attaché» presso quella di Mosca. Quindi non escludeva l'impegno accademico. Già allora tuttavia si proponeva di non coltivare professionalmente la ricerca e la didattica. Per l'eventuale impiego in banca o in attività finanziarie, anche lì ed allora più redditizie dell'attività scientifica, provò poi addirittura una sorta di repulsione.

Perciò nel 1897, trentenne, si trasferì a Monaco, che allora era un centro europeo tra i più vivi e culturalmente ed artisticamente davvero internazionale. Garofalo con pochi magistrali tratti, tutti precisamente storicizzati e ben coniugati tra loro, fa rivivere quella altrimenti non attingibile realtà. Quasi che ne fossimo stati noi stessi partecipi. Proprio per rendere gli intrecci tra scienze ed arti, diritto e pittura, vi ambienta anche Schmitt negli anni decisivi della formazione degli interessi di Kandinskij, anche se quegli interessi nemmeno in parte coincidevano con quelli dell'artista. La esperienza tedesca fu molto importante per lui. È un dato da tenere, come accenneremo, in conto. Il Nostro da cittadino russo divenne tedesco, poi francese. Animo sempre russo, ma educazione europea continentale.

Allo scoppio della prima guerra mondiale Kandinskij rientrò in Russia; dopo la Rivoluzione del 1917 vi ricoprì importanti cariche pubbliche nel campo dell'arte; nel 1922 tornò in Germania chiamato dal grande architetto Walter Gropius per insegnare al Bauhaus di Weimar, una scuola di arti applicate dove convenivano i più qualificati architetti, designer, artisti da tutta Europa, che gli ispirarono una svolta nella sua pittura: forme geometriche più riconoscibili, tinte più distinguibili tra loro.

Al primo contatto col mondo dell'arte (dapprima quella simbolista) ne era stato folgorato, perché sentiva che quel contesto soltanto lo trasportava «fuori dello spazio e del tempo». Promosse o partecipò ad iniziative all'avanguardia, oltre a mostre di pittura non tradizionale, rappresentazioni teatrali, circoli di letterati e poeti, esecuzioni di musica nuova, e tant'altro. In particolare osservò che la musica, a cui egli s'era educato nella prima giovinezza con lezioni di pianoforte

e violoncello, non riproduceva né imitava i fenomeni naturali ma, semmai, vi alludeva: i suoni li avrebbero fatti rivivere nella mente e nel cuore di ciascun ascoltatore, ognuno a suo modo. Ne *Lo spirituale nell'arte*, testo fondamentale per comprendere la sua concezione, al quarto capitolo egli scriveva che «il più ricco insegnamento viene dalla musica. Salve poche eccezioni, la musica da secoli è l'arte che non usa i suoi mezzi per imitare i fenomeni naturali, ma per esprimere la vita psichica dell'artista e creare la vita dei suoni». Un'affermazione, la creazione musicale che fa dei «suoni» una «realtà», cioè un quid ontologico. In più d'una circostanza Kandinskij assimilò l'impastare i colori allo sfiorare i tasti di un pianoforte. E non a caso forse usò per le sue opere pittoriche denominazioni che richiamano quelle dei musicisti: «Impressioni» per i quadri in cui s'avverte una suggestione della natura esteriore; «Improvvisazioni» per le creazioni pittoriche scaturite di getto dall'intimo sentire; «Composizioni» quando le rappresentazioni erano frutto di consapevoli elaborazioni.

Sperimentò così una modalità nuova di esprimersi con segni e chiazze di colori di varie lunghezze d'onda, benché i suoi dipinti dal 1910 al 1914 non siano annoverabili già tra quelli astratti.

Un aneddoto alimentato dallo stesso Kandinskij ne spiega la genesi occasionale: un giorno entrando nel suo studio vide che un quadro figurativo appeso alla parete s'era inclinato su di un lato e non faceva più identificare le cose rappresentate; ma l'insieme dei tratti e degli effetti cromatici aveva un'armonia nuova e un valore espressivo ancor più interessante. L'Autore avrebbe detto: «seppi allora che gli oggetti nuocevano alla mia pittura». Donde il concepimento della «spiritualità dell'arte». Altra ispirazione Kandinskij l'avrebbe subita nell'osservare, non si sa dove e come, «la forza e i colori dei Sami», cioè degli abitanti della nordica lontana Lapponia svedese i quali animavano il panorama nevoso piatto e bianco con colorazioni vive delle case e degli abiti tradizionali confezionati con stoffe blu rosse verdi, rifiniti con bordi altrettanto smaglianti e chiusi con cinture annodate ai fianchi anch'esse colorate (cfr. srodi@res.it in *Corriere della Sera*, *Sette*, 1558, 2018, 109).

Così il Nostro 'inventò' (o, forse, vi aderì e la teorizzò) la corrente pittorica che prospettava l'artista come colui che esclude ogni rapporto del prodotto espressivo con la conformazione dell'esterno mondo sensibile; non si interessa degli elementi estranei alla propria sensibilità e, per fare constare quale essa sia, si affida al linguaggio di mere forme e di colori. Insomma, non rappresenta realisticamente un evento, un paesaggio, un interno, una figura, una natura morta, ma esprime la «necessità interiore» che abita in lui scarnificando la figura animale, smaterializzando il corporeo e rappresentandolo, trasfigurato e sublimato, come ha preso forma, tratti e luci ai suoi occhi, nella mente e nella fantasia. Insomma l'artista fa a meno del figurativo (opera «senza tema») se vuole esprimere la sua

espressività individuale, ed infrange qualsiasi schema e modalità operativa giacché ben può un segno esprimere un concetto, un colore uno stato d'animo e così via esemplificando. Per Mondrian, di educazione calvinista intransigente, l'artista doveva cogliere nel quid materiale l'ordine strutturale e razionale e renderlo evidente tramite incroci di linee et similia (ciò che lo avvicinò all'«industrial design»). Ovviamente in questa sede semplifico e banalizzo.

*

Orbene, ciò raccontato, vien da riflettere sul se, come e quanto l'esprimersi suo proprio del Kandinskij abbia a che fare con l'educazione giuridica anzi storico-giuridica che egli aveva assorbito nella giovinezza, e aveva messo da parte ma non dimenticato. Lui stesso in scritti della maturità lascia trasparire che si sentiva in debito verso le «tensioni interiori», i «momenti creativi», le «ore di ispirazioni ed entusiasmo» che gli avevano «donato» le precedenti esperienze scientifiche. Aveva «gratitudine» per «quanto accumulato in quegli anni».

A quali acquisizioni scientifiche Kandinskij propriamente si riferisse non possiamo certo divinare. Però, giacché egli più volte aveva apprezzato soprattutto il *ius Romanorum*, possiamo fondatamente presumere che questo soprattutto avesse presente.

Difatti Garofalo nel primo scritto (del 2003) si sobbarcò non a caso l'onere di rappresentare «lo scenario nel quale si muoveva un moscovita interessato al dato giuridico sul declinare del XIX secolo» (pp. 53 ss.). E lo ricostruì così: il diritto vivente nella prima età ottocentesca accoglieva «soluzioni tipiche della tradizione nazionale, ma anche di conio occidentale, prese soprattutto dal *Code Napoléon*, dagli scritti di cui questo era figlio (specialmente di Pothier) e dall'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, un ordinamento giuridico che, a motivo di ciò, già in quell'età non può dirsi completamente autonomo dal diritto romano». Dopo il 1850 «il cumulo dei materiali legislativi russi risulta ordinato e analizzato secondo l'impostazione pandettistica: il che spiega la notevole importanza assunta in pari tempo dal diritto romano». Questo, quindi, non trovò accoglienza nell'ordinamento dell'Europa orientale attraverso l'intermediario greco-bizantino, bensì per il tramite della sua tradizione nell'Occidente europeo. Non per nulla, nel 1887, fu creato a Berlino il *Russisches Seminar für Römisches Recht*. Quelli che avevano potuto seguirne i corsi tornando in patria ne utilizzavano le acquisizioni a titolo di introduzione al diritto privato, come auspicava il civilista Moroskin che vedeva una «occasione» da cogliere. «L'arretratezza della cultura giuridica russa veniva ad attenuarsi, ora che tutto il diritto era sottoposto al filtro del metodo sistematico, applicato dai pandettisti». Quell'enorme impero a cavallo tra l'Europa e l'Asia finì per servirsi, oltre che delle inestirpabili tradizioni giuridiche popolari e locali,

di un ordinamento ufficiale ispirato alla tradizione romanistica mitteleuropea piuttosto che orientale.

Tale stato delle cose – mi si consenta un altro inciso – mi ha fatto riflettere di nuovo soprattutto sulla iniziativa del Gruppo di ricerca di Johannes Irmscher attivo dal 1981 su *Paesi socialisti, Europa centro-orientale; Roma Costantinopoli Mosca* e dell'*Internationales Kolloquium der Romanisten der sozialistischen Länder und der Romanisten aus Italien* del 1988 in Berlino DDR, a cui partecipai con relazione; e sulle attività di Giorgio La Pira, quel «professorino» che considerava consustanziali in lui l'impegno scientifico per il diritto romano e l'impegno spirituale da infondere nella politica mondiale, per non dire del persistente interesse di Pierangelo Catalano specie per la «Terza Roma». Tale espressione, allusiva quella volta al momento spirituale, come si sa, risale al monaco russo Filofei del XVI secolo. Ma è stata impiegata nel tempo con disparate accezione e finalità, persino da un Mazzini e da un Trilussa. Un mito? Una realtà? Una provocazione?

Sta in fatto che nella seconda metà dell'Ottocento si stesse realizzando il «piano di posa» su cui si sarebbero costruite le fondamenta di un edificio ordinamentale di stampo centroeuropeo e quindi a tradizione romanistica, se non fossero poi accaduti nei primi decenni del secolo seguente quegli eventi epocali che hanno cambiato, con l'ideologia, l'economia e la strutturazione socio-politica ed istituzionale di quei paesi.

*

Se proiettiamo su questo sfondo i dieci anni tra il 1886 e il 1896 che Kandinskij trascorse a stretto contatto col mondo giuridico immergendosi soprattutto nello studio di quello antico – conclude Garofalo – «ben si capisce perché questo, verosimilmente mostratogli all'interno della splendida cornice sistematica elaborata dalla pandettistica, apparisse ai suoi occhi seducente».

Tale anamnesi è condivisibile, salvo che per un particolare. Kandinskij parla di esperienze (personali) di studi giuridici che avevano suscitato in lui ispirazioni. Non di letture e lezioni che aveva apprezzato e che l'avevano acculturato. E si riferisce precipuamente al «pensiero giuridico» romano che non è proprio il momento che i pandettisti privilegiavano, affaticati piuttosto ad estrarre dalle fonti giustiniane, soprattutto dalle Pandette, le proposizioni di stampo normativo, spersonalizzandole e generalizzandole ancor più per trarne le regolazioni di fattispecie loro contemporanee.

Il «Geist des Gesetzes» che era insito nella mente dei giuristi e travasato nelle opere messe a frutto per la compilazione, poteva essere ricavato soltanto da un occhio che non era dei pandettisti: questi per lo più di quelle opere citavano soltanto i luoghi in cui erano state frammentate nel Digesto, e in nota e con parsimonia. E

le consideravano come notizie sul farsi del dato normativo, non come espressione di tecniche e logiche individue o comuni che informavano quegli scritti, in una parola del sapere dei giuristi. Oltre tutto non sarebbe stato utile per il loro lavoro pratico, inteso a guidare la vita socio-giuridica in assenza di una codificazione del diritto privato. Invece Kandinskij dice proprio: le speculazioni giuridiche romane «mi assorbirono e mi aiutarono a sviluppare il pensiero astratto... etc.».

Garofalo ha colto, anche lui, questa aporia avvertendo, nel secondo saggio (quello del 2009, a p. 530), che «<non> va sottovalutato l'accento al pensiero astratto», ma, se non vado errato, non sviluppa l'osservazione o almeno non la connette al modo d'elaborazione proprio della giurisprudenza romana più matura. Eppure il pensiero astratto a riguardo di quell'ordinamento giuridico antico non poteva che riferirsi al suo sviluppo da parte della *iuris scientia*.

IX. *Dall'astrazione all'ontologismo nella scienza giuridica romana*

È generalmente ritenuto che i diritti moderni dei paesi occidentali europei continentali, compresa la Russia ottocentesca e le loro tecniche d'elaborazione sono storicamente legati, tramite fili molteplici e non senza cesure, alle testimonianze dell'esperienza di Roma.

In quel mondo antico, a differenza di quanto era accaduto ed accadrà anche in civiltà fiorite in altre aree geopolitiche e culturali precedenti contemporanee e successive, si svilupparono concezioni peculiari dell'ordinamento sociale e speciali tecniche per coltivarlo, adattarlo nel tempo e negli spazi, affinarlo. Quell'ordinamento sociale veniva denominato *ius* (nei lessici moderni: diritto, droit, derecho, Recht etc.); le tecniche venivano indicate col termine *iurisprudentia* (id est: conoscenza del *ius* da parte di sapienti che finirono per costituire una categoria di professionisti, la dottrina, e quindi la scienza giuridica etc.). Ovviamente la loro individuazione e costruzione non avvennero *uno momento* ma con l'apporto nel tempo di tanti fattori. Le tappe di quello sviluppo di recente sono state ripercorse da Aldo Schiavone, che non a caso ha intitolato due ampie ed originali trattazioni *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005, in seconda edizione 2017) e *Nascita della giurisprudenza* (Roma-Bari 1976). A queste aggiungerei il saggio su *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani* in Aa. Vv. (a cura di A. S.), *Giuristi romani e storiografia moderna* ancora del 2017.

È a queste opere che sostanzialmente mi attengo, semplificandone le argomentazioni, nel racconto che segue.

Per quanto attiene allo svolgersi del processo plurisecolare della *iuris scientia*, può essere articolato in vari momenti.

Nella fase più risalente della individuazione dell'ordinamento sociale coattivo – fase che definirei archeologica – la individuazione del *ius* nell'ambito del *fas* e quindi la individuazione delle figure giuridiche avvenne con la trasposizione, nel senso morfologico non genealogico, di campi e valenze magico-religiosi.

Gradualmente, però, il modo di trattare il giuridico nell'agire degli uomini non fu soltanto quello di desumerlo formalisticamente da certe parole pronunciate e da specifici gesti compiuti. I *veteres iurisprudentes* e *iurisconsulti* escogitarono una modalità di analisi che scarnificava l'accadimento socio-economico cui si attribuiva rilevanza per il vivere associato dagli elementi accidentali e individui delle relazioni intrecciate. Ne estraevano il nocciolo e se lo rappresentavano scheletrito per poi riscontrarlo e collocarlo nella trama ordinamentale. La *koinè* dei cultori del *ius* usava generalmente tali criteri, anche se le conclusioni a cui ciascuno perveniva potevano divergere, talvolta dando luogo perfino a polemiche. Questa sorta d'impersonalità nel ragionar di diritto col tempo – faccio un salto in avanti di secoli – contribuì a creare quell'«armonia», anzi quella «consonantia» o «*symphonia*» (in latino «consonantia») anzi quell'«armonia» del *ius* che Giustiniano, avendola colta – come ha messo in luce di recente Mario Bretone – avrebbe evidenziato nell'opera che tesaurozzava gli scritti classici. I termini musicali, usati specie nelle Novelle, ben rappresentavano la pluralità convergente *in unum* di temi (argomenti e soluzioni) che erano stati affrontati nel tempo richiamandoli l'un l'altro e intrecciandoli in un «concerto» di «voci» (riflessioni e pareri) coerenti tra loro che alla fine producevano una organica visione complessiva. Peraltro, Giustiniano aveva smussato mediante le c.d. *quingaginta decisiones* il *ius controversum*, già limato precedentemente dagli editori che avevano trasmesso polycopiate le opere dei secoli precedenti, e infine aveva affidato ai compilatori le manipolazioni dei testi per togliervi le aporie ed «il troppo e il vano». Per ciò, fra l'altro, ben potette preferire, come talvolta preferì, usare l'espressione unificante «*ius Romanum*» in vece di quella gaiana «*iura populi Romani*».

Torniamo ai sapienti antichi. Essi pervennero a formulare anche sistemi mediante procedimenti mentali che separavano le realtà che avevano tratti dissimili e unificavano, invece, la molteplicità di quelle aggregabili per le loro affinità. L'individuare però un minimo comun denominatore delle serie casistiche formatesi nella tradizione ed arricchite con l'attività rispondente – ciò che in definitiva allora costituiva il sapere del *ius civile* – fu un passo non agevole né breve. Il compierlo costituiva una «novità dirompente». A fare quel passo, per quel che sappiamo, fu Quinto Mucio Scevola.

L'impianto diairetico delle nozioni, anche per quelle giuridiche, presupponeva un solido livello di capacità d'astrazione: era impossibile disporre per generi e specie se non si possedeva una idea «generale» delle entità che si scompo-

nevano ed accomunavano. «Senza astrazione non c'è *diairesis*». In definitiva quindi, a ben riflettere, fu l'astrazione, non il «*constituere generatim*», il punto centrale e la novità più interessante del pensiero di Mucio.

Accadde poi anche di più. Ad ogni forma elaborata della struttura economica della socialità privata fu dato un suo nome. E i nomi, nella concezione di chi li individuava, riflettevano la «sostanza giuridica delle cose». Le nozioni unificanti furono considerate non tanto come categorie logiche ma piuttosto come raffigurazioni dell'«essere», ossia entità dotate di «una vita propria e di una ineludibile oggettività che la conoscenza giuridica si limitava solo a rispecchiare, in una sorta di adeguamento dell'intelletto alla cosa». Insomma, «una sorta di ontologia in grado di incidere in misura determinante sulla realtà materiale della vita, che finisce con l'apparire priva di senso giuridico fuori di quel contatto».

La disanima del diritto per gli antichi esperti non si esauriva insomma nel prendere atto delle regolazioni della vita sociale e nell'esponele con parole semplici agli ignari utenti, ma era «capace di istituire» ovvero «portava qualcosa ad esistenza». Del resto, il diritto in genere – come ha rilevato Yan Thomas e hanno specificato di recente sulla base della sua lezione Giorgio Agamben e Michele Spanò – ha una sua propria «potenza specifica», ossia la «capacità virtualmente illimitata di produrre realtà che, pur non coincidendo con quelle naturali, operano performativamente su di esse, trasformandole profondamente». Ed ecco perché alle altre caratteristiche della produzione giurisprudenza romana si affianca (o, se si preferisce, si aggiunge) l'ontologismo. Non si sottovaluti che pure dei giuristi si diceva che era dato *iura condere*.

Schiavone riscontra l'ontologismo in un'opera legata a doppio filo al lavoro di Mucio, le *Institutiones* di Gaio. Per parte mia l'avevo puntualmente individuato, per l'appunto, a proposito della gaiana ipostasi giuridica delle *res incorporales* (una «cosalità negativa» è stata detta argutamente). Rinvio al mio scritto *La definizione di obligatio nelle Gai Institutiones. Un'isola che non c'è?*, in *Iura* 64, 2016, 101-126, a cui adde la nota *Cercare l'asino ed esserci a cavallo*, in *SDHI*. 63, 2017, 645-652.

Con tutta evidenza, alcune espressioni che individuano aspetti del lavoro dei giuristi sono trasponibili su quelle con cui si può concepire ogni prodotto del pensiero umano, sia esso una composizione letteraria o poetica, sia esso una composizione musicale, sia esso una creazione artistica pittorea o scultorea. Si rifletta sul concetto che era costruito mediante «lo sguardo formalizzato» di chi lo enunciava; sul concetto che «riflette la «sostanza delle cose»; è una sorta di «adeguamento dell'intelletto alla cosa»; coglie l'«essere», ossia l'entità tale da costituire «una oggettività» che «vive la vita propria», ed è in grado di «incidere sulla realtà materiale».

Per esemplificare, possiamo ricordare Vassilij Kandinskij, uomo colto, che nella sua vita svoltasi a cavallo del XIX e XX secolo aveva studiato, tra altro,

il diritto romano ma si dedicò all'arte divenendo uno dei capiscuola di una corrente artistica. Egli categorizzò la pittura che si materializzava nelle proprie composizioni astratte: una pittura che trasforma profondamente la natura, gli oggetti, le figure; ma in modo performante; riflette la sostanza delle cose perché è la trasposizione mentale dell'essere; anzi costituisce entità dotate di indefettibile oggettività e di vita propria.

Coerentemente, come artista trasformava del tutto la natura gli oggetti materiali e le figure umane, a seconda di cosa i suoi occhi e i suoi stati d'animo gli suggerivano, producendo tuttavia un *quid* di «reale». Dava luogo insomma ad una ipostasi artistica invece che giuridica: una composizione che aveva consistenza propria al di là del fenomenico da cui fosse scaturita.

Mi azzardo quindi a ritenere che il pensiero giuridico romano a cui Kandinskij più volte si riferì come suo ispiratore, in un certo periodo della sua pittura astratta, fosse proprio il modulo più maturo e scaltrito dell'elaborazione giurisprudenziale dei romani.

Il pensiero astratto, se dà luogo a costruzioni mentali eleganti e raffinate, comporta tuttavia pure una «logica inflessibile». Questo disturbava il Nostro; e non saprei dire come abbia potuto conciliare le due valutazioni. Così come non so dire dove, quando, come Kandinskij possa aver appreso quel processo mentale e vi abbia riflettuto subendone il fascino.

Da chi l'aveva appreso? Quale letture aveva fatto? Posso soltanto ipotizzare come verosimile che in Germania o in Francia, ma forse pure già in Russia tenendo conto però che nell'Unione sovietica, dove l'insegnamento del diritto romano fu ripristinato soltanto nel 1945 dopo decenni di abbandono, un personaggio di spicco come lui avesse avuto la possibilità di avere sotto mano, oltre che qualche edizione dei *Digesta*, soprattutto il testo fortunatamente reperito delle *Gai Institutiones* che circolava in edizioni a stampa dagli anni venti del XIX secolo, come ha documentato Cristina Vano nella interessante monografia su *Il nostro autentico Gaio*; e più tardi avrebbe avuto la possibilità di consultare la *Palingenesia* di Otto Lenel edita nel 1889, in particolare la sezione sul *De iure civili libri XVIII*.

Se questo sia davvero avvenuto per mia pochezza non ho elementi per documentarlo. Perciò più di tanto non mi sbilancio. Lascio che a proseguire nelle indagini sia uno studioso che abbia doti di acribia e pazienza, sia frequentatore di biblioteche ed archivi con l'attitudine a leggere fra le righe i documenti. Lascio al lettore individuare chi possa essere.

Vincenzo Giuffrè
Emerito Università 'Federico II' Napoli

