

Vivagni. IV

Ancora sul «modus servitutis» – Tutti i colori di Gaio

Ancora sul «modus servitutis» (*)

1. Sono vari anni che queste note di lettura circa il libro di Maria Floriana Cursi sul *modus servitutis* attendono una sistemazione definitiva, e il motivo per cui ho a lungo esitato nello stenderle e pubblicarle è probabilmente da rintracciare nell'impressione non chiara e nella conseguente valutazione ambigua che esso, sin da una prima veloce lettura, mi aveva dato nel suo mischiare aspetti innovativi che, anche se non compiutamente sviluppati, apparivano in ogni caso di un certo interesse in ordine alle modalità di evoluzione delle servitù nella cosiddetta esperienza giuridica romana, ad una metodologia e ad una esegesi delle fonti che invece mi lasciavano alquanto perplesso: un'impressione di massima che neppure quasi due successive riletture del volume hanno dissipato, rafforzando semmai la valutazione negativa di non pochi suoi aspetti, anche se ormai, a quasi sei anni dalla pubblicazione del libro, non ha ormai più senso procrastinare ulteriormente la redazione di queste pagine.

L'idea centrale del lavoro, che ha appunto come sottotitolo «il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali», si impernia (cfr. in particolare p. 20 ss. e 365 ss.) su una riconsiderazione del *modus servitutis* che supera il suo ruolo, tradizionale alla dottrina romanistica (p. 8 ss.), di correttivo della tipicità delle servitù, volto cioè ad adattarele nel loro esercizio concreto alle particolari esigenze dei privati, per porsi in una prospettiva che invece – seguendo tra l'altro uno spunto di Biagio Brugi (p. 140), il cui pensiero sembra peraltro un po' forzato dall'autrice – scorge in esso altresì e soprattutto una espressione dell'autonomia privata, che, nell'ordinamento romano antico, condurrebbe in origine alla formazione di nuove forme di servitù, derivanti

*) Riferimenti: B. ALBANESE, *Su alcuni frammenti di Gaio 'ad legem XII Tabularum'*, in «Labeo», XLIV, 1998; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968; ID., *La tutela interdittale ed il relativo processo* (1956), in «RDR.», II, 2002; B. BRUGI, in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, VIII (cur. B. BRUGI), 1900; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981; M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999; G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970; F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII Tavole*, in «Index», XX, 1992; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997; S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998; V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco*, in «Labeo», XXIII, 1977; F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio dello «ius aquae ducendae»*, in «Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera», Napoli, 1994; ID., *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI.», LX, 1994; ID., *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali (Vivagni II)*, in «RDR.», II, 2002; ID., *Della «refectio» del «rivus» e di altre amenità romanistiche (Vivagni III)*, in «RDR.», III, 2003. Ulteriori e più generali riferimenti alle opinioni di altri autori, di cui l'opera non viene indicata in queste pagine, sono agevolmente determinabili consultando, in particolare, i luoghi via via indicati dal libro di Maria Floriana Cursi.

dal progressivo adattamento di quelle esistenti a nuove finalità, così da pervenire col tempo appunto alla nascita di tipi di rapporti fondiari prima sconosciuti: e a tale più antica valenza del *modus servitutis* si sarebbe sostituita soltanto in epoca piuttosto tarda – ossia in età severiana, com'è noto caratterizzata da una notevole propensione sistematica – la nuova sussunzione di tale elemento in termini di limite («misura») delle modalità di esercizio della servitù, come la dottrina deduce soprattutto dal noto passo papiniano (*7 quaest.*) conservato nel § 1 di D. 8.1.4: '*modum adici servitutibus posse constat ...*' (p. 1 ss., 150 ss. e 361 ss.).

Tale interessante impostazione, tuttavia, benché accuratamente inserita in una approfondita impostazione dogmatico-dottrinale specie per quanto riguarda i problemi che ancora nella romanistica più recente continuano a circondare la questione del carattere «tipico» delle servitù, non sembra riuscire a superare convincentemente il sospetto di un equivoco di fondo in ordine a tale duplice atteggiarsi del *modus servitutis*: nozione che, se è facilmente comprensibile ed accettabile nella sua compiuta nozione papiniana, dove si pone appunto come limite di esercizio del diritto (ed in cui risulta senz'altro divenire una figura giuridica in senso proprio: cfr. p. 27 e 323 ss.), non appare altrettanto ap problematica se intesa più genericamente – ed attecnicamente – come modalità («misura») cui le parti, liberamente, commisurano alle proprie esigenze non l'esercizio, ma il diritto stesso, conducendo così ad adattamenti delle servitù esistenti che si tradurrebbero nella creazione di nuovi tipi di servitù (prospettiva in cui, in particolare, il *modus* non risulta più mero correttivo della tipicità – cfr. p. 14 ss. –, bensì metodo di superamento nonché per certi versi negazione della stessa).

Così inteso, in effetti, il *modus* appare sin da una prima considerazione divenire concettualizzazione per un verso sin troppo ovvia e scontata, e d'altra parte sostanzialmente alquanto dubbia se non senz'altro erronea.

E' infatti chiaro che i privati, di fronte alla realtà agricola e ai problemi che essa pone, possono escogitare rapporti fondiari sempre nuovi e diversi, nonché via via più lontani dai tipi originariamente previsti dall'ordinamento: ma ciò è, in astratto, una estrinsecazione piuttosto indubitabile e per nulla nuova della cosiddetta autonomia privata, che si esplica senza soverchie differenze nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti, della famiglia nonché delle successioni così come in quello dei diritti reali; il problema è che in quest'ultimo ambito, in maniera peculiare, il nuovo tipo di diritto reale e, nel caso, di servitù deve essere recepito dall'ordinamento (intendendolo in senso lato, e ricomprendendovi quindi anche la stessa *interpretatio* giurisprudenziale), in una prospettiva costruttiva dove, di fronte alla domanda di nuove soluzioni giuridiche proveniente dai privati si pone, risolutivamente, la risposta dell'ordinamento, che da un punto di vista giuridico è il solo momento decisivo, mentre le esigenze dei privati assumono un ruolo semplicemente interlocutorio ed al massimo propositivo (e questo, beninteso, non in vista di una aprioristica nozione dogmatica di «tipicità» delle servitù – problema che non è intenzione di queste note affrontare –, ma in vista di ben più concrete necessità tecniche, e in particolare processuali, che subordinano l'introduzione di un nuovo tipo di diritto reale alla soluzione di vari elementi sistematico-costruttivi che esso, per potere venire ad esistenza, imprescindibilmente presuppone).

Se quindi l'aspetto essenziale risulta la risposta, positiva o negativa, data alla questione dall'ordinamento, la libertà dei privati nel proporre l'introduzione di nuove servitù, come si vedrà meglio tra breve, non sembra andare oltre ad un mero vaglio empirico della più o meno urgente necessità pratica della creazione di tali nuove servitù, ed affermare che adattando le precedenti servitù alle proprie esigenze i privati ne possono creare di nuove si risolve, in ultima analisi, nella piana constatazione che, se vengono «inventate» nuove servitù, è perché esse si rivelano utili: il che, di fronte alla centralità della introduzione di queste da parte dell'ordinamento, non sembra certo prospettiva ermeneutica davvero utile alla ricerca storico-giuridica né soprattutto, per fortuna, in qualche modo nuova.

A tale ambiguo rapporto tra il *modus* come limite di esercizio del diritto e il *modus* come misura cui le parti tendono ad adattare alle proprie esigenze le servitù esistenti per crearne di nuove, d'altra parte, l'autrice giustappone, ponendolo per vari versi su di un medesimo piano, l'ulteriore nozione del '*modus*' come onere, ossia l'elemento accidentale che si suole coniugare alla condizione e al ter-

mine (p. 3 ss.): complicazione dogmatizzante di cui non si riesce in effetti a scorgere la reale utilità ai fini della ricerca, anche in quanto, se è vero che tra questa nozione e il *modus servitutis* sono pur riscontrabili, sin dalle fonti giustinianee (p. 355 ss.), taluni elementi che pongono in una sorta di relazione tali due figure, è nondimeno da ritenere che, alla luce degli stessi risultati cui la ricerca dell'autrice perviene, questi spunti rimangono in ogni caso secondari ed intorbidano più che chiarire l'indagine, soprattutto in quanto sembrano affatto provvisori ed inconclusi i tentativi di Maria Floriana Cursi (p. 322 ss.) di rinvenire un nesso sistematico tra tali elementi nel ricordato frammento di Papiniano (D. 8.1.4), ove, dopo aver negato la possibilità, *iure civili*, della costituzione di servitù sottoposte a termine o a condizione (pr.: '*servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditionem ... constitui possunt ...*'), il giurista, prima di precisare (§ 2) che gli *intervalla dierum et horarum* riguardano il *modus* e non si traducono in un termine ('... *non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis*'), fornisce, nel § 1, la nota nozione di *modus servitutis* quale elemento accessorio regolante l'esercizio del diritto ('*modum adici servitutibus posse constat ...*'): tale lato accostamento, in effetti, non sembra consentire di ritenere in maniera definitiva che «è quindi presumibile che il *modus* condivida con il termine e la condizione la medesima configurazione dogmatica» (p. 323), poiché – se nel frammento papiniano il nesso argomentativo tra le due nozioni è nella più concessiva delle ipotesi dovuto semplicemente alla circostanza affatto estrinseca per cui la regolamentazione delle servitù può avvenire attraverso clausole relative al *modus* di esercizio, ma per altro verso tale diritto non può essere costituito subordinatamente a condizioni o a termini (e tali infatti non sono gli *intervalla dierum et horarum*) – questo non permette certo di accostare il *modus servitutis* (che non a caso tende a coincidere, anche se non vi si sovrappone del tutto, con l'*usus servitutis*: cfr. p. 159 nt. 7) alla nozione tecnica di '*modus*' quale onere, che riguarda i negozi a titolo gratuito e che, in relazione alle servitù – per quanto sia finanche banale ricordarlo –, consisterebbe semmai propriamente in un negozio di tale tipo (ad esempio, un legato) che costituisca o disponga la costituzione di un tale diritto appunto subordinatamente a un *modus*, nel senso tecnico di comportamento che l'onorato deve tenere pur senza che l'acquisizione del diritto sia condizionato a tale adempimento: il che, accedendo al negozio costitutivo e non certo alla servitù, è, ovviamente, cosa del tutto diversa dal *modus servitutis*.

2. In ogni caso, per quanto riguarda il problema, ben più importante agli effetti di queste note, del preteso nesso storico-dogmatico tra il *modus servitutis*, quale limite di esercizio del diritto, e il *modus* come modalità («misura») attraverso cui le parti rapportano alle proprie esigenze non l'esercizio, ma il diritto stesso, giungendo così ad adattamenti delle servitù esistenti che si concreterebbero nella creazione di nuovi tipi, è da osservare soprattutto come, se questa prospettiva ermeneutica appare pur interessante nelle sue coordinate di massima, non appaiono altrettanto convincenti e compiute le concretizzazioni particolari in cui l'autrice traduce tale spunto, mentre d'altra parte la considerazione d'insieme dei risultati cui il libro perviene lascia in certo modo scorgere carenze metodologiche non secondarie, che alla fine sembrano per vari versi inficiare nelle sue stesse radici l'idea di un simile ruolo dell'autonomia privata nella creazione di nuovi tipi di servitù.

In effetti, la prospettiva seguita dall'autrice è, in linea di massima, quella di far discendere quanto più possibile le nuove servitù da quelle già esistenti, secondo modalità non analogiche, ma di diretta derivazione interna, ossia per adattamenti e trasformazioni dei tipi già a disposizione dei privati, che, perdendo alcune caratteristiche e assumendo nuovi connotati, darebbero appunto origine, in relazione alle esigenze delle parti, a ulteriori ipotesi di rapporti fondiari.

Così, in primo luogo, per quanto riguarda gli *iura itinerum* (p. 29 ss.), una volta stabilita (p. 53 ss.) la verosimiglianza dell'ipotesi che la legislazione decemvirale (*tab. VII.7*, dedotta dalla voce '*viae*' di Festo) prevedesse una servitù di *via* di cui si stabiliva autoritativamente la *latitudo* (prospettiva in cui l'autrice si discosta, e si deve dire per taluni versi anche convincentemente, dalle precedenti teorie in materia), è agevole giungere, attraverso vari passaggi argomentativi, alla conclusione che «l'*iter* e l'*actus* sono nati dalla necessità di superare la vincolatività del modello decemvirale della *via*», in un processo che «ha portato alla modificazione della 'struttura' materiale dell'antica servitù – in partico-

lare della sua *latitudo* – in corrispondenza della più varia e complessa articolazione delle ‘funzioni’ ricomprese nell’*agere iumentum decemvirale*» (p. 145 s.), facendo così sorgere le nuove figure dell’*iter* e dell’*actus* attraverso una «specializzazione della funzione» che «ha determinato un mutamento della struttura materiale, e questa a sua volta ha conferito autonomia e – per così dire – corporeità alla funzione» (p. 146): in tale prospettiva, quindi, secondo un percorso ove alle disposizioni di *tab. VII.7* si sostituiscono le *leges Mancipi* dei privati, «la genesi dell’*iter* e dell’*actus* è da ricondurre alla necessità di modificare il modello legale della *via*, dando spazio alla libera determinazione delle parti», mentre d’altro lato le due nuove servitù – nel «collegamento genetico che, nonostante il superamento del modello decemvirale», esse «conservano con la *via*» – appaiono «sotto un diverso profilo, come particolari ‘modi’ di esercizio della più antica servitù» (p. 146 s.). Nella visione dell’autrice, quindi, «la necessità di adattare a specifiche esigenze del passaggio il modello della *via*» (ossia ad un transito che com’è noto può avvenire a piedi, a cavallo, con greggi o con carriaggi) «fa sì che la servitù assuma configurazioni diverse a seconda della modalità di esercizio prescelta» anche in relazione alla *latitudo* del percorso (p. 147), cosicché «mediante l’apposizione di *modi*» – ovverosia di «determinazioni quantitative» (*latitudo*) e «qualitative» (attività previste), tra loro «strettamente connesse» – ecco che «dal modello legale della *via* nascono due nuovi ‘tipi’ di servitù di passaggio», cioè appunto l’*iter* e l’*actus* (p. 148).

Il discorso dell’autrice, qui limitato alle sue conclusioni, anche se si è in ogni caso preferito riportarne quanto più possibile il testuale dettato, tende quindi a ritenere verosimile un duplice atteggiarsi del *modus*, che in un primo momento adatterebbe la servitù esistente a nuove esigenze, riducendone la *latitudo* in vista di più contenute esigenze di transito, e poi giungerebbe a trasformare l’unitario modello duodecimitabulare della *via* in una triplice servitù in cui, accanto ad essa, sono definitivamente riconosciuti l’*iter* e l’*actus*.

Per quanto affascinante nella sua potenziale semplicità onniesplicativa, sembra tuttavia evidente come tale ipotesi ricostruttiva desti immediate quanto non facili obiezioni, dato che se in origine, come l’autrice ammette, «la larghezza della *via* era determinata legislativamente», costituendo anzi il «modello legale» della servitù di passaggio (p. 140), il fatto che i privati a partire da un certo periodo abbiano potuto derogarvi, costituendo rapporti fondiari di transito più limitati sia nella loro ampiezza sia nelle attività consentite, significa che da un determinato momento fu possibile superare tale modello legislativo, e che quindi tale configurazione del passaggio non fu più un modello unico autoritativamente imposto ai privati: implicando cioè che, a un certo punto, l’ordinamento concesse alle parti di derogarvi costituendo una servitù di passaggio secondo schemi («quantitativi» e «qualitativi») diversi da esso. E anche se si può al limite ipotizzare, seguendo in questo più contenuto aspetto Maria Floriana Cursi, che in un primo tempo ciò avvenne apponendo semplicemente all’antica servitù di passaggio dei modi di esercizio spazialmente e funzionalmente più contenuti, arrivandosi solo in seguito a scindere a tutti gli effetti l’*iter* e l’*actus* dalla *via*, in ogni caso tutto ciò non toglie che a causare tale evoluzione non furono semplicemente le determinazioni dei privati, nel caso estrinsecantesi nelle *leges Mancipi* cui fa riferimento l’autrice, bensì l’ordinamento giuridico stesso che – attraverso, verosimilmente, l’*interpretatio* giurisprudenziale – permise alle parti simili adattamenti e poi trasformazioni della *via* in nuovi tipi di servitù prima non previsti e quindi – stante l’«autoritatività» di tale modello (in Festo, ‘... *et privatae VIII pedes in latitudine iure et lege ... lex iubet XVI in anfracto flexuque pedes ...*’) – di addivenire ad atti costitutivi così concepiti. Per tal verso, non sembra dunque che siano state, come vorrebbe l’autrice, le *leges Mancipi* a trasformare la *via* (p. 146 s.), ma ancora una volta l’ordinamento giuridico a permettere, superando tale modello legale e introducendo nuovi tipi di servitù di passaggio, il ricorso a simili *leges Mancipi*.

Sotto tale aspetto, anzi, è da notare come le delucidazioni fornite dall’autrice circa tale valenza risolutiva delle *leges Mancipi* non risultino in generale per nulla esaustive né del tutto congrue: se infatti si identificano con esse – p. 60 e nt. 111 – forse con troppa fretta, senza alcuna spiegazione esegetica, le *exceptiones* riguardanti le *emptions* immobiliari di Silio Flacco (*cond. agr.* [Lachmann p. 147, 5 ss. = Thulin, p. 111, 6 ss.]: ‘... *privatae itaque viae ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis praestanda:*

quae sub exceptione nominari in emptionibus agrorum solent ...»), anche nel prosieguo della trattazione tale punto appare ben lungi dall'essere definitivamente chiarito, e lascia soprattutto perplessi la sbrigativa argomentazione volta a dimostrare (p. 242 e nt. 132) che «de *leges leges privatae*, o *leges mancipi*, o *leges aedium*» potessero servire ad introdurre in epoche recenziori altresì le nuove servitù cd. urbane (perplessità che, in effetti, appaiono rafforzate appunto del fatto che l'autrice, come si è visto, fa in generale risalire ad epoca alquanto risalente, ed anzi alla stessa diversificazione dell'*iter* e dell'*actus* dalla *via* decemvirale, il decisivo ricorso a tali *leges mancipi*).

A tale proposito viene infatti richiamato lo studio su tali clausole dovuto a Salvo Randazzo, il quale (p. 163 ss. e 168 ss.) esclude – come la stessa autrice ricorda (nt. 132) – che esse possano avere valore costitutivo di servitù, ipotizzandone una funzione meramente ricognitiva di una preesistente figura di *ius in re aliena*, sembrando del resto una simile efficacia esclusa immediatamente dal fatto che tali *leges* acquisterebbero un ruolo sconosciuto fra i modi di costituzione della servitù in età classica. Ma, ribatte l'autrice – anche «a non pensare ad un'efficacia costitutiva della dichiarazione dell'alienante parallela alla *deductio servitutis* dell'acquirente, nella *mancipatio* del fondo urbano» (e su tale eventualità, prospettata in maniera sia pur velocemente incidentale ma in ogni caso priva di qualsiasi suffragio argomentativo, credo sia meglio rinunciare a seguire le illazioni, del resto neppure del tutto esplicitate, dell'autrice) –, «il problema, mi sembra, deve essere affrontato tenendo in considerazione la vicenda storica che ha portato alla nascita delle servitù urbane». Incontestabile premessa che tuttavia si risolve in due argomentazioni tra loro alternative di cui è difficile scorgere la perspicuità. In primo luogo, infatti, essa osserva che «non è improbabile ... che al loro primo apparire simili servitù non fossero connotate secondo lo schema dello *ius in re aliena* che conosciamo, ma che, al contrario, potessero essere espressione di un rapporto obbligatorio ... che nel tempo ha assunto i caratteri della realtà», prospettiva in cui sarebbe «significativo il riferimento alla cristallizzazione del diritto nel tempo (... *uti nunc est, ita sit* ...)», richiamando a tale proposito le tesi ricostruttive di Gennaro Franciosi (p. 206 ss.): senza tuttavia tenere conto che, in una ricostruzione come quella del libro in esame, che postula una originaria comproprietà della striscia di terreno su cui insiste la servitù, non è agevole rifarsi così facilmente, sia pure in riferimento al successivo fenomeno delle servitù urbane, alle teorie di tale autore, che postulano ben diversamente un archetipico strutturarsi di tali diritti in termini di *potestas* piuttosto che di *dominium*. A tale ipotesi di soluzione, d'altra parte, l'autrice giustappone subito una ulteriore congettura, alternativa ad essa («oppure»). Si potrebbe invece congetturare, a suo avviso, «che il proprietario dell'edificio da vendere abbia inteso conservare quel generico rapporto di asservimento, originariamente non tipizzato in alcuna specifica figura di servitù, determinato dalla vicinanza di un altro immobile sempre di sua proprietà», secondo una ipotesi già avanzata nelle sue linee essenziali da Giuseppe Grosso, e certo di per sé plausibile, ma che in ogni caso, specie per quanto riguarda le decisive implicazioni che essa in relazione al sorgere della servitù in base alla cd. destinazione del padre di famiglia, avrebbe evidentemente richiesto ben altri supporti argomentativi, mentre tali accenni di massima sono invece sufficienti all'autrice per concludere «perciò non mi sembra si possa escludere che, in questa fase, le *leges mancipi* svolgessero una funzione costitutiva del diritto», mentre a sua volta «la prassi potrebbe aver contribuito a perpetuare simili formule che, nel tempo avrebbero assunto una valenza meramente ricognitiva» (trasformazione, quest'ultima, peraltro del tutto priva di qualsivoglia inizio di dimostrazione).

Tuttavia, si può osservare, tale punto è affatto decisivo alla tesi ricostruttiva dell'autrice, che postula proprio un fondamentale ruolo delle disposizioni private in ordine al sorgere delle nuove servitù, tanto in epoca arcaica quanto in relazione a quelle urbane: e se si sono viste le carenze argomentative che la trattazione lascia aperte per quanto riguarda, in particolare, il derivare dell'*iter* e dell'*actus* dalla *via*, anche per quanto riguarda i più recenti *iura in re aliena* non sembra che tale punto venga soddisfacentemente risolto dal libro in esame, e stupisce anzi come l'autrice abbia potuto pensare di risolvere un nodo affatto centrale nella sua ricostruzione attraverso illazioni fondate sulla incertezza di asserzioni come «non è improbabile», «si potrebbe congetturare», «non mi sembra si possa escludere», «la prassi potrebbe aver contribuito». E, dato l'interesse che senza dubbio le tesi

ricostruttive dell'autrice suscitano in astratto, sarebbe da augurarsi che Maria Floriana Cursi voglia tornare su tali punti magari in un prossimo scritto per meglio definitivamente chiarirli.

Simili dubbi, anche per quanto riguarda l'epoca arcaica, sembrano per altro verso divenire ancora più difficili da superare se si considera come, secondo l'autrice, che accoglie la teoria di origine voigtiana della appartenenza (o coappartenenza) della striscia di terreno su cui insiste il passaggio o l'acquedotto, la *via* si sarebbe in origine situata in tale originaria concezione delle servitù, mentre proprio il sorgere accanto ad essa dell'*iter* e dell'*actus* – che invece non risultano ricompresi in questa più arcaica concezione – e la «riflessione» su tali due nuove figure avrebbe condotto al superamento di tale schema proprietario e all'elaborazione della più moderna categoria degli *iura in re aliena* (p. 45 s., 60, 68 s., 102 s., 118 ss., 131 ss e 140 ss.): in tale contesto ricostruttivo, dunque, e nei mutamenti per così dire epocali che segnarono sul versante della loro sussunzione *lato sensu* dogmatica e sistematica il sorgere di tali *iura in re aliena*, risulta a maggior ragione difficile credere che la nascita dell'*iter* e dell'*actus* accanto alla *via* possa essere avvenuta secondo una evoluzione determinata semplicemente dall'autonomia negoziale dei privati, e non ritenere invece, nel caso si voglia seguire la prospettiva dell'autrice, che ben diversamente sia stata l'opera della giurisprudenza pontificale a consentire tali mutamenti, resi possibili, nel superamento dell'arcaico modello legale della servitù unica di passaggio, non solo dalle istanze in tal senso dei privati, ma altresì dal sempre più evidente carattere obsoleto di tale supposta concezione proprietaria della servitù e – si potrebbe agevolmente congetturare in tale ipotesi ricostruttiva – dalla difficoltà di adattarlo alle nuove esigenze della vita agricola.

3. Queste perplessità, connesse alla logica interna della ricostruzione proposta da Maria Floriana Cursi, peraltro, non implicano, ovviamente, alcuna accettazione del modello proprietario delle servitù seguito dall'autrice, che anzi è sempre parso a chi scrive ipotesi tanto fascinosa quanto di difficile verisimiglianza.

E tale discrepanza di vedute emerge in effetti in una critica che il libro in esame mi muove (p. 53 nt. 79) definendo «singolare» e «difficilmente sostenibile» la mia pretesa lettura del finale della ricordata voce *festina* ('... *vias muniunto ... ni sam dilapidassunt ... qua volet iumento ageto*') come un riferimento, tendenzialmente, alla servitù di *actus* (*Il locus servitutis*, p. 183 ss. e p. 194 nt. 171): un appunto che in realtà, nel suo un po' artefatto stupore, non sembra tenere conto della circostanza che, se non trascurabile parte della dottrina propende per un carattere postclassico della servitù di *via*, è giocoforza intendere la '*via*' del lemma *festino* non in senso di «servitù», ma nella diversa accezione di «sentiero» o «strada» (come di per sé suggerisce il riferimento alle *viae publicae*, e come in effetti fa Alessandro Corbino – p. 146 ss. –, che, ricollegandosi a D. 43.8.2, Ulp. 68 *ad ed.*, riferisce la fonte alle *viae privatae* destinate al transito pubblico); e d'altra parte si può altresì da notare che, nella più recente edizione di W.M. Lindsay (nei «Glossaria Latina»: Maria Floriana Cursi segue invece qui quella, poi superata dallo stesso curatore, pubblicata nella «teubneriana»), solo la parte da '*vias muniunto*' alla fine è virgolettata come diretto dettato decemvirale (e del resto la parte precedente, con le parole '*... lex iubet ...esse ...*' sembrerebbe di per sé escludere una citazione testuale): per tal verso, la mia lettura della locuzione '*qua volet iumento ageto*' (in altre edizioni '*iumenta*') – oltre che sulla normalità, nel linguaggio giuridico, dell'uso del termine '*via*' non solo nel senso di servitù, ma altresì in quello di «strada» – si imperniava, piuttosto che sull'*actus* in senso proprio e definitivo, sul carattere fattuale della legislazione decemvirale, che nella sua empiricità può senza problema indicare, quale conseguenza della mancata *munitio* della strada, l'effetto peggiore che esso comporta per il *dominus* del fondo servente, ossia il passaggio di un armento in qualsiasi parte di questo. Prospettiva, questa, che risulta d'altra parte pianamente confermata sia dall'altro testo usualmente richiamato dagli editori a proposito di *tab. VII.7*, ossia Cic., *Caec.* 19.54 ('... *si via sit immunita, iubet [scil. lex] qua velit agere iumentum*'), fonte di cui l'autrice – cfr. in particolare p. 129 nt. 338 – non tiene sotto tale aspetto in debito conto, ma che nel suo complesso – '*si via sit immunita, iubet qua velit agere iumentum; potest hoc ex ipsis verbis intellegi licere, si via sit in Brittiis immunita, agere si velit iumentum per M. Scauri Tusculanum*' – parrebbe riferirsi non tanto alla *servitus viae* in senso proprio quanto piuttosto agli *iura itinerum* in generale),

sia dal fatto che tale principio rimane nel diritto classico indubitabilmente fermo, sia pur entro certi limiti, in relazione a tutte le servitù di passaggio (si veda ad esempio Celso in D. 8.1.9: *'si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit ...'*).

Per tal verso, come si vedrà meglio tra breve, tale gravare della servitù su tutto il fondo, che può ovviamente creare non pochi inconvenienti al suo proprietario, era nella mia visuale soprattutto da ricondurre al fatto che, in origine, questo era possibile appunto perché il fondo servente era destinato semplicemente a pascolo, per cui il passaggio di un armento *per quamlibet eius partem* non risultava tanto strano, mentre tale regola tendeva ad essere superata quando il *dominus* volesse appunto trasformare il terreno in un fondo destinato all'agricoltura. E, in tale contesto, si può infine aggiungere come la visuale di Maria Floriana Cursi, che tende a interpretare il singolare *'iumentum'* – peraltro ammettendo (p. 55 nt. 86 e p. 129 nt. 338) che esso possa costituire una corruzione del testo festino – nel senso di «condurre l'animale aggiogato al carro» (p. 55 nt. 85), rifacendosi in particolare a Bernardo Albanese (p. 179: ma in realtà tale studioso si limita a prospettare tale ipotesi in modo eventuale ed alquanto dubbioso), non sembra impostazione molto convincente, dato che, se per un verso essa si può in astratto riconnettere alla problematicità della pur dubbia locuzione *'iumento ageto'* del *de verborum significatu* (si veda in tale prospettiva altresì Federico D'Ippolito, p. 284), tale spiegazione non tiene conto della più empirica ma forse risolutiva considerazione di come ben difficilmente, nel contesto oroidrografico laziale, un pesante carro sarebbe potuto passare per un terreno neppure battuto senza impantanarsi o comunque bloccarsi, rendendo quindi tale eventualità quantomeno piuttosto rara e per nulla normale (si veda tra l'altro quanto l'autrice ammette – p. 66 nt. 133, seguendo le osservazioni di György Diódsi, p. 114 e nt. 41 – circa la necessità di *munire* la strada appunto al fine di permettere il transito dei carriaggi), e di come appaia quindi di per sé inverosimile che i decemviri, per indicare in maniera esemplificativa una conseguenza che già allora doveva riguardare ogni ipotesi di transito, siano ricorsi a tale eccezionale ipotesi.

Quanto però soprattutto in tale contesto mi sembra difficilmente comprensibile, è come possa l'autrice coordinare affermazioni come «le caratteristiche della *via privata* descritte nella glossa festina si prestano, sicuramente, ad una lettura secondo i modelli proprietari della servitù di *via* che la dottrina ha variamente elaborato» (p. 60) con l'evidente elemento del carattere di per sé eventuale dell'insistere della servitù su di una striscia di terreno, dato che ciò avviene soltanto nel caso che il *dominus* del fondo servente provveda alla *munitio* della strada, mentre in caso contrario – e quindi finché egli non adempia a tale «onere» – la servitù grava indubitabilmente su tutto il fondo (*'... vias muniunto ... ni sam dilapidassunt ... qua volet iumento ageto'*): e in effetti, nel mio articolo, notavo come le tesi circa una originaria proprietà o comproprietà del sentiero sembra inesorabilmente non accordarsi con il fatto che – di per sé e sino a positive operazioni del *dominus* volte a superare, attraverso la *munitio* di un sentiero, tale principio generale – la servitù grava senz'altro su tutto il fondo, e questo proprio secondo l'unica testimonianza diretta a nostra disposizione della normazione arcaica in materia (*Il locus servitutis*, p. 209 nt. 224).

Questa inconciliabilità delle due prospettive, infatti, emerge in maniera piuttosto evidente nella trattazione che l'autrice riserva a tale aspetto di *tab. VII.7*, e la condiziona nel pregiudizio di una problematica dimensione proprietaria della servitù arcaica sin dalla lettura del lemma festino, ove la locuzione *'eorum quorum sunt'* (*'viae sunt et publicae per (quas iter facer)e omnibus licet, et privatae quibus neminem uti (concessum est) praeter eorum quorum sunt'*, nella seconda edizione di W.M. Lindsay), di per sé piuttosto anodina e d'altra parte in linea con l'espressione che indicherà tecnicamente la titolarità della servitù nel diritto successivo (*'mibi esse'*), viene equivocata giocando su di un ambiguo concetto di «appartenenza» (p. 58: «vie che appartengono a coloro che ne usano», e che quindi «non possono appartenere esclusivamente al *dominus* del fondo sul quale sono tracciate»), che inevitabilmente conduce la trattazione a scorgere in tale locuzione una arbitraria riprova della teoria aprioristicamente sposata dall'autrice, che infatti (p. 119) riassume il suo pensiero su tale punto affermando che il «frammento» (*sic*) di Festo «si compone della definizione delle vie, concepite sostanzialmente in termini di appartenenza (*quibus neminem uti ... praeter quorum sunt*)» – dimenticando peraltro *'eorum'*

(*“praeter eorum quorum sunt”*) – nonché «della descrizione del loro regime attraverso il riferimento alla normativa decemvirale», in un collegamento «tra la descrizione della natura privata di tale vie e la normativa decemvirale» che, non si capisce bene per quali mai motivi, «induce a configurare la *via* regolata dalle XII Tavole in termini di appartenenza, o meglio di coappartenenza della striscia di terreno per la quale si esercita la servitù» (prospettiva che l'autrice ritiene di poter corroborare, anche se alla fine non si vede con quale costrutto, rinverdendo la vecchia teoria tedesca della «proprietà funzionale»: p. 119 ss., 125 ss., 131 ss.).

D'altra parte, come si accennava, se la locuzione *‘eorum quorum sunt’* non suggerisce in realtà alcuna dimensione proprietaria del sentiero su cui insiste la servitù, ancora più notevoli appaiono i contorcimenti pressoché funambolici cui la trattazione è costretta a ricorrere per tentare di inserire in tale schema di «coappartenenza» della striscia di terreno anche la disposizione secondo la quale, finché non si provveda alla *munitio*, *‘qua volet iumento ageto’*. Innanzitutto l'onere di *munire* la *via* (*‘vias muniunt’*) è affrontato dal Maria Floriana Cursi chiedendosi preliminarmente su quale dei due titolari fondiari esso incomba (p. 63: «il testo non dice a chi spetti l'onere della *munitio* della *via*, se al *dominus* del fondo servente, o al titolare del diritto di passaggio, oppure a entrambi»): prospettiva un poco sconcertante, dato che, se come la stessa autrice ammette la *munitio* ha in primo luogo lo scopo di evitare (*‘... ni sam dilapidassunt ...’*) che il titolare possa liberamente transitare *per totum fundum*, tale *opus* risulterebbe di per sé gravare sulla controparte; e tuttavia, anche se la trattazione arriva inevitabilmente alla pur ovvia soluzione di addossare l'onere in questione al titolare del fondo servente (p. 63 s.), nondimeno viene lasciata aperta l'ipotesi per cui «d'altro canto, non si può neanche escludere l'eventualità che la *munitio* della *via* fosse a carico di entrambi i soggetti» (p. 68): curiosa ipotesi che, ineffabilmente, viene spiegata nel senso che «si tratterebbe semplicemente di una ripartizione dell'onere che, forse, talora i privati stabilivano di condividere, ma che, nella generalità dei casi era rimesso al concreto assetto di interessi sottostanti», cosicché, nelle specifiche esigenze dei singoli proprietari fondiari, talora opposte ma talora altresì convergenti, «poteva accadere che ... i due vicini decidessero di condividere l'onere della *munitio*». Tuttavia, se una simile eventualità è ovviamente sempre possibile, quantomeno a partire da una certa epoca, data l'autonomia contrattuale dei costituenti, tale impostazione appare nondimeno perdere di vista la pur netta differenza logica tra l'elemento naturale del negozio, che in assenza di ulteriori disposizioni grava della *munitio* il titolare del fondo servente, e l'elemento accidentale di una clausola che eccezionalmente ne gravi entrambe le parti o anche il solo titolare della servitù: ed è strano che l'autrice non sembri affatto rendersene conto.

Ma quello che più rileva in tale non chiara percezione del significato della *munitio* della *via* ai fini dell'incardinarsi del percorso – aspetto che appalesa un diritto che di per sé, sino a che tale onere non venga adempiuto, grava una volta costituito indifferentemente su tutto il fondo, in una costruzione immediatamente alquanto lontana da qualsiasi proprietà o comproprietà su di una ancora inesistente striscia di terreno e, semmai, prossima a quell'allogazione diffusa e senza limiti del *locus servitutis* normale al diritto classico in assenza di altre previsioni – è l'inutile sforzarsi della trattazione nel tentativo di rendere tale generale servire di tutto il fondo compatibile con la origine proprietaria delle servitù, in una argomentazione che, se non giunge mai ad esplicitare il problema, cerca in ogni caso di minimizzarlo arrivando persino ad affermare (p. 65) che se il titolare può passare dovunque voglia, in tal caso «è come se l'intero fondo costituisse l'impianto stradale sul quale esercitare il transito (*agere iumentum*)»: assurda – mi sia concesso – prospettazione della servitù che, anche se nelle sue origini più oscure, sembrerebbe in ogni caso da considerare già un peso imposto al fondo e non una sorta di espropriazione di quest'ultimo, ossia un diritto non certo tale da privarlo di qualsivoglia utilità pratica, anche in quanto, se così fosse stato, oltre al dato giuridico sarebbe da tenere altresì presente quello economico, e in una simile ipotesi costituire una servitù sarebbe costato più o meno come acquistare la stessa proprietà del fondo, e le parti avrebbero in tal caso probabilmente preferito vendere e comprare senz'altro il terreno in questione (e si vedranno tra breve gli ulteriori e devianti problemi cui conduce, nell'esegesi dei passi su tale punto, l'incomprensione di tale aspetto).

Infine, è da aggiungere che, per altro verso, in contraddizione con tale prospettiva proprietaria –

o in ogni caso secondo falsarighe difficilmente coordinabili con essa –, l'autrice alla fine corregge in parte la propria spiegazione, e dopo aver ribadito che la *via* duodecimtabulare può essere identificata in «una striscia di terra di *latitudo* determinata, nonché debitamente *munita*, in regime di coappartenenza con il proprietario del fondo» (p. 68), ben diversamente scorge nell'eventualità che la servitù venga invece esercitata sull'intero fondo servente (eventualità «residuale» e di «valenza sanzionatoria», a suo dire, «rispetto alla prima concezione della *via*») un elemento che evidenzerebbe e farebbe emergere il carattere appunto «funzionale» della coappartenenza della *via*: e per spiegare quella che al lettore appare inevitabilmente una non lieve incongruenza logica, data l'inesorabile incompatibilità che il buon senso non riesce comunque a superare tra la comproprietà di una striscia di terreno e il passaggio *per totum fundum*, l'autrice spiega (p. 69) che «il *mancipium* che il titolare della *via* esercita sul sentiero non è un potere generico, bensì qualificato», ossia «un potere subordinato allo svolgimento di una data funzione, l'*agere iumentum* sul fondo altrui, per il cui esercizio viene generalmente attrezzato un sentiero, in mancanza del quale si realizza una situazione che consente, in misura corrispondente o equivalente, l'esercizio della *via* in termini di pura facoltà». Dunque, nella prospettiva dell'autrice, la servitù nascerebbe diffusa a tutto il fondo servente come «facoltà» e si trasformerebbe, una volta individuato il percorso, in una «comproprietà» sulla striscia di terreno (miracoli e magie del «funktionell beschränktes Eigentum»): ma, in una simile ricostruzione, sarebbe quantomeno da notare ancora una volta che la configurazione archetipica della servitù qui non sarebbe comunque più di tipo proprietario, dato che, in ogni caso, la *munitio* della *via* rimane eventuale e successiva al sorgere del rapporto fondiario (e quindi l'originario gravare di questo su tutto il fondo non sarebbe certo «residuale» o soltanto di «valenza sanzionatoria», come vorrebbe l'autrice), mentre dal canto suo la situazione che si viene necessariamente a creare al momento della sua costituzione, prima cioè che si provveda alla *munitio*, sarebbe semplicemente il diritto di '*qua volet iumento ageto*', ossia, appunto, quella che la stessa Maria Floriana Cursi definisce in termini di «pura facoltà» (e non più, quindi, una situazione di tipo proprietario). Forse tale aspetto avrebbe meritato una più specifica e compiuta trattazione.

4. Se l'idea di far sorgere l'*iter* e l'*actus* dalla *via* attraverso gli adattamenti di quest'ultima da parte dei privati crea, come si è visto, non pochi problemi, dato che la vera questione è semmai quella del superamento del un modello legale ed autoritativo di servitù di passaggio, che implica in ogni caso un decisivo intervento da parte della giurisprudenza e quindi da parte dell'ordinamento, non diversamente problemi ricostruttivi analoghi si riscontrano in maniera piuttosto agevole nelle ulteriori derivazioni di nuove servitù da quelle già esistenti che l'autrice individua nel prosieguo dell'indagine.

In effetti, anche lasciando per ora da parte le non poche perplessità destate dalla trattazione (p. 157 ss.) in ordine all'*aquaeductus* e al ruolo degli *intervalla dierum et horarum* nella evoluzione delle servitù di derivazione idrica, il far derivare l'*aquae haustus* (e quindi l'*adpulsus pecoris*) dall'*aquaeductus* (p. 208 ss. e 222 ss.) – nel quadro di uno «schema unitario» imperniato sulla «proprietà» del *fons*, o comunque in riferimento ad una modificazione «qualitativa» consistente nella nuova funzione assunta dall'*iter* nella diversa utilizzazione della sorgente da parte del titolare, che «potrebbe aver causato la nascita di un nuovo tipo di *ius in re aliena*» (p. 221 s.) – è certo ipotesi più che persuasiva da un punto di vista empirico, data l'ovvia somiglianza tra tali rapporti fondiari, ma nella prospettiva del diritto quello che ancora una volta risulta decisivo (e che continua a mancare nella ricostruzione dell'autrice) è la inevitabile necessità di determinati mutamenti del regime giuridico di tali istituti, che l'ordinamento opera per consentire che le modifiche di essi divise dai privati possano concretizzarsi in una nuova regolamentazione della servitù ovvero nella nascita di un nuovo tipo di *ius in re aliena*: compito che, ancora una volta, spetta alla giurisprudenza e quindi all'ordinamento, essendo a tal fine del tutto insufficiente l'apposizione di *modi* o di altre clausole da parte dell'atto costitutivo.

Si pensi, in particolare, a come ancora i giuristi classici considerino essenziale, per evitare la perdita dell'*aquaeductus* per *non usus*, che l'acqua effettivamente venga usata, ammettendosi tutt'al più, *in bonam partem*, che a tal fine sia sufficiente il suo scorrimento spontaneo (D.8.6.12, Cels. 23 *dig.*: '*... et*

si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur. quod et Sabino recte placet, ut apud Neratium libro quarto membranarum scriptum est”), o al fatto che non venga ritenuto idoneo ad evitare l’estinzione l’uso dell’*iter* senza lo sfruttamento del *fons* (D.8.6.17, Pomp. 11 var. lect.: ‘*Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse*’), o a come risulti essere stato discusso dai *prudentes* la legittimità di variazioni anche secondarie circa l’uso dell’acqua derivata (D. 43.20.3.pr., Pomp. 34 ad Sab.: ‘*hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit*’), o ancora a come qualsiasi mutamento degli usuali tratti distintivi della servitù, come ad esempio una «*servitus navigandi*» che si inserisce in un diritto di passaggio, risulti in ogni caso essere passato all’attento vaglio giurisprudenziale (D.8.3.23.1, Paul 15 ad Sab.: ‘*si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest*’). In tale prospettiva – e questo già molto prima dell’epoca severiana, in cui secondo Maria Floriana Cursi il *modus servitutis* diverrebbe a tutti gli effetti un mero sistema di regolamentazione dell’esercizio del diritto – la facoltà dei privati di adattare secondo disposizioni particolari la servitù esistente a nuove esigenze risulta invero alquanto contenuta, poiché le richieste che nascevano dai bisogni della prassi quotidiana dovevano attendere, per tradursi in realtà giuridica, la risposta positiva dell’ordinamento, e quindi, in primo luogo, l’assenso giurisprudenziale: e, anche senza volersi qui dilungare sul maggiore formalismo che caratterizza le epoche più arcaiche, la possibilità che in tempi più risalenti le parti godessero invece di una maggiore libertà ed i *prudentes* (ossia la giurisprudenza pontificale) dovessero accontentarsi di ruoli più passivi appare invero alquanto inverosimile (e, in ogni caso, sarebbe stato compito dell’autrice il dimostrarlo).

Ma vi è una ulteriore considerazione che sembra rendere alla radice inverosimile quella libertà delle parti di adattare le servitù a nuove esigenze e di crearne per tal via di nuove che Maria Floriana Cursi attribuisce all’autonomia dei privati e alle loro *leges Mancipi*, e che anzi risulta un piano e definitivo errore in cui invero si stenta a credere che l’autrice abbia potuto tanto ingenuamente cadere.

In effetti, sostenendo che, attraverso la libertà negoziale dei privati, dalla servitù di *via* sarebbero nate quelle di *iter* e di *actus*, che la *servitus aquae ductus* si sarebbe diversificata articolandosi nell’*aqua aestiva* e nelle svariate ipotesi di *intervalla dierum et horarum* (p. 202), e che da essa sarebbero d’altra parte sorti l’*aquae haustus* e l’*adpulsus pecoris*, e ancora che dalla *servitus oneris ferendi* sarebbe derivata la *servitus tigni immittendi* (p. 254 s.) così come dall’*immissum* a loro volta il *proiectum* ed il *protectum* (p. 255 s.), ci si pone in una falsariga ricostruttiva (si veda in generale p. 307 ss.) che dimentica inspiegabilmente il fatto che tutte queste nuove servitù, per esistere, dovevano necessariamente tradursi in formule processuali idonee a tutelarle (nonché a costituirle, stante la normalità del ricorso alla *in iure cessio* negli *ius in re aliena*).

Mentre infatti per l’epoca più antica – se in origine, come l’autrice vorrebbe, l’unica servitù di passaggio era la *via* – sembra da ritenere che comunque il sorgere dei più limitati diritti di *iter* e di *actus* avrebbe comportato, nella *legis actio per sacramentum in rem*, precisi adattamenti dei *verba* processuali atti a diversificare la pretesa attorea in relazione al diverso tipo di diritto di transito che intendeva rivendicare (e analoghe considerazioni valgono ovviamente per l’acquedotto e le ulteriori ipotesi che si vogliono far risalire a tale periodo), a maggior ragione per quanto riguarda l’epoca del processo *per formulas* la nascita di una nuova servitù avrebbe implicato addirittura un intervento edittole del pretore che, introducendo un’azione *ad hoc*, avrebbe così autoritativamente sanzionato ed anzi introdotto nell’ordinamento tale nuova figura di *ius in re aliena*. E poiché, anche in relazione all’epoca più arcaica, non si vede in ogni caso quale interesse avrebbero avuto le parti ad introdurre nella *mancipatio* un nuovo diritto che sino al suo riconoscimento giurisprudenziale sarebbe rimasto privo di protezione processuale (e questo vale anche per la fase in cui l’*iter* e l’*actus* fossero stati in ipotesi ancora da considerare dei *modi* della *via*, dato che, in un processo improntato al formalismo come quello *per legis actiones*, una tutela imperniata su tale più esteso rapporto avrebbe difficilmente consentito di tener conto di tali più contenuti limiti del diritto oggetto di causa), mentre d’altra parte le formule negoziali erano com’è noto disposte sempre, cautelarmente, dai giuristi, anche sotto questo aspetto sembra inevitabile ritornare al ruolo meramente propositivo svolto con ogni probabilità dai privati

nell'elaborazione dei nuovi tipi di servitù, attribuendo così ad essi, tutt'al più, una funzione di mediazione tra la realtà quotidiana e la sfera del diritto, tale da fornire alla giurisprudenza pontificale gli spunti necessari per creare nuove figure da introdurre nell'ordinamento, provvedendo contestualmente alla loro tutela processuale.

Beninteso, non si vuole certo qui sostenere che tale linea ricostruttiva debba essere per forza esatta: ma se essa sembra alquanto verosimile specie in vista della necessità di una tutela processuale tale da introdurre a tutti gli effetti nell'ordinamento un diritto di nuova creazione, il fatto che il libro in esame ignori del tutto questi aspetti impedisce, nel silenzio dell'autrice su tali questioni, di considerare la sua ipotesi nei termini di una tesi sufficientemente argomentata in tutti i suoi risvolti problematici, e l'appalesa quindi teoria tale da rimanere ancora in attesa di una più compiuta trattazione.

5. Gli aspetti processuali del diritto di servitù non sembrano infatti interessare soverchiamente l'autrice (si vedano ad esempio – p. 191 – gli sfuggevoli cenni dedicati ai nessi tra il sorgere del rapporto di *aqua aestiva* e l'introduzione del relativo interdetto), ed anzi una sorta di voluta incomprensione verso il primario ruolo elaborativo com'è noto assunto dall'elemento processuale nello sviluppo del diritto romano la porta sovente a rimproverare ai miei lavori in materia di limitarsi agli aspetti processuali dei vari istituti (p. 20 nt. 60: «trattazione ... in chiave storica, anche se circoscritta, per lo più, all'esame dei suoi aspetti processuali»; p. 247 nt. 143: «... anche se vengono esaminati soprattutto i profili processuali della *refectio*»), senza che essa si soffermi a considerare come il guardare direttamente alle azioni e soprattutto agli interdetti con cui venivano risolte le controversie in tema di servitù costituisca appunto un modo privilegiato e d'altra parte doveroso per studiare, in maniera immediata e concreta, le modalità storiche con cui i principii in materia vennero effettivamente elaborati dai *prudentes* romani, ed affrontare quindi con metodologia più sicura il regime di tali istituti.

Ma questo sottovalutare il decisivo ruolo degli istituti processuali, molto più che a immotivate critiche nei miei confronti, conduce soprattutto l'autrice a non poche incomprensioni dei testi esaminati, così da porsi sovente problemi ed ancor più arrivando a soluzioni che avrebbe verosimilmente evitato se avesse tenuto presente la prospettiva concretamente contenziosa dalla quale i giuristi romani per lo più consideravano tali questioni.

Così, per iniziare con un esempio per così dire minore, è notevole come all'autrice (p. 160 ss.) appaia incomprensibile, a proposito della differenza tra *aqua cottidiana* ed *aestiva*, il fatto che, mentre Nerazio (3 *membr.*, D. 43.20.6) propone come parametri per riconoscere il secondo tipo di *ductus*, quattro criteri, tra i quali, in primo luogo, le previsioni dell'atto costitutivo ('... *ex iure utendi ... ex mente propositoque ducenti ... ex natura aquae ... ex utilitate locorum ...*'), Ulpiano (70 *ad ed.*, D. 43.20.1.2-3) si limiti invece a richiamare, una volta premesso che '*cottidiana ab aestiva usu differt, non iure*', i criteri della *natura locorum* e del *propositum utentis*, senza considerare, in particolare, le disposizioni in tal senso del titolo: preterizione che appare senz'altro «inspiegabile» a Maria Floriana Cursi (p. 170), che tende così a scorgere nella limitazione al periodo estivo del diritto stesso di condurre l'acqua – come Nerazio a suo avviso lascerebbe intendere – «il frutto di una più tarda elaborazione giurisprudenziale, inspiegabilmente non registrata da Ulpiano» (preterizione che sarebbe davvero curiosa ed anzi incredibile, ma che per fortuna si rivela evidente frutto di un davvero inspiegabile abbaglio dell'autrice: se infatti la servitù di acqua estiva risulta già nota a Quinto Mucio – D. 8.3.15, Pomp. 31 *ad Q. Muc.*: '*Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit ...*' –, è infatti evidente sin da una prima compulsazione delle fonti a disposizione che Ulpiano ha com'è ovvio ben presente il diritto di *aqua aestiva* e quindi il suo titolo costitutivo, come subito mostra, anche nella trattazione interdittale – 70 *ad ed.* –, D. 43.20.1.31: '*quia autem diximus aestivam aquam aliquo distare ab aqua cottidiana, sciendum est etiam interdictis distare ...*': se dunque nel caso in esame egli non fa riferimento al titolo, non può essere certo perché egli «non registra» tale «elaborazione giurisprudenziale»).

In realtà, tale «preterizione» sarebbe risultata agevolmente comprensibile se solo si fosse considerato che il passo è escerpito dal LXX libro *ad edictum* di Ulpiano, ove la trattazione ha appunto

per oggetto la materia interdittale, nella quale, afferma il giurista, la differenza tra i due tipi di acquedotto *'usu differt, non iure'*, e dove d'altra parte, trattandosi di una tutela di fatto e non di diritto, l'atto costitutivo viene in linea di massima lasciato ovviamente da parte.

Ma l'autrice, lungi dal perdere tempo in simili banali considerazioni, ritiene invece di doversi inerpicare in più aeree congetture, ed ipotizza che Ulpiano, che già sintetizza nel criterio della *natura locorum* la *natura aquae* e l'*utilitas locorum* di Nerazio, volesse del pari ricomprendere nel *propositum utentis* altresì le disposizioni dell'atto costitutivo, inoltrandosi così in una inutile e complicata reinterpretazione del passo di Nerazio secondo cui «la conduzione dell'acqua limitata al periodo estivo *ex iure utendi* potrebbe alludere ad un accordo delle parti volto alla costituzione di una servitù d'acqua estiva, in cui i privati stabiliscono *ex ante*, rispetto all'esercizio dell'*aquaeductus*, i tempi della sua conduzione» («accordo ... volto alla costituzione di una servitù» che, tra l'altro, appare nozione curiosamente generica ed oscura e anzi alquanto fuorviante nell'ambito degli *iura in re aliena*), mentre «il *propositum ducentis*, invece, farebbe riferimento esclusivo all'uso in concreto effettuato, valutabile quindi *a posteriori*» (p. 170). Del resto, come tra parentesi, si può a questo proposito notare che – così come avveniva per il carro che si postulava attraversare normalmente terreni molli – anche sotto questo aspetto le deduzioni circa la stagionalità dell'acqua non tengono conto della rozza ma per più versi imprescindibile realtà della vita agricola: così, in particolare – rifiutando l'opinione di Vincenzo Scaranò Ussani (p. 167 s.), che vuole addirittura ricondurre a «persuasioni di carattere ideologico», ossia a una conoscenza più libresca che diretta della realtà idrografica, il riferimento di D. 43.20.6 alla *natura ipsius loci*, stante soprattutto la consapevolezza del giurista dell'estrema rarità del fenomeno di acque che scorrono solo d'estate –, l'autrice preferisce «pensare ad una fonte che d'inverno giacci e dalla quale pertanto non possa condursi l'acqua» (p. 168 nt. 26), senza che mai venga considerato la pur banale circostanza che, a parte ipotesi particolari come ad esempio le marcite, d'inverno l'acqua non viene di norma usata per irrigare specie in quanto, a causa dei rigori del clima, tenderebbe a gelare una volta immessa nel campo, danneggiando irrimediabilmente le culture.

In ogni caso, per rendersi conto che Ulpiano in D. 43.20.1.2-3 non parla dell'atto costitutivo proprio in quanto sta trattando della tutela interdittale, l'autrice avrebbe dovuto superare una sua ulteriore incomprendimento di un qui fondamentale aspetto processuale, incomprendimento del resto verosimilmente derivatale dalle trattazioni in materia di Luigi Capogrossi Colognesi e da essa per così dire addirittura esasperata, che la conduce a ritenere che gli interdetti relativi all'acquedotto, spettando a coloro che possano dimostrare di aver derivato l'acqua nella convinzione di farlo *'iure'* (D. 43.20.1.19, Ulp. 70 *ad ed.*: *'qui se putat suo iure uti'*), implicino una parificazione, agli effetti interdittali, tra tale requisito di «buona fede» e il titolo stesso in base al quale il diritto viene esercitato, così da porre ripetutamente sullo stesso piano i due aspetti, parlando ad esempio (p. 178) di «titolarità del diritto (richiamata dalla buona fede)» e recando locuzioni come (p. 185) «la buona fede (o comunque la titolarità del diritto)». Altrove (p. 181 s.) si afferma addirittura che il pretore ha «subordinato la concessione (se non l'utilità) dell'interdetto alla titolarità della servitù di acquedotto» (sull'assurdità di tale illazione circa i requisiti di tale interdetto, che per tal via verrebbe collocato, agli effetti della nota distinzione tracciata da Paolo [63 *ad ed.*] in D. 43.1.2.2, tra gli *interdicta 'qua proprietatis causam continent'* e non, come sembrerebbe invece pacificamente ritenuto dalla dottrina in materia, tra gli *interdicta 'qua possessionis causam continent'*, cfr. – oltre a *La tutela interdittale degli 'intervalla dierum et horarum'*, p. 374 nt. 150 e p. 378 ss. e nt. 158 – le mie osservazioni in *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 504 s., 514 s. e 517).

Anche qui, se si considera come in realtà sia sufficiente agli effetti interdittali la mera convinzione, ancorché erronea, di avere agito secondo diritto (D. 43.20.1.10: *'sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure, sed in facto erravit, dicendum est eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit ...'*), tale parificazione tra buona fede e corrispondenza dell'*usus servitutis* alle disposizioni del titolo diviene alquanto dubbia ed anzi senz'altro insostenibile. E ne è ulteriore riprova, proprio in riferimento alla distinzione tra i due tipo di acquedotto, il già ricordato insistere di Ulpiano (D. 43.20.1.2-3) sulla circostanza per cui, nella tutela interdittale, *'cottidiana ab aestiva usu differt, non iure'*,

dovendosi quindi ricorrere ai criteri della *natura locorum* e del *propositum utentis*, e non certo rifarsi in modo immediato e diretto alle disposizioni del titolo costitutivo. Nerazio, invece, che in D. 43.20.6 si occupa non solo dell'interdetto, ma innanzitutto in generale della differenza tra *aqua cottidiana* ed *aestiva* in sé considerate, com'è ovvio non può che dare una pressoché prioritaria rilevanza, tra i criteri discretivi, appunto alle esplicite disposizioni del titolo costitutivo.

Né è qui il caso di soffermarsi su come una più diligente considerazione di tali pur elementari fattori avrebbe evitato all'autrice, specie in relazione all'esegesi di D. 43.20.1.22, di muovere ai miei lavori in materia (*La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, soprattutto p. 381 ss.: sul passo si veda anche, più recentemente, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 516) appunti e critiche che – a parte varie altre incomprensioni e travisamenti – risultano soprattutto fondate su simili erronei presupposti (p. 174 e nt. 35, p. 181 s. e nt. 54 e 55, p. 183 e nt. 59): senza voler tornare ancora una volta sulla spiegazione da me tracciata in ordine al meccanismo interdittale di tutela del corretto esercizio della servitù e quindi dei *modi* per esso previsti (anche in quanto l'autrice sembra più che altro rifarsi a posizioni di Luigi Capogrossi Colognesi cui ho già risposto: *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 484 ss.), è sufficiente in questa sede richiamare esemplificativamente due delle più stravaganti censure che Maria Floriana Cursi mi muove.

Nel mio articolo sugli *intervalla dierum et horarum* (p. 354), in relazione al fatto che nella procedura interdittale è sufficiente al ricorrente dimostrare di avere esercitato correttamente (*nec vi nec clam nec precario*) la servitù una sola volta nell'anno precedente (D. 43.20.1.4: '*quod autem scriptum est in interdito: 'uti hoc anno aquam duxisti' hoc est: non cotidie, sed hoc anno vel una die vel nocte*'), osservavo che tale aspetto rendeva in certo modo problematica la tutela degli *intervalla dierum*, rendendo indispensabile che il convenuto, per dimostrare il carattere *vitiosus* e non *rectus* dell'esercizio in relazione a tali scansioni temporali, facesse riferimento ad una pluralità di giorni, appunto al fine di dimostrare, in sede di *clausula vitii*, che la controparte aveva esercitato la servitù, ad esempio, non *quinto quoque die*, bensì *alternis diebus*: problema che invece non si presentava invece a proposito degli *intervalla horarum*, dato che se il ricorrente pretendeva di aver esercitato regolarmente la servitù nelle ore previste e invece l'aveva fatto in altri orari, questo era immediatamente accertabile anche in relazione al singolo atto di esercizio giornaliero richiesto agli effetti interdittali; ed in seguito (p. 182) richiamavo tale considerazione a proposito di D. 43.20.1.22, affermando che il testo, nell'argomentazione da esso seguita, considera soltanto *intervalla dierum* anche in quanto gli *intervalla horarum*, invece, «nell'assolutezza del criterio con cui erano stabiliti (*certis horis, interdium, noctu*), non creavano come si è visto il problema di accertarne la regolarità in riferimento a una più ampia serie di atti di esercizio (come invece avveniva per gli *intervalla dierum*), dato che se ne poteva accertare il carattere *rectus* semplicemente sulla base dell'orario in cui era stata usata la servitù». Maria Floriana Cursi (p. 176 nt. 39), deducendo dalle mie parole, sembrerebbe, che a mio avviso «gli *intervalla horarum* non potessero costituire il diretto oggetto della controversia interdittale», afferma incongruamente che tale mia opinione si fonderebbe sul fatto che «il riferimento malizioso a orari diversi da quelli effettivamente esercitati, si sarebbe manifestato immediatamente *vitiosus*», ed aggiunge sibillantemente, come definitiva critica: «il carattere empirico della congettura non consente, tuttavia, di trarre conclusioni giuridicamente soddisfacenti».

In realtà, al di là di tali più circoscritti aspetti nonché della incomprensione del criterio della convinzione, altresì erronea, di aver esercitato la servitù conformemente al proprio diritto, che come si è visto l'autrice confonde con una buona fede equivalente alla conformità dell'esercizio alle disposizioni del titolo, vi è soprattutto, nel libro in esame, una non chiara percezione degli stessi meccanismi interdittali, da ricollegare con ogni probabilità alla scarsa importanza che da esso viene data ai risvolti processuali del diritto sostanziale, concepiti per lo più in termini strumentali affatto moderni, e non secondo il loro diretto rapporto con la regolamentazione degli istituti che è proprio del diritto romano classico.

Cosicché, tra l'altro, se io affermavo che Ulpiano, in D. 43.20.1.15, dicendo '*... intellegendum est eodem modo praetorem duci aquam iussisse, quo ducta est hoc anno. proinde neque amplioris modi, neque alia permisisse potest videri. quare si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen*

regionem velit ducere, impune ei vis fiet, ricomprendeva con l'espressione '*amplioris modi*' altresì l'uso dell'acquedotto secondo ritmi maggiori di quello previsto, l'autrice può tranquillamente ribattere (p. 176 nt. 41) che io non spiego «perché '*amplior*' dovrebbe indicare un intervallo 'più ravvicinato' e non, per esempio, uno più rado» (al che verrebbe da rispondere divertiti che '*amplior*', riferito a *modus*, non può che voler dire «con modalità maggiori» e non certo «minori», anche perché in tal caso Ulpiano non considererebbe certo *vitiosus* tale esercizio: e del resto la stessa autrice, poco dopo, ammette che a suo giudizio '*amplior*' significa qui «acqua maggiore», sia pur in riferimento alla portata dell'acquedotto), per poi subito giustapporre a tale curiosa critica la considerazione di come «una simile lettura sia profondamente in contrasto con il criterio di applicazione della tutela interdittale descritto nello stesso frammento da Ulpiano», poiché, a suo dire, «se l'interdetto viene concesso sulla base dell'atto minimo di esercizio della servitù durante l'anno (D. 43.20.1.4), e se ancora l'interdetto si modella sulla conduzione prevista nel titolo costitutivo dell'acquedotto, o ritenuta tale in buona fede, senza che questa importi una corrispondenza con la conduzione effettivamente esercitata (D. 43.20.1.22), allora non si comprenderebbe il motivo della *prohibitio*, qualora qualcuno richieda la tutela per un esercizio diverso da quello effettivamente realizzato», e conclude tale guazzabuglio affermando: «mi sembra, pertanto, più verisimile che qui Ulpiano stia alludendo alla richiesta di un interdetto per la conduzione di acqua maggiore di quella effettivamente condotta durante l'anno».

Io, in effetti, spiegavo il passo, in maniera piuttosto piana, nel senso che se uno richieda un interdetto in seguito alla *prohibitio* del titolare del fondo servente accampando un atto di esercizio regolare, come previsto da tale procedura, ma abbia in realtà poi in altre occasioni esercitato l'acquedotto in maniera *vitiosa* – ossia *clam*, *vi* o *precario* – in relazione ad un *amplior modus*, o ad *alia aqua*, o ad una derivazione attuata *per aliam regionem*, cioè in maniera diversa da quanto aveva fatto prima, il convenuto, dopo avere esperito a tale proposito la *prohibitio*, potrà ovviamente far rilevare, grazie alla *clausula vitii*, tale irregolarità dell'esercizio e quindi prevalere nella procedura decretale, cosicché l'interdetto risulterà inutile all'intimante, e non rimuoverà (*impune ei vis fiet*) gli effetti della *prohibitio*.

Ma, senza volere qui entrare nelle argomentazioni, peraltro piuttosto ovvie, che sostengono tale lettura, e pur senza neppure soffermarsi su come l'autrice – seguendo qui ancora una volta Luigi Capogrossi Colognesi – presupponga che tanto gli interdetti e quanto le azioni relative all'acquedotto avrebbero contenuto un esplicito riferimento agli *intervalla dierum* (teoria che, come credo di aver dimostrato, difetta non solo un binché minimo spunto testuale, ma altresì di qualsiasi convincente argomentazione logico-giuridica: *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, specie p. 404 ss. e nt. 200, nonché *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 503 ss., 509 ss. e 516 s.), sembra sufficiente considerare come la studiosa, affermando «... non si comprenderebbe il motivo della *prohibitio*, qualora qualcuno richieda la tutela per un esercizio diverso da quello effettivamente realizzato ...», lasci indefettibilmente intendere che, nella sua visione, la *prohibitio* sarebbe qualcosa che segue, anziché precedere quale necessario presupposto, la richiesta e l'ottenimento dell'interdetto (si veda infatti – p. 184 – l'affermazione secondo cui, richiedendo ed ottenendo l'interdetto, si sarebbe «spogliato» il titolare del fondo servente «della possibilità di reagire attraverso la *prohibitio*»): ma se la *prohibitio*, anziché un presupposto dell'interdetto, il quale serve appunto a reagire a tale impedimento dell'esercizio della servitù (si veda ad esempio, in relazione a D. 43.24.13.1, quanto scontatamente recato – p. 42 – nel suo studio su tale procedura da Arnaldo Biscardi, ma è del resto a tal fin sufficiente compulsare un qualsiasi manuale istituzionale), e viene vista come un qualcosa con cui viceversa si reagisce all'interdetto, in tal caso è ormai venuto meno qualsiasi elemento condiviso su cui sia possibile un utile confronto, ed è meglio rinunciare una volta per tutte a controbattere le tetragone illazioni dell'autrice, così come a sperare che ella possa compiutamente comprendere quanto scritto da altri su tali argomenti (si veda del resto – p. 182 – l'affermazione per cui «com'è noto, per l'applicazione dell'*interdictum de aqua* è necessaria la buona fede del richiedente: ora, se Ulpiano concede l'interdetto, come può immaginarsi che egli percepisse la mala fede del richiedente»: come se l'accertamento di tali circostanze competesse al giurista o al pretore, e non piuttosto, in concreto, all'organo giudicante, come infatti avveniva nella mia lettura, in cui il problema era appunto costitui-

to dal fatto che chi aveva agito con l'interdetto contro la *prohibitio* del *dominus* sostenendo di aver usato della servitù in maniera regolare, poniamo *quinto quoque die*, se ne era in realtà avvalso secondo un'altra cadenza temporale, ad esempio *alternis diebus*, cosicché la controparte prevaleva nel procedimento decretale facendo rilevare tale circostanza attraverso la *clausula vitii*).

6. La chiusura nei confronti del versante processuale del diritto propria del libro in esame si rivela in tutte le sue più esiziali conseguenze, in particolare, nel tentativo di esegesi di un frammento di Giavoleno (10 *ex Cass.*) riportato in D. 8.3.13.pr.-3, passo pressoché fondamentale per comprendere il regime classico del *locus servitutis*, ed a proposito del quale l'autrice (p. 78 ss.) polemizza per vari versi con la ricostruzione da me tracciata alcuni anni or sono (*Il locus servitutis*, p. 174 ss. e *passim*, dove peraltro tale testo, nella mia lettura, era visto in stretta coordinazione con un passo di Celso [5 *dig.*], riportato in D. 8.1.9, che verrà richiamato più avanti, al quale viceversa Maria Floriana Cursi non attribuisce soverchia importanza): *'Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. ideo sublatis vineis servitus manebit: sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria. Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glabrae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet. Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. in via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est aequae latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est'*.

La mia spiegazione del § 1 di D. 8.3.13 – senza volersi soffermare su di essa più di quanto sia necessario per analizzare le critiche mosse dall'autrice – era sostanzialmente nel senso che nel diritto classico, pur vigendo ancora in linea di principio la norma decemvirale per cui, se non vi è stata determinazione del *locus servitutis*, *'totus ager itineri aut actui servit'*, tale situazione – che poteva adattarsi ad una originaria destinazione del fondo a pascolo, ma non più a un terreno adibito a culture – cominciò tuttavia ad essere limitata dall'*interpretatio* giurisprudenziale, così da escludere che il titolare della servitù potesse transitare in maniera tale da recare gratuito nocimento al fondo servente passando *per villam ipsam* o *per medias vineas*, ossia in maniera contraria ad un «*civilis usus*» (come si vedrà argomentare Celso in D. 8.1.9), mentre d'altra parte, sin dai tempi di Sabino, iniziò ad affermarsi il principio per cui, dopo il primo atto di esercizio, il *locus servitutis* doveva considerarsi incardinato, senza possibilità di ulteriori mutamenti, sul percorso così divisato (principio che, stando al finale di D. 8.1.9, risulterebbe essere stato introdotto in primo luogo per l'acquedotto: *'sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est'*): e in tale prospettiva la mia idea, idonea a coordinare le affermazioni di Celso con la trattazione di Giavoleno, era che, in sede interdittale, il *dominus* del fondo servente, quando ritenesse che il transito del titolare fosse non conforme al criterio del «*civilis usus*», potesse costringerlo a determinare una volta per tutte un *locus servitutis* confacente ad entrambe le parti, fissandolo nel caso attraverso il diretto intervento dell'*arbiter*, attenendosi poi ad esso senza possibilità di ulteriori mutamenti unilaterali (*Il locus servitutis*, p. 179 ss. e *passim*).

Impostando l'esegesi ai criteri discretivi alquanto dogmatici come, in particolare, la distinzione medioevale e moderna tra servitù *quae in solo consistunt* e *quae in superficie consistunt* (p. 81: su come una simile distinzione appaia in contrasto al regime romano del *locus servitutis*, così come sulla inapplicabilità a quest'ultimo della distinzione tra *modus servitutis* e diritto costituito *ad certam partem fundi* – oltre a Giuseppe Grosso, richiamato a tale proposito dalla stessa autrice, p. 82 nt. 190 – si veda tra l'altro *Il locus servitutis*, p. 170 s.), Maria Floriana Cursi non sembra comprendere come la mia lettura muovesse dall'ovvio ma fondamentale presupposto che ciò che va bene in un terreno adibito a pascolo non è altrettanto accettabile in un terreno coltivato, e, muovendo dalla constatazione che Giavoleno parla nel § 1 prima di una servitù già da tempo esercitata *per totum fundum* (*'si totus ager iti-*

neri aut actui servit ...»), e poi di una servitù di recente costituzione in cui il *locus servitutis* deve essere determinato («...aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est ...»), trova la mia «costruzione ... evidentemente contraddittoria», poiché, a suo avviso, «se nella prima fattispecie la servitù è già da tempo esercitata, non si comprende perché non abbia trovato applicazione il criterio dell'individuazione del tracciato stradale attraverso il primo atto di esercizio» (p. 84 s.): senza cioè menomamente comprendere che, nella mia interpretazione, la vigenza generale del principio duodecimtabulare, quale elemento naturale del negozio costitutivo, fa sì che, finché il titolare del fondo servente non pretenda l'allogazione del *locus* (in particolare, finché non decida di coltivare un appezzamento sino allora adibito a pascolo), la servitù continua normalmente a gravare su tutto il fondo (l'autrice, del resto, non riesce ad accettare che tale norma decenvirale dovesse applicarsi, superato il nesso con la *munitio* del sentiero, a tutte le servitù di transito così come all'acquedotto – si veda infatti il finale del passo di Celso – ed anzi trova chissà perché «non coerente» – p. 85 nt. 194 – il fatto che io interpreti «la prima fattispecie di Giavoleno sulla linea della glossa festina sulla *via*, che legittima il titolare della servitù a passare ovunque sul fondo nel caso che la strada non fosse lastricata»: cfr. altresì p. 86 nt. 201).

Il fatto che tale pur ovvia circostanza, concretamente agricola prima ancora che giuridica, sfugga del tutto all'autrice, la conduce quindi in modo incongruo a concepire una servitù che grava sull'intero fondo in una prospettiva ove a suo avviso (p. 86 nt. 200) «nulla esclude ... che tutto il campo possa costituire la sede stradale della servitù», visuale di cui la intrinseca assurdità è già stata sottolineata, ma che diviene ancora più sbalorditiva di fronte alla chiara affermazione di Giavoleno secondo cui, in una simile ipotesi, «*dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita dif-fusa est, ut omnes glaebae serviant*»: infatti, poiché come si osservava la servitù rimane in ogni caso un peso imposto ad un fondo, e non una sorta di espropriazione di esso, l'osservazione per cui il fondo non può in tal modo essere di nessuna utilità per il proprietario, che in tali condizioni non può far niente di tale terreno, risulta chiaramente sin da una prima lettura del passo notazione che – ammessa la sua completa classicità – vuole mostrare l'assurdità di tale situazione, che infatti, nella lettura che seguivo, era destinata ad essere superata, come si è visto, attraverso la determinazione del *locus*; per l'autrice (p. 85), invece, che il *dominus* non possa «compiere attività che impediscano l'esercizio della servitù» gravante su tutto il fondo, è in tale ipotesi «situazione ... destinata a rimanere stabile, in quanto la servitù grava su tutto il fondo», senza che tale pressoché assoluta inutilità del *dominium* causata da un diritto di servitù le sembri in qualche modo strana, e senza sospettare quindi che tale commento del testo voglia appunto sottolineare l'inconcepibilità di tale situazione (una volta, beninteso, che il *dominus* non si accontenti più di adibire il fondo a pascolo ma decida di sfruttarlo in attività agricole più proficue: è bene ribadirlo perché tale fondamentale aspetto della mia ricostruzione sembra del tutto sfuggire a Maria Floriana Cursi, che ripetutamente si chiede perché mai in tale ipotesi il *locus* dovrebbe essere determinato se è già stato allogato dal primo atto di esercizio: p. 94 e p. 96 e nt. 234).

Per l'autrice, dunque, soltanto nella seconda ipotesi, ossia «... si iter actusve sine ulla determinatione legatus est ...», «il vincolo per il proprietario è solo temporaneo, venendo meno in un tempo successivo, e quando cioè il tracciato dell'*iter* e dell'*actus* verrà determinato» (p. 85). Per arrivare a tale differenziazione tra la prima e la seconda fattispecie, essa è però costretta a rifiutare la piana lettura del seguito del passo, in cui si afferma che il *locus servitutis* sarà in entrambi i casi («*utroque casu*») stabilito attraverso l'intervento di un *arbiter* («... igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet ...», dove «*via*» viene comunemente intesa nel senso di «strada»), e sostenere (p. 93 ss.) l'inverosimile tesi secondo cui, con tale locuzione, Giavoleno intenderebbe in realtà riferirsi non ad entrambe le ipotesi testé prospettate, bensì o tanto alla *latitudo* quanto al *locus*, ovvero sia all'*iter* che all'*actus*. Anche lasciando da parte la curiosa metodologia di proporre soluzioni esegetiche alternative e in contrasto tra loro, tali letture non sembrano assolutamente consentite dalla lettera del passo, poiché, per quanto riguarda la prima, è da tenere presente che nella parte precedente esso si riferisce esclusivamente al *locus* senza menomamente nominare l'ulteriore problema della *latitudo* («... modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constituit ...»), cosicché – se pur anche la stessa *latitudo*

dovrà essere stabilita nel caso dall'*arbiter*, come poi preso in considerazione dai §§ 2-3 di D. 8.3.13 – il § 1 non può ancora riferirsi, con *'utroque casu'*, a questa, che non ha ancora nominato; per altro verso, passando alla seconda soluzione prospettata, essa non sembra congrua neppure da un generale punto di vista sistematico, dato che è noto che *iter* ed *actus* sono normalmente accomunati come endiadi dalle fonti ad indicare con tale tendenziale sintagma le servitù di passaggio nel loro complesso, attesa altresì la unitarietà di massima del loro regime, mentre d'altra parte, se si volesse riferire *'utroque casu'* all'*iter* ed all'*actus* considerati come singole servitù, rimarrebbe inspiegabilmente preterita, seguendo le stesse idee ricostruttive dell'autrice, il caso che il *locus servitutis* da determinare sia invece relativo ad una *servitus viae* in senso tecnico: soprattutto, l'intero § 1 rimarrebbe incomprensibile nella sua stessa struttura argomentativa (*'si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glaebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet'*), poiché in esso il ricorso alla congiunzione *'aut'*, nonché la coordinazione delle due ipotesi attraverso i due *'si'* (*si totus ager ... servit ... aut si ... legatus est ...*), è logicamente spiegabile se la soluzione finale si applica ad entrambe le ipotesi (*'... modo determinabitur ... utroque casu ...'*), ma non avrebbe senso se la prima fattispecie fosse del tutto scissa dalla successiva, e il discorso rimarrebbe tronco e senza soluzione, dato che tale non può verosimilmente essere, come si è visto, una situazione in cui *'dominus in eo agro nihil facere potest'* (e questo anche se non sembrano in ogni caso da escludere, come già osservavo – *Il locus servitutis*, p 174 ss. e 180 s. –, corruzioni del passo che ormai ne oscurano l'originario dettato specie in riferimento alle modalità dell'intervento dell'*arbiter*).

Ma quello che stupisce soprattutto nella lettura del passo proposta dall'autrice risulta, ancora una volta, la greve incomprensione per gli aspetti processuali del diritto romano, e, in particolare, per la procedura interdittale, come già non si è potuto fare a meno di notare a proposito del ruolo della *prohibitio*. L'idea di fondo che permea le argomentazioni dell'autrice, infatti, è che se il *locus servitutis* viene automaticamente determinato dal primo atto di esercizio, non v'è alcun bisogno di un *arbiter* per stabilirlo (si veda in particolare p. 102 s., dove essa conclude – non senza contraddizione rispetto a quanto come si è visto da lei affermato a p. 93 ss. a proposito del significato di *'utroque casu'* – che in Giavoleno, rispetto al *locus*, «l'individuazione del percorso resta vincolata al luogo ove per la prima volta si è tracciata la servitù», mentre rispetto alla *latitudo* «viene enunciata la regola generale per cui, in assenza di una determinazione del *de cuius*, la *latitudo* sarà fissata ad un arbitro»).

Non sfiora l'autrice il sospetto che, pur in presenza di un chiaro criterio sostanziale per la determinazione del *locus*, e persino in presenza di una disposizione di massima da parte del testatore o dell'erede, così come nel caso che tale determinazione sia lasciata al legatario (cfr. p. 94), di fatto possano poi sorgere in concreto controversie tra le parti in ordine al tracciato della servitù (così come alla sua larghezza), poiché il titolare del fondo servente può ritenere che, di fatto, tale percorso risulta in contrasto con le attività agricole di quest'ultimo, o comunque rechi ad esso un nocumento ingiustificato rispetto alle utilità del fondo dominante, cosicché, pur in presenza di tali criteri sostanziali virtualmente risolutivi, non sia possibile evitare l'insorgere di una controversia e non resti quindi altra soluzione dell'intervento di un *arbiter* (si vedano del resto, in D. 8.1.9, le parole *'... transferre non liceret ...'*, che, in maniera illuminante anche per quanto riguarda la prima parte del passo, immediatamente implicano in caso di violazione di tale regola, una *prohibitio* da parte del *dominus* del fondo servente e quindi, nel caso, il ricorso del titolare al procedimento interdittale: cfr. tra l'altro *Il locus servitutis*, p. 229). In tale fuorviante prospettazione dei problemi in materia, non è dunque strano che l'autrice non sappia spiegarsi il perché della mia visione dell'*arbiter* in chiave interdittale, ritenendo curiosamente che io «non giustifichi» – specie in vista del fatto che, a suo dire, «è agevole notare che di una simile funzione» dell'*arbiter* «nella fonte non si faccia menzione alcuna» (p. 96) – «se non con generici motivi di urgenza e speditezza processuale, il ricorso al procedimento interdittale e non ad un'azione ordinaria per la risoluzione della controversia, posta la mancanza di riferimenti testuali in proposito» (p. 95 nt. 233): «azione ordinaria» che d'altronde – pur rifiutando (p. 95 nt. 233)

L'ipotesi enunciata in maniera pur non del tutto definitiva da Giuseppe Grosso, secondo cui potrebbe trattarsi dell'*arbitrium iudicis de restituendo* in sede di *vindicatio servitutis* – essa si guarda bene dallo specificare.

Pur non essendo qui il caso di soffermarsi su come in realtà il procedimento interdittale si riveli, ad una più attenta lettura delle fonti in materia, la sede naturale e processualmente più appropriata per risolvere i problemi relativi all'*usus servitutis*, e quindi il rispetto dei modi di esercizio, specie in virtù della *clausula vitii* ('*nec vi nec lam nec precario*'), che, funzionando come una condizione dell'operatività dell'ordine pretorio '*vim fieri veto*', esclude che la tutela possa riguardare comportamenti contrari all'utilizzazione corretta del diritto e quindi da considerare attuati in maniera *vitiosa* (*Il locus servitutis*, p. 163 ss., e *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 484 ss.), per capire i motivi che hanno impedito all'autrice di comprendere tale fondamentale funzione del procedimento decretale, anche senza dover ritornare ancora una volta sullo scarso interesse che i problemi processuali e il meccanismo interdittale suscitano in lei, è qui sufficiente richiamare le considerazioni da essa recate a proposito del ricordato D. 8.1.9 di Celso (di cui, come si è accennato, la studiosa non sembra cogliere le notevoli implicazioni ricostruttive e la risolutiva prossimità esegetica rispetto a D. 8.3.13.1 di Giavoleno): '*Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequo commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est*'.

Infatti l'autrice, dopo aver osservato (p. 78 nt. 190) che «il giurista sostiene che se si costituisce *simplicius* ... una servitù di *via*» (in realtà, si noti, il passo appare riferirsi in generale alle servitù di passaggio, come suggerisce, oltre che il triplice ricorso successivo alla locuzione '*ire agere*', il complessivo parallelo con la *servitus aquae ductus*) «allora si potrà esercitarla *in infinito*, ovvero sia in qualunque parte del fondo, purché *civiliter modo*», subito aggiunge, stranamente, che «non mi sembra vi siano elementi sufficienti per comprendere, almeno a rimaner fermi alla descrizione iniziale, se tutto il fondo oppure soltanto una sua parte siano gravati dalla servitù», anche se in realtà – poi ammette – Celso «scioglie il dubbio nel prosieguo, avvertendo che, nel luogo ove per la prima volta si è tracciata la *via*, si dovrà continuare ad esercitare la servitù senza possibilità di cambiare». Tuttavia, se qui Celso prende le mosse da una servitù esercitabile *per totum fundum* ('*in infinito, videlicet per quamlibet eius partem*'), egli lo fa per specificare subito nella maniera più esplicita che anche in tale ipotesi ('...*verum constitit, ut ...*') il tracciato dello *ius eundi agendi* dovrà considerarsi incardinato sulla direttrice del primo atto di esercizio: ed in effetti, è proprio tale possibile coesistenza tra una servitù esercitabile *per totum fundum* e l'applicabilità – evidentemente, non solo iniziale – della regola per cui il percorso della servitù si alloggerà in base al primo atto di esercizio, e quindi la coesistenza di tale regola con il principio di origine decemvirale dell'asservimento di tutto il fondo servente, che mi aveva portato a presupporre che, se talvolta l'allogazione della strada poteva essere richiesta (anche in relazione alle previsioni dell'atto costitutivo) immediatamente dopo in sorgere della servitù (come avviene nella seconda ipotesi di Giavoleno), egualmente anche nei fondi su cui inizialmente la servitù era stata esercitata *in infinito* il *dominus* poteva in ogni caso pretendere – appunto nell'ipotesi che tale tipo di esercizio non si accordasse più con il nuovo uso che voleva fare del fondo, in particolare trasformandolo da pascolo a terreno coltivato – il definitivo incardinamento della strada, al fine di poter sfruttare liberamente le parti libere dell'appezzamento.

Maria Floriana Cursi, invece, è stranamente indotta a ritenere che tale allogazione della «*via*» sul percorso del primo atto di esercizio riguardi soltanto le servitù di recente costituzione, ossia quelle prese in considerazione da Giavoleno nella sola seconda fattispecie (D. 8.3.13.1: '*si iter actusve sine ulla determinatione legatus est ...*'): «questo elemento mi porta a ritenere che la servitù vada esclusivamente considerata su una parte del fondo e non su tutto il fondo, configurando una ipotesi vicina alla seconda tra le due elencate nel passo di Giavoleno». Ma tale lettura è immediatamente smentita dal

fatto che, nella parte iniziale del frammento, Celso parla viceversa di una servitù che può, nel caso, essere esercitata *'in infinito'* (*'si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit'*), con il solo limite (*'civiliter modo'*) del rispetto dei luoghi non idonei a tale funzione (*'non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est'*), ed in cui tuttavia il *locus servitutis* verrà egualmente fissato una volta per tutte (*'verum constitit, ut ...'*), mentre d'altra parte il correttivo dell'allogazione della strada in base al primo atto di esercizio è soluzione re-cenziore (come mostra il riferimento a Sabino, che applicò alle servitù di passaggio tale principio, che si era già affermato per l'acquedotto) rispetto alla regola dell'asservimento, in assenza di specifiche statuizioni in senso contrario, di tutto il fondo: per cui, apparendo assurdo né del resto essendovi traccia alcuna nelle fonti di una applicazione di tale nuova norma alle sole servitù di successiva costituzione, risulta da ritenere che l'affermazione del principio per cui il *locus servitutis* si incardina in base al primo atto di esercizio sia applicabile a qualsiasi fondo, anche a quelli su cui in precedenza il diritto di passaggio o di acquedotto era stato usufruito *per totum fundum* (facendosi qui, nel caso, riferimento, più che ad un primo atto di esercizio magari troppo lontano nel tempo, alla direttrice secondo cui nell'ultimo anno la servitù era stata abitualmente esercitata: cfr. *Il locus servitutis*, p. 207 ss.).

E la riprova di tale vigenza generale di tale principio è definitivamente fornita, in particolare, da due frammenti vertenti sulla tutela interdittale delle servitù: cosa che, tra l'altro risolve altresì i dubbi che Maria Floriana Cursi avanza a proposito della mia soluzione, rimproverandomi (sempre a p. 82 nt. 190) di aver letto «in questo limite *in infinito*» (ossimoro piuttosto strano ma in ogni caso sufficientemente comprensibile) «un indiretto riferimento al *modus*, pur in assenza», a suo dire, «di ogni riferimento testuale». Il punto è che l'autrice, pur citando proprio nella nota in esame l'opinione di Giuseppe Grosso, che, essa ammette, «dubita dell'utilità di usare una distinzione cara ai civilisti, quale è quella fra luogo di esercizio della servitù e parte del fondo gravata della servitù, che si rivela equivoca nell'interpretazione delle fonti romane», rimane in realtà, come si è accennato, ancorata nella propria visione a tale distinzione dogmatica (si veda infatti p. 81, ove essa afferma che le due fattispecie recate da Giavoleno in D. 8.3.13.1 risultano da interpretare in relazione «alla distinzione delle servitù tra quelle che *in solo consistunt* e quelle che, invece, *in superficie consistunt*»), e quindi non riesce a considerare il *locus servitutis* come un *modus* di esercizio del diritto, in quanto – si può intuire dai suoi discorsi – a suo avviso se la servitù risulta costituita in maniera tale che il percorso viene stabilito attraverso il primo atto di esercizio, il diritto deve considerarsi esclusivamente relativo a quella striscia di terreno, mentre se la servitù grava su tutto il fondo, in tal caso, come essa afferma reiteratamente, tutto il fondo dovrebbe come si è visto considerarsi «sede stradale» del diritto di transito: cosicché, anche quando riporta il pur chiaro dettato di Celso in D. 8.1.9, essa egualmente scrive che «non mi sembra vi siano elementi sufficienti per comprendere, almeno a rimaner fermi alla descrizione iniziale, se tutto il fondo oppure soltanto una sua parte siano gravati dalla servitù», anche se subito dopo, non del tutto congruamente, è costretta ad ammettere che «Celso però, richiamandosi all'autorità di Sabino, scioglie il dubbio nel prosieguo, avvertendo che, nel luogo ove per la prima volta si è tracciata la *via*, si dovrà continuare ad esercitare la servitù senza possibilità di cambiarla».

Se l'autrice, invece di persistere nella contrapposizione dogmatica moderna tra servitù gravanti su tutto il fondo e servitù costituite su di una sua parte, avesse accettato gli avvertimenti di Giuseppe Grosso e si fosse affidata senza simili pregiudizi sistematici alla pur chiara lettura del dettato celsino, si sarebbe resa conto che per il diritto romano, lungi dal valere tali classificazioni astratte, il punto era semplicemente che, sia che la servitù fosse di recente costituzione sia che essa fosse stata in precedenza esercitata per tempi più o meno lunghi *per totum fundum*, in ogni caso il *dominus* poteva pretendere che esso fosse fissato una volta per tutte, onde poter sfruttare convenientemente le restanti parti del fondo, e tale facoltà era appunto concepita dai giuristi in termini di modalità di esercizio (*'modus'*) della servitù, come tale tutelabile, al pari degli altri *modi*, attraverso la normale procedura interdittale: i testi in materia, infatti (mi limito qui a una sintetica esposizione di quanto già detto in *Il locus servitutis*, p. 170 s., 199 ss. e 222 s.: cfr. altresì *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, p. 484 ss.), risultano in linea di principio considerare e trattare il problema del *locus servitutis* negli stessi ter-

mini degli altri limiti di esercizio del diritto, come in primo luogo mostra chiaramente il dettato di D. 43.20.1.15, come si è visto non ben compreso dall'autrice, in cui il presupposto dell'interdetto – per cui l'acqua deve essere condotta ora così come nell'anno precedente, ossia sempre in maniera *non vitiosa* (*uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto*) – comporta che chi si avvale dell'*aquae ductus* non possa mutare le modalità di tale *usus servitutis* ('... *intelligendum est eodem modo praetorem duci aquam iussisse, quo ducta est hoc anno ...*'), essendo quindi escluso che possa farlo in maniera più ampia ('*amplior*', ossia secondo *intervalla dierum et horarum* più ravvicinati o maggiori, ovvero, come ritiene l'autrice – anche se il mutamento di portata dell'acquedotto sarebbe in realtà un problema che verrebbe in esame già in sede di *refectio* e di *interdictum de rivis* –, derivando una maggiore portata d'acqua) così come che sfrutti acqua di altra fonte ('*alia aqua*'), o appunto che faccia scorrere l'acquedotto '*per aliam regionem*', ossia – non sembra in effetti che siano possibili altre interpretazioni del testo – mutando il *locus servitutis*: '*... proinde neque amplioris modi, neque alia permisisse potest videri. quare si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere ...*'.

Se quindi agli effetti dell'ordine interdittale '*vim fieri veto*' non sono ricompresi nell'*usus servitutis* protetto da tale procedura gli atti di esercizio che fuoriescano dalle modalità di esercizio seguite '*hoc anno*', non sembra inverosimile che anche per quanto riguarda le servitù di passaggio (si ricordi il finale di D. 8.1.9, ove si riferisce che tale regola venne introdotta da Sabino, '*qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est*') il *locus servitutis*, se il *dominus fundi* lo pretendeva, dovesse considerarsi incardinato in base al primo atto di esercizio, cosicché, come mostravo (*Il locus servitutis*, specie p. 186 ss.), anche nel caso di una servitù fino allora esercitata *per totum fundum*, qualora il *dominus*, specie nel caso paradigmatico che volesse trasformare in agricolo un fondo prima destinato a pascolo, poteva opporsi a tale tipo di esercizio pretendendo la definitiva allogazione del tracciato della servitù, che in ogni caso, mancando definitivi riscontri per seguire qui sino in fondo il criterio del primo atto di esercizio, sarebbe stato definito discrezionalmente dall'organo giudicante tenendo conto, oltre che delle abituali modalità di utilizzazione della servitù, dei criteri ricordati da Celso ('...*civiliter modo ...*') e del generale parametro del contemperamento degli opposti interessi ('...*non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento ...*': cfr *Il locus servitutis*, p. 195 ss.). D'altra parte, tale immutabilità di principio agli effetti interdittali del *locus servitutis* – da intendere in senso lato, al di là di ogni astratta distinzione dogmatica moderna, come striscia di terreno su cui esercitare la servitù, comunque essa risulti per tal verso costituita – è chiaramente affermata tra l'altro dallo stesso frammento di Scevola (*l.s. ὄρον*) richiamato da Maria Floriana Cursi proprio nel finale della nota 190 qui in esame, ossia da D. 43.20.8, dove parimenti si insiste sul venir meno della tutela interdittale nel caso che si pretenda di esercitare la servitù *per alteram partem fundi* ('*cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret*': si veda *Il locus servitutis*, p. 187 s., e *Della «refectio» del «rivus»*, p. 56 s. [estr.]).

7. Del resto, tale incomprendimento di Maria Floriana Cursi circa il risolutivo ruolo assunto in tale ipotesi dalla tutela interdittale della servitù, se si ricollega in generale alla scarsa attenzione verso i meccanismi processuali di tale mezzo pretorio nonché alle prospettive dogmatizzanti affatto moderne di cui come si è visto essa non riesce a liberarsi, è in maniera alquanto più immediata dovuta a più puntuali prospettive ricostruttive che come si è accennato le impediscono di vedere che, anche se i criteri sostanziali per determinare un certo elemento della servitù sono astrattamente già stabiliti dall'ordinamento – come per il *locus* avviene in riferimento al primo atto di esercizio ovvero alla facoltà di stabilirlo del testatore ovvero da quest'ultimo attribuita all'erede o al legatario stesso –, egualmente tali criteri sostanziali non sono affatto tali da escludere la necessità di un mezzo giudiziale per risolvere le controversie in materia (a p. 94 essa infatti afferma che la mia lettura di D. 8.3.13.1 «renderebbe inutile l'intervento dell'*arbitrator*», dato che «in questo caso, infatti, il *locus servitutis* è già individuato» dal primo atto di esercizio), poiché, ancora una volta, è ovvio che nella concreta

determinazione del percorso possono poi insorgere discussioni e contrasti, specie in riferimento al principio del *civilis modo* e del temperamento degli opposti interessi dei due fondi, che rendono inevitabile il ricorso ad una procedura contenziosa, anche in quanto, se il *dominus* del fondo servente non è d'accordo con il percorso divisato dal titolare, potrà nel caso inibirgli di portare a termine lo stesso primo atto di esercizio.

E' infatti fuorviante la minimizzazione che l'autrice fa di questi problemi, affermando, specie in riferimento alle previsioni del legato in relazione alla *latitudo* della strada (ma il discorso, come si è visto, si presenta non diversamente in ordine al *locus servitutis*), che (p. 98 s.) «senza arrivare a ipotizzare necessariamente l'insorgere di una controversia tra le parti relativamente alla determinazione dell'*iter* o dell'*actus*, credo ... che l'intervento dell'*arbiter* possa giustificarsi ... rispetto ad una semplice funzione di stima, essendo un esperto dotato di capacità specialistiche che esprime un parere tecnico relativo al *quantum* e non all'*an* – compito quest'ultimo del *iudex* – e che in ciò appare vicino alla figura del *mentor* di Paul 24 [25] *ad ed. D. 11.6.6*» (passo che peraltro – '*sive de itineris latitudine sive de servitute immittendi prociendique quaeratur, sive aream vel tignum vel lapidem metiendo mentitus fuerit*' – appartiene alla trattazione della figura delittuosa '*si mentor falsum modum dixerit*' e non dice nulla circa le modalità di intervento, giudiziale o – come l'autrice vorrebbe, stragiudiziale – di tale esperto, mentre del resto tale previsione risulta innanzitutto relativa, al contrario di ciò che dovrebbe qui dimostrare, a quanto operato dal *mentor* in sede processuale): cosicché, «in altre parole, posto che il *de cuius* ha legato l'*iter* e l'*actus sine ulla determinatione*, interviene l'*arbiter* a stabilire la *latitudo* (e forse il *locus*) delle due servitù». Impostazione ove, al di là del non facilmente comprensibile dubbio («forse») circa la fissazione per tal via del *locus*, mancano del tutto indicazioni dell'autrice circa le concrete modalità attraverso cui si arriverebbe a tale determinazione peritale degli elementi in questione: l'autrice si limita infatti a richiamare (p. 98 nt. 242) il fatto che nel suo studio sugli agrimensori nel processo romano Laurretta Maganzani (p. 233 s.) «ritiene che la *postulatio arbitri* potesse essere concessa anche qualora non fossero state previste o non fossero chiare, nell'atto costitutivo, le modalità di esercizio del diritto di passaggio», ma subito dopo (p. 99 nt. 245 *if.*) è costretta ad ammettere che ben diversamente, nel caso specifico, Laurretta Maganzani (p. 79 ss.) «ritiene che l'intervento arbitrale ricorda da Giavoleno fuoriesca dalle competenze tipicamente agrimensorie» (*).

Né risulta giovare all'autrice, in una distinzione in cui non a caso essa lascia sempre in ombra le modalità tecniche dell'intervento dell'*arbiter*, il discorso relativo alla differenza tra discussioni relative all'*an* e al *quantum*, dato che, se la nota distinzione tra '*lis*' e '*iurgum*' è qui per certi versi incontestabile di fronte all'ammissione dell'esistenza della servitù da parte di entrambi i soggetti interessati, egualmente il fatto che si tratti, nel caso, soltanto di uno *iurgum* relativo alle modalità di attuazione del diritto e non alla sua sussistenza può al massimo escludere, semplicemente, la presenza di una vera e propria *lis* da devolvere al *iudex* in sede di *actio*, ma non certo, come essa vorrebbe, l'insorgenza di una «controversia» tra le parti, che invece indubitabilmente c'è, dato che il mancato accordo sul *locus servitutis* non può che portare il titolare del fondo servente ad impedire, con la *prohibitio*, il transito del vicino secondo percorsi che egli giudica illegittimi, in un contrasto che quindi, se pur non concerne l'*an debeat* della servitù, riguarda in ogni caso il suo esercizio, ossia un tipo di controversia che, come tra l'altro mostrano pianamente i richiamati D. 43.20.1.15 e D. 43.20.8, era destinato a risolvere appunto lo strumento interdittale (cfr. *Il locus servitutis*, in particolare p. 179 s.), che del resto doveva verosimilmente essere impiegato non solo nel caso la servitù fosse già da tempo esercitata ma altresì, come si è accennato, qualora al neotitolare di essa fosse stato impedito dal *dominus* del fondo servente di completare quel primo atto di esercizio che sarebbe stato idoneo ad incardinare una volta per tutte il percorso di essa (*Il locus servitutis*, p. 249 ss.).

*) Tale prospettazione generale delle competenze agrimensorie è stata recentemente ribadita da Laurretta Maganzani in *Land Surveying for Legal Disputes: Technical Advice in Roman Law*, presentato al Convegno su «Exploitation and preservation of Landscape: from Roman Law to the European and International Regulations» tenutosi a Napoli il 4 novembre 2005, il cui testo, in corso di pubblicazione nei relativi atti, mi è stato gentilmente messo a disposizione dall'autrice.

8. Una volta chiariti gli equivoci principali in cui l'autrice sembra non riuscire a superare specie in ordine all'esegesi di D. 8.3.13 e D. 43.20.1.22, nonché i notevoli problemi che la sua ricostruzione, nelle sue stesse direttrici portanti, desta in relazione all'idea di un *modus servitutis* che non è ancora semplice limite di esercizio del diritto, ma estrinsecazione di un'autonomia privata che a suo dire sarebbe di per sé idonea a trasformare le servitù esistenti in nuovi tipi senza alcun risolutivo concorso dell'*interpretatio* giurisprudenziale e quindi dell'ordinamento, non vi è molto altro da dire sui motivi che rendono alquanto perplessi di fronte alla pur reiterata lettura del libro in esame, che pur presentando ad una prima considerazione spunti ricostruttivi nuovi e in se stessi di potenziale interesse, appare poi deludere nella dimostrazione di tale visuale e soprattutto in una metodologia ove sembrano sommarsi leggerezze esegetiche, scarsa attenzione verso l'aspetto processuale del diritto romano classico e impostazioni astrattamente dogmatizzanti del tutto moderne ed alquanto lontane dalle prospettive costruttive ed argomentative dei *prudentes*.

Una rigidità classificatoria, questa, che, in particolare, sembra alquanto in contrasto con il continuo insistere dell'autrice sull'imprescindibilità di una considerazione innanzitutto storica dei problemi in materia (cfr. in particolare p. 22 ss.): una rigidità che infatti essa risulta superare in pratica soltanto a proposito del *modus servitutis*, di cui appunto propone una nuova costruzione diacronica che supera il tradizionale ruolo di limite dell'esercizio del diritto attribuito a tale figura, ma non a proposito delle tante altre nozioni giuridiche via via toccate nel corso della trattazione.

Così, a parte il già ricordato caso della contrapposizione tra servitù *quae in solo consistunt* e *quae in superficie consistunt* ovvero tra *locus* come *modus servitutis* e diritto costituito *ad certam partem fundi*, stupisce il lettore l'idea – che l'autrice sembra considerare risolutiva nello spiegare il requisito della convinzione di esercitare la servitù secondo diritto, previsto per gli *interdicta de aqua*, da lei interpretato in termini di «buona fede» e quindi di diretto riferimento al titolo costitutivo – per cui tale presupposto costituirebbe non «una condizione di efficacia dell'ordine pretorio» (come sembrerebbe ovvio ed era incidentalmente stato sostenuto da Luigi Capogrossi Colognesi) bensì «una mera condizione di procedibilità dell'interdetto» (p. 174): si tratterebbe cioè di «una condizione di procedibilità della tutela interdittale, al pari dell'unico atto di esercizio della conduzione durante l'anno (*una die*), nel senso che la buona fede è necessaria per ottenere l'interdetto, ma la sua presenza non è sufficiente per renderlo efficace» (p. 183: cfr. p. 186).

Ora, a parte il fatto che se tali elementi condizionano altresì l'efficacia dell'interdetto, come la studiosa ammette, non si veda perché mai, in tale pur non condivisibile visione classificatoria, essi non debbano essere considerati altresì «condizioni di efficacia» dell'ordine pretorio (cosa che indubitabilmente sono, al di là di tale deprecabile terminologia dogmatizzante, dato che, se essi non sussistono, l'ordine pretorio *'vim fieri veto'* non è in concreto applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio), quello che più lascia frastornato il lettore è il fatto che la studiosa (p. 174) ricorra a tale terminologia pseudotecnistica senza alcuna ulteriore spiegazione, quasi che il concetto di «condizione di procedibilità» fosse di per sé chiaro ed autoevidente nel diritto moderno così come in quello romano, e senza sentire il bisogno neppure di una breve nota per chiarire gli indispensabili riferimenti dottrinali cui essa vorrebbe rifarsi e su cui si fonda tale visione della procedura interdittale.

Ora, come è abbastanza noto, nella scienza processualistica italiana (mi rifaccio qui brevemente a Crisanto Mandrioli), si è soliti definire «condizioni di procedibilità» quei presupposti dell'esistenza del processo che ne condizionano la validità stessa e che quindi il giudice – al pari delle «condizioni dell'azione» che, come interesse ad agire e legittimazione, concernono l'ipotetica accoglibilità della domanda – deve in tale prospettiva preliminarmente accertare, e che riguardano in particolare la competenza dell'organo giudicante e la capacità di stare in giudizio delle parti nonché la rappresentanza processuale. Nel diritto romano, a tale proposito, si parla in linea di massima di presupposti e di requisiti dell'azione (Arnaldo Biscardi, ad esempio, nelle sue *Lezioni* – p. 24 s. –, sussume tra i presupposti la competenza giurisdizionale, la capacità delle parti, lo *ius postulandi* etc., e tra i requisiti la coincidenza tra fattispecie e norma, la legittimazione ad agire e l'interesse processuale.

Non sembra, ovviamente, che Maria Floriana Cursi, parlando di «condizioni di procedibilità» a proposito della «buona fede» e dell'atto di esercizio verificatosi *'hoc anno'*, possa avere in mente simili presupposti generali relativi all'azione e alla sua procedibilità: ma quello che, nel ricorso a tale dubbia nozione, sembra soprattutto interessare all'autrice risulta piuttosto quella intrinseca necessità di un accertamento preliminare che concerne tali figure moderne. Infatti la trattazione insiste (p. 175) su come, vantando il «requisito minimo di applicazione» dell'atto di esercizio annuale, «la tutela viene concessa», mentre del pari, «tenendo conto del fatto che il richiedente crede di essere titolare di una conduzione a intervalli di tempo, il pretore concede un interdetto per un acquedotto *alternis diebus*».

L'autrice appare dunque convinta che, nell'emanare l'interdetto in questione, il pretore accertasse preliminarmente tali requisiti, la cui sussistenza sarebbe quindi da considerare, appunto, una «condizione di procedibilità» dell'interdetto stesso.

Tuttavia una simile concezione del procedimento decretale sarebbe dovuta essere controllata dall'autrice, e davvero preliminarmente, compulsando quantomeno le usuali ricostruzioni del meccanismo di tale sistema di tutela, in cui, ben diversamente, l'attività del pretore è piuttosto pacificamente confinata nei limiti di una *summaria cognitio* strumentale all'accertamento di presupposti minimi di fondo relativi, in particolare, alla legittimazione passiva (ad esempio, il fatto che il convenuto fosse, nell'*interdictum quod vi aut clam*, possessore dell'*opus*), all'oggetto dell'interdetto (come il carattere pubblico del fiume nell'interdetto *'ne quid in flumine publico fiat'*), alla scelta di una o di un'altra formula (come si è testé visto avvenire nell'alternativa tra interdetti *de aqua cottidiana* e *de aqua aestiva*), o per adattare la formula astratta al caso concreto ovvero per concedere interdetti «utili» o interdetti «repentini» (si veda in particolare il già ricordato studio su tale procedura di Arnaldo Biscardi – p. 36 ss. –, anche in relazione all'inaccettabilità tanto della più antica opinione, secondo cui non si sarebbe avuta *'causae cognitio'* nel procedimento interdittale se non in quei casi previsti espressamente dall'editto, quanto dei più recenti ed isolati tentativi di Giuseppe Gandolfi di scorgere nella *'causae cognitio'* un esame definitivo della controversia, che avrebbe condotto alla concessione dell'interdetto da intendere come definitivo ordine concreto ed incondizionato del magistrato; ma credo che in ogni caso sarebbe stato più che sufficiente per comprendere tale punto riguardare sia pur frettolosamente una qualsiasi trattazione istituzionale dell'argomento).

Maria Floriana Cursi sembra del tutto ignorare tale aspetto della questione, e non si preoccupa neppure di controllare nella letteratura in materia la configurabilità di un simile esame preliminare, da parte del pretore, dei requisiti della «buona fede» e dell'atto di esercizio verificatosi *'hoc anno'*, né si sente in dovere di procedere quantomeno a una breve nota sulla procedura interdittale quale aspetto problematico che condiziona tale sua ricostruzione dell'*interdictum aquae ducendae*, e prosegue sicura nel ritenere che il magistrato, prima di concedere l'interdetto, procedesse nella fase *in iure* a tale – non più *summaria – cognitio*, affermando ad esempio, come si è visto, che (p. 176 nt. 41) «l'interdetto viene concesso sulla base dell'atto minimo di esercizio della servitù durante l'anno», o che (p. 182) «se Ulpiano concede l'interdetto» e «per l'applicazione dell'*interdictum de aqua* è necessaria la buona fede del richiedente» non si comprenderebbe come sia possibile che «egli percepisse la mala fede del richiedente». A suo avviso, infatti, «la buona fede è necessaria per ottenere l'interdetto» (p. 183).

D'altra parte, se anche si volesse tentare di superare tale incongrua visione della procedura interdittale, contro l'opinione di Maria Floriana Cursi, trasferendo l'accertamento di tali requisiti dalla fase *in iure* al momento iniziale della fase *apud iudicem*, è da dire che neppure in questa ipotesi, cui pur l'autrice neppure perviene, sarebbe configurabile un esame «preliminare» di tali presupposti. Infatti la sussistenza della «buona fede» del ricorrente – o meglio della sua convinzione, sia pur erronea, di esercitare la servitù secondo diritto – nonché dell'atto di esercizio verificatosi *'hoc anno'*, non sono aspetti a sé stanti e quindi accertabili separatamente e prima di ogni altro nell'esame della controversia interdittale, ma risultano inestricabilmente collegati all'insieme degli ulteriori elementi da risolvere per arrivare ad una decisione: si pensi, in particolare, a come in ogni caso l'atto di esercizio avvenuto *'hoc anno'*, sufficiente in base a D. 43.20.1.4 per ottenere la tutela interdittale, debba in ogni caso essersi verificato *'non vi non clam non precario'* (*'uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non*

precario ab illo duxisti ...»), e sia quindi inesorabilmente intrecciato a tutto l'insieme dei fattori che il giudice deve considerare prima di arrivare a una decisione, e del pari si consideri come la convinzione di aver esercitato la servitù secondo diritto impliciti, già nel dettato di D. 43.20.1.10, un esame della situazione di fatto nonché della prospettazione che il ricorrente se ne fa, nonché dell'eventuale errore in cui egli sia incorso e della natura *in facto* e non *in iure* di tale errore (*'sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure, sed in facto erravit ...'*), che appare di per sé coinvolgere, analogamente, tutto l'insieme della controversia. In tale situazione, non sembra affatto possibile scindere dal resto della controversia tali elementi come aspetti da accertare preliminarmente, e non si vede quindi la congruenza di volerli sussumere – per di più attraverso una classificazione dogmatica, oltre che erronea, del tutto moderna, e quindi di per sé assolutamente estranea alle categorie giuridiche mediante cui operavano i *prudentes* classici – come pretese «condizioni di procedibilità» da contrapporre ad altre «condizioni di efficacia» dell'interdetto.

9. Di tale fuorviante tendenza dogmatizzatrice la trattazione fornisce in effetti non pochi esempi, a cominciare dalla piuttosto rigida applicazione delle visuali moderne circa il criterio dell' *'una servitus'* in relazione alla lettura di D. 8.6.6 (Cels. 5 *dig.*), in cui tale principio sistematico, da cui peraltro Celso in certo modo si discosterebbe, viene un po' aprioristicamente presupposto come *tout court* vigente ad ogni effetto nelle concezioni dei giuristi romani quale elemento discretivo nella concreta risoluzione dei problemi riguardanti gli *iura in re aliena*, per poi, su tali dubbie basi, venire criticato dall'autrice come inutile alla soluzione delle questioni poste dal passo, in una trattazione che risulta per tal via alquanto più complicata e problematica di quanto sarebbe in realtà necessario (p. 103 ss. e in particolare p. 113 ss.).

Ancora più rimarchevole è poi la invero curiosa lettura di un passo di Elio Gallo tratto dal primo (ma forse dal secondo per quanto riguarda il § 1) dei *de verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri* (D. 50.16.157.pr.-1), in cui il giurista repubblicano afferma: *'paries est, sive murus sive maceria est. item via est, sive semita sive iter est'*. Anche senza voler qui approfondire l'esegesi del passo, è da notare come in ogni caso il lettore rimanga stupito dalla fretta un po' prestidigitatoria con cui l'autrice (p. 69 ss.) – muovendo dal fatto che, mentre *'maceria'* e *'semita'* si riferiscono a cose materiali, *'murus'*, nel linguaggio del diritto e in particolare nello *ius sacrum*, indica la cinta delle mura cittadine, ossia una *res sacra*, e a sua volta *'iter'* è anch'esso un concetto giuridico – giunge ad una invero curiosa conclusione, trascurando peraltro il fatto che entrambe tali nozioni possono altresì, se non principalmente la prima, indicare altresì delle normali nozioni comuni e concrete, ossia appunto il «muro» e il «sentiero»: infatti, ad avviso dell'autrice (p. 77) in tale prospettiva «appare chiaro ... il nesso che lega la definizione contenuta nel *principium* con quella del § 1», poiché nel passo di Elio Gallo «in entrambi i casi il *definiendum* viene spiegato attraverso il riferimento ad un'entità materiale (*maceria* e *semita*) ed a una nozione giuridica (*murus* e *iter*)», cosicché il giurista-grammatico, «in altre parole, sembra voler chiarire che il *paries* e la *via* possono essere sia struttura materiale, sia concetto giuridico». Ora, anche non volendo insistere sul fatto che tale duplicità di accezioni vale anche per *'murus'* e *'iter'*, per cui la perfetta simmetria pretesa dall'autrice tra *definiendum* dalla duplice accezione ed esemplificazioni in cui un concetto giuridico è giustapposto ad una nozione materiale viene subito di per sé meno, l'arbitrarietà di tale simmetrica lettura emerge definitivamente se si considera come, a giudizio di editori come Franz Peter Bremer e di studiosi come Ferdinando Bona (p. 504 s.), il frammento sarebbe in realtà il risultato di una crasi operata – forse già da Gaio – tra una definizione tratta per quanto riguarda il *principium* dal primo libro dell'opera di Elio Gallo, ed invece, per quanto riguarda il § 1, come si è accennato dal secondo libro di essa: l'autrice tenta di dimostrare l'erroneità di tale prospettiva affermando in primo luogo (p. 72) che «l'accostamento di voci diverse sotto la stessa descrizione del significato in un lemma non è operazione inconsueta per Elio Gallo» (argomento magari verosimile, ma in ogni caso nella sua genericità alquanto lungi dall'essere conclusivo, e per di più affrontato in maniera troppo velocemente breve), mentre d'altra parte (p. 72 s.), stando ad alcuni indizi desumibili dal *de lingua Latina* di Varrone e dagli *originum sive etymologiarum libri* di Isi-

doro di Siviglia, essa ritiene che dovesse essere normale nei «*Duodecim Tabularum interpretes*» accostare, per la contiguità dei «problemi relativi ai rapporti di vicinato e viabilità», le servitù di passaggio all'*ambitus inter vicinorum aedificia* (ed è inutile soffermarsi sul fatto che, a questo punto, riesce difficile interpretare, come invece vuole l'autrice, '*murus*' nel senso di «cinta muraria cittadina» considerata dallo *ius sacrum*, e quindi in termini di concetto giuridico: e infatti, come notava Ferdinando Bona – p. 504 –, se anche l'ordine seguito da Elio Gallo fosse stato non alfabetico ma per materia, ed i due lemmi fossero quindi stati già in origine uniti, in tal caso il passo si riferirebbe senz'altro al tema delle servitù). Non solo, ma se alla provvisorietà di tali due argomenti per nulla definitivi si aggiunge che l'autrice, per arrivare alla spiegazione secondo cui in entrambi i casi vengono giustapposte una nozione giuridica ed una materiale, è altresì costretta a postulare una immediata continuità tra le parole '*paries est, sive murus sive maceria est*' e il seguito '*item via est, sive semita sive iter est*', considerando il dettato giustiniano nei termini di un'unica ed esatta citazione letterale da Elio Gallo, ed escludendo quindi che il giurista si potesse dopo ognuna di esse soffermare nella spiegazione della definizione fornita (cosa che ovviamente renderebbe alquanto meno facile il perfetto parallelismo definitorio che l'autrice vuole rintracciare tra i due lemmi), risulta inevitabile un certo stupore per la troppo sbrigativa agilità con cui il libro in esame dà per dimostrati risultati esegetici che in realtà non lo sono affatto (del resto, l'autrice non fa neppure cenno al problema, per tal verso fondamentale, della redazione dell'opera da parte di Elio Gallo secondo un ordine alfabetico ovvero in base a una distribuzione per materie, tuttora alquanto dibattuto), fondandosi poi come se niente fosse su di essi per ulteriori passaggi dell'argomentazione ricostruttiva, ed anzi avvalendosi altresì per attestare aspetti che – come il carattere di *res corporalis* della *via* – non sono affatto impliciti in quanto essa pretende di aver dimostrato in ordine a tali precedenti elementi (infatti l'autrice richiama poi tale testo, trattando del «funktionell beschränktes Eigentum» – p. 120 –, a dimostrazione, nientedimeno, di una originaria concezione della *via*, quale *res mancipi*, in termini di cosa corporale, poiché il passo di Elio Gallo alluderebbe, a suo avviso, anche se con lieve ma non trascurabile mutamento di prospettive, «ad una nozione materialistica della servitù attraverso il raccordo con la *semita*»).

Ancora, il rigido schematismo e la non sempre lieve forzatura dei dati a disposizione che sembra troppo sovente caratterizzare l'indagine in esame emerge, in particolare, dall'analisi di D. 8.1.4 (Pap. 7 *quaest.*), specie per quanto riguarda il § 1 ('*modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur veluti ut equo dumtaxat vel ut certum pondus vebatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur*'), di cui l'autrice tenta una esegesi (p. 148 ss.) condotta precipuamente sulla falsariga di una polemica con la lettura in chiave interpolazionistica seguita mezzo secolo fa da Siro Solazzi, che espungeva le parole '*...veluti ut equo dumtaxat ...*' specie in quanto non in linea con il fatto che tutti gli altri esempi trattano della sola servitù di *actus* (impostazione peraltro ormai pressoché superata: si vedano in particolare le osservazioni di Gennaro Franciosi, p. 120 e nt. 86). In tale un po' arbitrario contesto di riferimenti, l'autrice, se per un verso rifiuta tali censure interpolazionistiche ed accetta la verosimile genuinità dell'inciso sospetto, d'altra parte lo fa conservando in ogni caso la prospettiva di un esclusivo riferimento di tali esempi al solo *actus*, ritenendo quindi (p. 153) che, con le parole '*...veluti ut equo dumtaxat ...*', Papiniano farebbe «un esempio in cui mostra come la volontà delle parti si possa spingere sino a comprimere le facoltà dell'*actus* che lo contraddistinguono dall'*iter*, tanto da farlo coincidere con quest'ultimo»: falsariga in cui, al di là dei non sempre facili rapporti tra *iter*, *actus* e, nel caso, *via*, ed anche non considerando le difficoltà sintattiche di tali parole e la possibile correzione di '*veluti*' in '*vel*' già proposta da Paul Krüger, non sembra che tante e fondamentali conseguenze possano essere dedotte da una serie di *modi* che, in ogni caso, appaiono assumere nel testo un valore meramente esemplificativo, e dove d'altra parte, anche non considerando il successivo riferirsi del § 2 agli *intervalla dierum et horarum* (che riguardano l'*aquae ductus* ma altresì gli *iura itinerum*), proprio il fatto che il testo menzioni un caso che appare riguardare più l'*iter* che l'*actus* avrebbe forse potuto condurre l'autrice, più duttilmente, a rinunciare una volta per tutte a riferire tali ipotesi tassativamente al solo *actus*, senza arrischiarsi a volere dedurre qui, da tale incerto presupposto, una pretesa nuova conferma della propria idea ricostruttiva secondo cui il *modus*, prima di incidere sempli-

cemente sulle modalità di esercizio del diritto, avrebbe consentito ai privati di introdurre altresì nuovi tipi di servitù (cfr. p. 153). Un ulteriore argomento di cui, per un verso, non sembra vi fosse tanta necessità, e che d'altra parte non risulta certo utile a superare i ben più decisivi dubbi che, nelle sue linee di fondo, come si è visto tale tesi non riesce in ogni caso a superare.

Una certa fretteiosità in non poche argomentazioni, del resto, sembra caratterizzare sovente il libro in esame: così, ad esempio, stupisce l'affermazione (p. 207) che, nelle servitù diverse da *iura itinerrum* e acquedotto, già considerate dall'autrice, non vi sarebbero ulteriori esempi di *modus servitutis* relativi alle servitù più recenti, a parte «un indiretto accenno di Ulpiano al *modus servitutis* in tema di *refectio del paries*, nella *servitus oneris ferendi*» (D. 8.5.6.5), mentre invece subito dopo, trattando dell'*adpulsus pecoris* (p. 208 ss.), viene ricordato D. 43.20.1.18 (p. 223 s.), ove si fa chiara menzione di un *modus* (la stessa autrice – p. 224 – ricorre a tale termine) volto a limitare tale servitù in relazione al numero di animali conducibili al *fons* (dubbio mi sembra invece, anche se l'autrice – p. 226 – sembra tendere a concepirlo in tale dimensione, che possa essere considerato un *modus* l'obbligo di condurre l'acqua mediante un *rinus apertus*, senza possibilità di poterlo interrare, di cui parla Paolo, citando Labeone, in D. 43.21.2).

Inoltre, il lettore ha talvolta l'impressione di una certa assenza, nella trattazione, di reali approfondimenti su punti non secondari delle fonti considerate, come ad esempio (p. 1 s.) il fatto che venga accettata come piana ed aproblematica l'affermazione di Papiniano, in D. 8.1.4.pr. ('... *sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius retulit et sibi placere*'), secondo cui la costituzione di servitù *ad tempus* o *sub condicione* può essere in ogni caso tutelata attraverso l'*exceptio doli* (circostanza che ha tormentato non poco la dottrina romanistica in materia e cui l'autrice non ritiene invece di dedicare neppure una breve nota).

Ancora, lascia ad esempio perplessi il fatto che, in relazione alle affermazioni di D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*), ove si parla della configurabilità di un'*actio negatoria* ('... *posse igitur ... agere ius illi non esse id ita facere ...*') sganciata dalla corrispondente esistenza di una *vindicatio* e quindi di una effettiva servitù di tale tipo, l'autrice (p. 299 ss.), accettando la genuinità della *servitus fumi immittendi*, si limiti tuttavia, in ordine al problema generale, in relazione al quale ha testé richiamato le opposte posizioni dottrinali, a registrare (p. 302 s.) «l'esistenza della tendenza riscontrata soprattutto serviana, e in particolare in Alfeno, ad estendere l'*actio negatoria* a tutelare situazioni non necessariamente configurate come servitù», ove la scelta di risolvere il complesso problema attraverso tale affermazione piuttosto generica – la quale, se in apparenza vorrebbe essere non troppo impegnativa, risulta in realtà una prospettiva interpretativa, anche se l'autrice non sembra accorgersene, di non secondario momento – appare non solo superare tale punto in maniera alla fine piuttosto acritica, ma, molto di più, rendere altresì alquanto fragili nei loro stessi fondamenti le successive affermazioni dell'autrice in ordine alla supposta *servitus fumi immittendi*, dato che l'esistenza di una simile servitù, ovviamente, potrebbe venire travolta alla radice se il problema generale che le sta a monte, ossia la generale classicità del frammento in ordine all'ammissibilità di azioni negatorie prive di una corrispondente *vindicatio* e quindi di un sotteso rapporto di servitù, venisse risolto in senso negativo in vista dei non pochi sospetti di interpolazione e, più latamente, di corruzione che gravano sul passo in questione.

La stessa tendenza ad evitare quanto più possibile ogni problema interpolatorio, e quindi ogni reale esegesi dei passi e con essa una soluzione virtualmente definitiva dei vari problemi sottesi, si riscontra anche in altri luoghi, in cui l'autrice giunge per vie traverse a considerare non genuina una determinata soluzione pur evitando ad ogni costo qualsiasi esplicita accettazione di interventi successivi sui testi in esame (è ovvio, infatti, che essa, come mostrano tra l'altro – p. 53 – le critiche ad Alessandro Corbino per il «limite di fondo della sua ricostruzione, ossia l'uso massiccio del metodo interpolazionistico», condivide con la più diffusa dottrina romanistica odierna quel pregiudizio di fondo che considera ineducato e immorale se non reazionario espungere dai testi classici quanto si può far risalire a interventi postclassici e giustiniani). Il che costringe l'autrice a dissimulazioni e contorcimenti argomentativi che sconcertano il lettore e rendono alquanto difficile una piana lettura dei procedimenti logici che la trattazione segue per pervenire a determinate soluzioni, come nel li-

bro in esame avviene soprattutto a proposito del problema dell'esistenza nel diritto classico di servitù quali lo *ius altius tollendi* e lo *ius luminibus officiendi* (p. 257 ss.). L'autrice, infatti, tende a minimizzare la dottrina, per vari versi tuttora dominante, che fa capo in particolare a Biondo Biondi, secondo cui i classici avrebbero conosciuto soltanto le servitù *altius non tollendi* e *ne luminibus officiatur*, mentre sarebbe stata soltanto la legislazione di Leone, Zenone e Giustiniano ad introdurre, quale metodo di superamento convenzionale dei limiti legali della proprietà urbana, diritti quali quello di *altius tollere*, sussunti dal diritto postclassico in termini di «servitù»: cosicché essa prende le distanze da tale ricostruzione affermando (p. 260) che «una simile ipotesi interpretativa, se ha il pregio di una costruzione simmetrica, è tuttavia costretta ad ammettere il rimaneggiamento post-classico e giustiniano delle fonti classiche» (impostazione che, evidentemente l'autrice tende a considerare una colpa senza possibilità di riscatto). Maria Floriana Cursi risulta quindi più portata ad accettare (p. 260) le teorie in materia di Giuseppe Grosso, che, pur d'accordo con le linee essenziali della ricostruzione di Biondo Biondi, salva tuttavia la classicità di quei testi che si limitano a parlare di uno *ius altius tollendi* senza definirlo in termini di servitù, visuale che lo studioso considera semplice espressione della libertà del *dominus* di 'facere in suo', mentre a suo avviso il riferimento di Gai., *inst.* 4.3, ad una simile servitù ('*in rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa*') sarebbe semplicemente da spiegare come il frutto della confusione del giurista tra la formula usata nelle *in iure cessio* volta a rimettere la servitù e le parole della *vindicatio*. Vengono quindi richiamate dall'autrice (p. 261) le posizioni di Alan Rodger e di J. Michael Rainer, che com'è noto, «non senza fare i conti con il pur innegabile rimaneggiamento post-classico e giustiniano dei testi in esame» – essa qui incidentalmente ammette –, in ogni caso, sia pur con argomenti diversi, «hanno ribadito» (scelta lessicale non chiara, perché sinora sono state richiamate soltanto posizioni di segno contrario, ma forse *lapsus* alquanto illuminante sulle generali idee dell'autrice in ordine a tali problemi di genuinità) «la classicità della *servitus altius tollendi*».

Recate tali premesse, l'autrice si sforza (p. 262 ss.) di mostrare come in realtà nella «maggiore parte dei testi» la *servitus altius tollendi* compaia in contesti ove «la natura del diritto o della servitù si chiarisce attraverso l'esame di un caso concreto», soprattutto «in relazione al danno che l'innalzamento dell'edificio arreca ai *lumina* del fondo vicino», anche se, contro il diritto di sopraelevazione del *dominus*, in assenza di una specifica *servitus altius non tollendi*, «non può opporsi alcunché» (come enuncia chiaramente Ulpiano in D. 8.2.9: '*cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*'), e si sofferma su alcuni frammenti ed in particolare su D. 8.2.10, cercando di dimostrarne, con gli assai deludenti risultati che saranno esaminati tra breve, la completa genuinità anche nel dubbio finale, e conclude, accettando definitivamente la ricordata ricostruzione di Giuseppe Grosso, nel senso che classicamente esisteva la sola *servitus altius non tollendi*, cui era giustapposto lo *ius altius tollendi* del *dominus*.

In pratica, quindi, l'autrice riesce così a difendere la classicità dei testi esaminati, senza mai accettare esplicitamente la presenza di interventi postclassici o giustiniani in materia, pur accogliendo una tesi che presupponeva, inevitabilmente, interpolazioni di tale tipo. E infatti essa, trattando più oltre (p. 346 ss.) dei cd. limiti legali della proprietà nel diritto postclassico e giustiniano, ammette senza problema che in tale periodo, in relazione alle costruzioni urbane, si assiste alla «nascita» delle servitù *altius tollendi* e *officiendi luminibus vicini* nonché di altre figure analoghe quali lo *ius stillicidii non avertendi*, ammissione che ormai, ovviamente, non le è più difficile, dato che, in relazione al diritto del V e VI secolo, si tratta ormai di una «introduzione» di nuovi principii, e non più della «interpolazione» dei testi classici in materia (p. 353 e 355). Tuttavia, nella cura che il libro ha nell'evitare di ricorrere a tale aborrita metodologia ricostruttiva, questo risultato è in ogni caso raggiunto evitando di trattare dei non pochi testi (D. 8.2.2, D. 8.3.2.pr., D. 8.2.1.pr., D. 8.2.11.pr.-1, D. 8.4.7.1) ove, nella stessa spiegazione seguita dall'autrice, risulterebbe inevitabile scorgere evidenti corruzioni del dettato classico, e che infatti vengono richiamati in nota in maniera del tutto anodina e senza alcun imbarazzante commento (p. 262 nt. 192 ss.): perfino un testo come D. 8.2.11.pr. (Ulp. 1 *off. cons.*), in

cui compaiono – ‘*qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere*’ – le stesse parole della costituzione di Zenone riportata in C.I. 8.10.12.1, sfugge quindi, nella trattazione di Maria Floriana Cursi, ad ogni esplicito sospetto di interpolazione.

Piuttosto che ammettere l'esistenza di interpolazioni, dunque, si preferisce censurare i passi che innegabilmente le contengono.

10. Ma al di là di tali pudori antinterpolazionistici, quello che più sconcerta e imbarazza nella trattazione dedicata dal libro in esame (p. 264 ss.) alle servitù *altius non tollendi* e *ne luminibus officiat* è l'esegesi, per usare tale termine, di D. 8.2.10 (Marcell. 4 dig.): ‘*Gaurus Marcellus: binas aedes habeo, alteras tibi lego, heres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est, ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis. ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione*’.

Il passo, che prende in considerazione due fondi lasciati uno all'erede e l'altro ad un legatario, è nella parte iniziale (‘...*non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium*...’) dello stesso tenore della ricordata regola generale enunciata da Ulpiano in D. 8.2.9 (‘*cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*’), ma la chiusa (‘...*sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione*’) risulta in irrimediabile contrasto con quanto la precede e sembra anzi improntata a quel criterio di contemperamento spicciolo degli opposti interessi che Emilio Albertario definiva efficacemente «empirismo della decadenza», così da apparire con ogni verosimiglianza interpolata.

Tuttavia l'autrice (p. 268 ss.) tenta egualmente di salvare la classicità di tale enunciazione finale considerando tale limite dello *ius tollendi* del *dominus* nei termini di una sorta di *adminiculum* dell'usufrutto al pari dell'*iter* che com'è noto si deve concedere al *fundus fructuarius* intercluso o dell'*iter* che analogamente nell'*aquae haustus* ‘*ad hauriendum praestaretur*’, richiamando in tale prospettiva un testo di Paolo (3 *ad Sab.*) che, come ammette Otto Lenel, sembra riferirsi direttamente a tale passo di Marcellus (D. 7.1.30: ‘*si is, qui binas aedes habeat, aliarum usum fructum legaverit, posse heredem Marcellus scribit alteras altius tollendo obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam obscuratis aedibus. quod usque adeo temperandum est, ut non in totum aedes obscurantur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant*’).

Il passo di Paolo – che pur non risulta certo insospettabile nell'assoluta e completa classicità del suo dettato – si riferisce in ogni caso al solo usufrutto, senza nulla dire del legato di proprietà, così come avviene anche nell'altro testo, di Ulpiano, richiamato dall'autrice (D. 7.6.1.4: ‘*sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum et aquarum, an vero non? et puto eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas*’), testo che peraltro, anche senza considerare il dubbio ricorso al termine ‘*servitus*’, risulta alquanto meno concessivo nei confronti del *fructuarius* per quanto riguarda la luminosità della casa, che, sembrerebbe, pur anche se oscurata rimarrebbe comunque sempre usufruibile.

Ma per Maria Floriana Cursi la riprova che tale regola si applicava non solo al legato di usufrutto ma altresì al legato di proprietà è da rintracciare – con singolare confusione tra quanto è già dimostrato da quanto costituisce invece proprio il punto da dimostrare – nientedimeno che proprio nel passo di Marcellus.

Infatti, essa inizia con il travisare il passo di Ulpiano affermando (p. 268) che in D. 7.6.1.4 il giurista «è del parere che al legatario si debbano prestare le servitù (tra le quali anche gli *iura lumi-*

num) e le utilità senza le quali non potrebbe servirsi della cosa data in usufrutto»: cosa che invece Ulpiano non dice affatto, poiché se è vero che egli riconosce a questi esclusivamente le utilità *'sine quibus omnino uti non potest'*, nel testo non vi è alcun indizio per desumere che in tale categoria rientri anche la «servitù» di luci, ed anzi il giurista sembra semmai prossimo a quanto affermato da Marcello nella prima – e genuina – parte di D. 8.2.10, ossia che *'habitare autem potest et aedibus obscuratis'*.

Ma quanto più lascia esterefatto il lettore, se attento, risulta, come si accennava, la *nonchalance* del passaggio con cui tali principii, già dubbi per quanto riguarda l'usufrutto, vengono tranquillamente subito estesi al legato di proprietà, senza che neppure risulti che la trattazione pervenga a rendersi conto della estrema problematicità di tale passaggio: infatti, continua l'autrice, «nell'esemplificare questo principio, Ulpiano fa proprio il caso di un fondo dato in usufrutto (ma lo stesso potrebbe dirsi, almeno rispetto all'ipotesi della sopraelevazione dell'edificio, se fosse stato concesso in proprietà, come si legge in Marcello) per accedere al quale è necessario passare per il fondo dell'erede».

Già questa frase è per il lettore un colpo molto duro (e su tali aspetti si tornerà tra breve), ma le sorprese non sono finite: se infatti per l'autrice non sembra esservi nessuna differenza tra un *adminiculum* strumentale ad un diritto temporaneo ed una definitiva servitù, essa subito dopo giunge altresì a richiamare a suffragio di tali sconcertanti affermazioni (nt. 211) un passaggio di D. 8.2.10 che se considerato con attenzione risulta dire esattamente il contrario di quanto da lei testé affermato: infatti l'escerto citato (*'...idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum ...'*), così isolato può a prima vista apparire in sintonia con quanto detto nel testo dall'autrice, ma se si considera passaggio nella sua interezza (*'Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis'*) subito ci si accorge come in realtà esso inizi ben diversamente con una affermazione della assoluta liceità della sopraelevazione (*'...non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est ...'*) e si concluda con una netta contrapposizione tra il diritto alle luci e il passaggio per il *fundus fructuarius* intercluso (*'...quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis ...'*), così da smentire nella maniera più immediata ed esplicita le illazioni di Maria Floriana Cursi. Ed è meglio non azzardare congetture circa la spontanea domanda che immediatamente sorge, ossia se si tratti qui di una pur imperdonabile leggerezza nella lettura dei testi giuridici latini ovvero di una sorta di tendenza a manipolarli sezionandoli al punto di farli apparire affermare l'esatto contrario di quanto in realtà dicono, magari nella speranza che il lettore sia abbastanza annoiato e distratto da non accorgersi per la fretta dell'errore.

Quindi, per l'autrice, le utilità o *adminicula* che il *dominus fundi* deve temporaneamente prestare all'usufruttuario risultano senza problema essere la stessa cosa di una definitiva servitù costituita dall'erede a favore del legatario, cosicché essa – senza accorgersi menomamente del carattere assolutamente atecnico con cui Ulpiano usa in D. 7.6.1.4 il termine *'servitus'* in relazione alle *utilitates* che deve prestare al *fundus fructuarius* il fondo ereditato dal nudo proprietario – pone senza alcuna remora i due fenomeni su di un medesimo piano, per cui, dopo aver concluso il discorso precedente dicendo che Ulpiano, «come Marcello, non ha dubbi che il passaggio sia dovuto quale *adminiculum* dell'usufrutto», subito così continua, in riferimento al legato di proprietà e alle servitù in senso proprio (p. 268 s.): «come si vede, la valutazione comparativa tra il godimento del bene legato e gli obblighi dell'erede porta i *prudentes*, nel caso del legato di un fondo intercluso, a riconoscere la necessità della costituzione di una servitù di passaggio (si può discutere, a questo punto, se debba concedersi un *iter* o una *via*) a carico del fondo dell'erede», citando ancora una volta in nota, dopo tale spavaldo delirio, un frammento di Ulpiano (D. 7.6.1.3) che è, ovviamente, sempre e soltanto relativo all'usufrutto (*'utrum autem aditus tantum et iter an vero et via debeatur fructuario legato ei usu fructu, Pomponius libro quinto dubitat: et recte putat, prout usus fructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum'*).

A questo punto, si può solo sottolineare che, in tale assurda sovrapposizione dell'*adminiculum* del-

lo *ius utendi fruendi* alle servitù in senso proprio, l'autrice non si sente in dovere di citare – e, si deduce, di controllare – alcuna trattazione dottrinale in materia, né per quanto riguarda l'usufrutto (ove le sarebbe stato agevole vedere che tali utilità non costituiscono affatto una «servitù») né per quanto riguarda, soprattutto, il problema del fondo intercluso e delle cosiddette servitù coattive (dove le sarebbe del pari facile venire a sapere che un simile istituto non è affatto previsto nel diritto romano, neppure postclassico e giustiniano). E, di fronte a tanta tetragona sicurezza, è meglio evitare ogni ulteriore commento.

11. In conclusione, l'aspetto potenzialmente positivo del libro in esame, ossia il richiamare l'attenzione sul ruolo svolto dagli adattamenti operati dai privati sulle servitù esistenti in un processo idoneo a trasformarle dall'interno e quindi a far nascere da esse nuovi tipi di servitù, appare nel complesso risolto dall'autrice in maniera piuttosto insoddisfacente, in un abbozzo di massima che si limita ad invocare non meglio specificate funzioni risolutive delle *leges mancipi* senza procedere ad un compiuto esame dei problemi che tali adattamenti negoziali avrebbero comportato nel quadro dell'ordinamento, specie processuale, romano, e soprattutto senza tentare neppure di risolvere la questione, pur fondamentale, delle modalità con cui fu possibile, specie per quanto riguarda gli *iura itinerum*, superare il modello legale della *via* previsto dalla legislazione duodecimtabulare.

In tale inconclusività della trattazione delle questioni in materia fornita dall'autrice, ciò che resta davvero è la necessità di una riconsiderazione – che essa suggerisce al lettore senza peraltro giungere a rendersi conto di tale punto – del rapporto tra la predisposizione da parte della giurisprudenza, in primo luogo pontificale, di negozi costitutivi delle servitù secondo modalità idonee a rispecchiare quanto più possibile le concrete necessità delle parti (*cavere*) e la soluzione, sempre da parte dei *prudentes*, dei problemi che tali adattamenti implicavano nel regime delle servitù esistenti, e in primo luogo nella loro tutela processuale (*agere*). Ma questo aspetto, per quanto interessante, attende tuttora una risposta, e non sembra che il libro in esame offra in tal senso neppure un principio di soluzione.

Al di là dei molti schematisti dogmatici alquanto aprioristici, che l'autrice non riesce a superare, e di una considerazione piuttosto astratta dei problemi in materia, che fatica a tenere conto delle reali necessità agricole che il diritto era chiamato a rispecchiare, quello che come si è visto sorprende il lettore appare una metodologia che, anche su punti affatto decisivi dell'argomentazione, tende a superare non pochi ostacoli in maniera piuttosto sbrigativa e priva di effettivi approfondimenti, ricorrendo sovente alla scappatoia di far balenare possibili vie di soluzione, magari tra loro alternative, attraverso frasi espresse da verbi al condizionale, senza giungere a nessuna virtuale dimostrazione esaustiva della questione, ed anzi evitando in maniera pressoché programmatica aspetti testuali che – come si è ad esempio visto avvenire in ordine all'interpolazione di non pochi testi in materia di *servitus altius tollendi* – risultano di per sé non in sintonia le scelte ricostruttive dell'autrice.

Così, in primo luogo, essa sembra quasi intenzionalmente evitare l'esiziale problema della compatibilità di una archetipica visione proprietaria delle servitù rustiche con il fatto che l'unica norma del diritto arcaico a nostra disposizione – *tab. VII.7* – prevede ben diversamente, finché il *dominus* del fondo servente non provveda, nel caso, alla *munitio* della strada, che il diritto di passaggio gravi su tutta la superficie di esso, e per di più, come si è visto, tende a intorbidare i termini del problema concependo tale servitù, oltre che come comproprietà della striscia di terreno su cui insiste, altresì in una dimensione di «proprietà funzionale» e persino, con apparente contraddizione in ogni caso non spiegata al lettore, di «facoltà» nonché di *'potestas'*.

Ma, molto di più, grava sulla ricerca una generale carenza di conoscenze processuali, che se per un verso si traduce in una attenzione assai scarsa verso gli aspetti contenziosi del diritto romano, d'altra parte porta non poche volte ad incomprensioni dei testi esaminati che ne compromettono ogni possibilità di corretta esegesi. In particolare, appare paradossale, in una studiosa del diritto, l'idea che la tutela giurisdizionale possa risultare inutile solo perché l'ordinamento prevede criteri sostanziali di risoluzione della controversia, così come la visuale secondo cui le servitù possano sorgere dall'attività negoziale privata senza che l'ordinamento debba, quantomeno, rispondere a tale

innovazione attraverso la predisposizione di una idonea tutela processuale. Ancora di più, la scarsa cognizione dei meccanismi tecnici della tutela interdittale non può che impedire alle sue stesse radici qualsiasi vera ricerca vertente proprio su un tema quale quello dei *modi servitutis*, figura che nel procedimento decretale trova la propria prima e fondamentale forma di protezione e, con essa, la falsariga elaborativa della propria disciplina generale da parte dei *prudentes*, individuata casisticamente da questi ultimi in base ai problemi concreti per tal via sottoposti alla loro attenzione: ritenere che la *prohibitio* possa essere, anziché il presupposto dell'interdetto, una reazione a quest'ultimo da parte dell'intimato, o ancora che gli *interdicta de aqua* presuppongano l'accertamento del titolo costitutivo, significa non soltanto equivocare i testi in materia, ma, soprattutto, non possedere, in uno studio su di un argomento come questo, il necessario quadro di riferimenti generale in relazione al quale procedere nel proprio lavoro.

La mancata conoscenza di tali aspetti processuali, unita ad un uso acritico di categorie moderne di per sé alquanto lontane dalla realtà delle forme contenziose romane, come avviene nell'idea invero peregrina di vedere nell'atto di esercizio annuale e nella «buona fede» della «condizioni di procedibilità» degli *interdicta de aqua*, che il pretore dovrebbe accertare prima di concedere l'interdetto, è sistema tale da non poter portare se non a risultati alquanto sconsolanti, specie se ad esso si somma la presunzione di non andare quantomeno a controllare quali sono, secondo la comune dottrina, i ben più limitati compiti che il magistrato ha nella fase *in iure* di tale procedura. Forse, quello che manca è in realtà una sufficiente conoscenza istituzionale del diritto romano, tale da far balenare – prima di procedere, senza alcun riferimento dottrinale, ad affermazioni quali la piana esistenza nel diritto classico di servitù coattive – un dubbio, un sospetto, una esitazione, una vaga reminiscenza o un puntiglio verificatorio che, quantomeno, conduca appunto a guardare che cosa dicono su tale punto i normali manuali in uso tra gli studenti di primo anno.

12. Prima di concludere, in ogni caso è doveroso da parte mia ammettere come Maria Floriana Cursi effettivamente abbia in buona parte ragione almeno in una delle critiche che mi nuove: infatti (*La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, p. 469 ss.) io affermavo che una riprova della divisibilità dell'*aqua aestiva* secondo *intervalla dierum et horarum* – che di per sé doveva in ipotesi poter risultare utile alle esigenze agricole e che, da un punto di vista dogmatico, sembra d'altronde in sintonia con la logica sistematica sottesa al regime dello *ius aquae ducendae* – poteva dedursi da un passo di Giuliano (4 *ex Min.*) riportato da D. 43.20.5.pr., in cui si afferma che una servitù di *aqua cottidiana* può senza problema coesistere con una servitù di *aqua aestiva*. In realtà, le parole di Giuliano – ‘*cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius cottidianam, alius aestivam aquam ducere ...*’ – risultano più che altro ricollegare la possibilità di tale duplice sfruttamento del *fons* alla divisione dell'acqua attraverso due derivazioni distinte ma parallele, ossia ad una divisione attuata non in base ad un'alternanza consistente in *intermissiones temporis*, bensì in relazione alla quantità idrica che ciascuno dei due titolari deriva contemporaneamente dalla sorgente (‘...*non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi ...*’): ed il fatto che la coesistenza di *aqua cottidiana* ed *aestiva* risulti dunque collegata direttamente a tale seconda modalità appare in effetti smentire la pretesa riprova della possibilità di costituire l'*aqua aestiva* secondo *intervalla dierum et horarum*. Ha quindi perfettamente ragione Maria Floriana Cursi (p. 193 nt. 89) a sottolineare come in realtà «l'assenza di fonti in proposito, posta l'irrelevanza di quelle ricordate dallo Zuccotti, non consente di andare oltre mere congetture», anche se essa stessa non esclude «che anche l'*aqua aestiva* potesse essere in via d'ipotesi, oggetto di ulteriori scansioni temporali» (cfr. anche p. 195 nt. 92).

In realtà, a suggerire tale mia lettura del *principium* di 43.20.4 era stata una considerazione generale dei testi di Giuliano che lo precedono e lo seguono – della quale peraltro avevo evidentemente trascurato di dare atto – da cui la tesi in questione risultava in certo modo corroborata. Infatti, in D. 43.20.4, viene riportato un escerto dal quarto libro dei *digesta* di tale giurista in cui si ricorda come chi ha ceduto a taluno uno sfruttamento parziale del *fons*, può in ogni caso costituire una ulteriore servitù a favore di un altro vicino, in maniera tale che essi possano sfruttare l'acqua, nel caso attra-

verso lo stesso canale, sia contemporaneamente sia separatamente (*vel simul vel separatim*), ossia tanto dividendola *mensuris* quanto alternandosi in tale derivazione, prevedendo infine che, nel caso essi non si accordino su tali modalità di esercizio, possano ricorrere ad un *iudicium utile* all'*actio comuni dividundo*: *‘Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant. respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit’.*

Se tale frammento – che ovviamente presenta ulteriori e decisivi problemi esegetici che non è qui il caso di affrontare (cfr. tra l'altro *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, p. 455 nt. 272) – prevedeva in generale, e senza alcuna esplicita limitazione all'*aqua cottidiana*, lo sfruttamento in parallelo così come in maniera alternata dell'acquedotto, risultando anzi lasciare agli stessi titolari tale scelta, in una lettura un po' affrettata avevo probabilmente inteso negli stessi termini l'alternativa tra *tempus* e *mensura* del *principium* di D. 43.20.5 (*‘cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius cottidianam, alius aestivam aquam ducere, ita ut aestate dividatur inter eos aqua, hieme solus ducat is qui cottidianae ius habeat’*), anche perché se lo si volesse intendere in maniera troppo rigida e letterale, il testo in esame parrebbe dire che la coesistenza di *aqua cottidiana* ed *aestiva* è possibile (*‘...potest eodem tempore alius cottidianam, alius aestivam aquam ducere ...’*) in quanto, da un punto di vista concretamente pratico, l'acqua può essere divisa *mensuris* (*‘...cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi ...’*), cosa che sarebbe di per sé certo assurda, dato che, in realtà, empiricamente una divisione attuata *temporis* è ovviamente sempre possibile in concreto, e semmai, in ipotesi, l'impossibilità potrebbe al massimo essere soltanto giuridica.

Inoltre, tale più duttile lettura era altresì confortata in certo modo dal § 1 di D. 43.20.5, che riprende per vari versi le problematiche trattate nel frammento 4 non solo affermando che i due titolari della servitù possono liberamente accordarsi nel dividersi lo sfruttamento dell'acqua, ma giungendo persino a ritenere, nel *favor servitutis* che Giuliano sembra qui seguire, che anche qualora essi si siano scambiati gli orari che competevano loro, sfruttando quindi l'acquedotto ognuno in orari diversi da quelli per lui previsti, neppure in tal caso essi perderanno la servitù per non uso (*‘inter duos, qui eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant, convenit, ut permutatis inter se temporibus aqua uterentur: quaero, cum amplius tempore servitutibus praefinito ita duxissent, ut neuter eorum suo tempore usus esset, num ius utendi amisissent. negavit amisisse’*): cosicché anche questo testo – al di là dei non secondari problemi interpretativi posti (cfr. tra l'altro *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, p. 361 nt. 133), risultava ai miei occhi implicare una visione alquanto liberale di tali questioni da parte di Giuliano che rendeva di per sé improbabile una invece rigida posizione che escludesse che la coesistenza di *aqua cottidiana* e di *aqua aestiva* potesse avvenire anche attraverso *intervalla dierum et horarum*, oltre che mediante una divisione attuata *mensuris*.

Per tal verso (a parte D. 8.6.7, Paul. 13 *ad Plaut.*, che richiamavo più che altro per la sua contiguità di argomenti con D. 43.20.5.1, e non come una vera e propria prova della possibilità di dividere l'*aqua aestiva* secondo *intermissiones temporis*, come mi rimprovera Maria Floriana Cursi) potrebbe infine essere ricordato un passo di Nerazio (4 *reg.*) conservato da D. 8.3.2.1-2, in cui si afferma che l'alternativa tra sfruttare il *fons*, nelle servitù in collisione, secondo *intervalla dierum et horarum* ovvero contemporaneamente è altresì e soprattutto un problema concreto da risolvere in base alla sufficienza o meno dell'acqua, dato che solo se essa è tanto abbondante da consentire uno sfruttamento parallelo da parte di più titolari sarà possibile dividerla *mensuris*, mentre se ciò non è possibile in vista dell'esiguità della sorgente sarà inevitabile ricorrere ad una divisione secondo scansioni temporali, in una prospettazione del problema alquanto duttile e possibilista ove, anzi, quasi in un rapporto tra regola ed eccezione, l'ipotesi normale sembra essere quella delle *intermissiones temporis*, e la soluzione dello sfruttamento contemporaneo del *fons*, possibile solo ove vi sia una notevole capacità idrica di quest'ultimo, l'ipotesi invece più rara (*‘aquae ductus et haustus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur: si aquae ductus vel haustus aquae sufficiens est,*

potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et isdem diebus vel horis ducatur”).

In ogni caso, ha certamente ragione Maria Floriana Cursi nel sottolineare che, a rigore, non risulta propriamente esistere nessuna fonte che, in maniera positiva ed esplicita, affermi che l'*aqua aestiva* può essere divisa in base ad *intervalla dierum et horarum*.

Tutti i colori di Gaio

... ero ormai uscito fuori dall'ombra dell'Impero Romano, che ci ha dominato dalla culla con le rovine dei suoi monumenti, le cui leggi e la cui letteratura ci assediavano da ogni parte, piene di divieti e costrizioni. Ora potevo vedere cosa mai potessero essere gli uomini i cui padri non avevano mai letto Virgilio, né erano mai stati conquistati da Cesare, né mai erano stati governati dalla sapienza di Gaio e di Papiniano.

Robert Louis Stevenson, *In the South Seas*

... chi disconoscete / cerchiato ha il senno di fredda tenebra / e a lui nel reo cuore germoglia / torpida la selva di barbarie

Giosue Carducci, *Odi barbare*

1. L'entusiasmo destato tra i cultori delle materie giusantichistiche dal nuovo insegnamento dei «fondamenti romanistici del diritto europeo» (rimasto del resto alquanto lontano, sul piano pratico, dai pirotecnici risultati che nel suo sorgere esso pareva promettere) deve oggi tenere altresì conto delle non poche reazioni che tale novità ha destato tra gli studiosi di altre discipline e persino tra gli stessi romanisti: reazioni di vario genere, ed altresì di alquanto diversa levatura, ma in ogni caso sovente drastiche non solo nel negare l'utilità di tale studio universitario, ma altresì, alla radice, i suoi stessi presupposti strutturali, ossia la configurabilità del diritto romano e della tradizione romanistica quali «fondamenti» del cosiddetto diritto europeo, anche e soprattutto agli effetti di quello che potranno essere, in futuro, gli eventuali ordinamenti giuridici dell'Europa unita.

Ed uno dei forse più vementi (e, in alcune sue parti, invero assai scomposti) attacchi a tale impostazione viene tra l'altro da un volumetto dal titolo «*Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*» (Bari, Carocci, 2005, p. 262), composto da tre capitoli dovuti a Pier Giuseppe Monateri (*Gaio nero*), Tomasz Giaro (*Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*) e Alessandro Somma (*Da Roma a Washington*), preceduti, oltre che da una *Avvertenza* dei tre autori, da una *Presentazione* (*La lotta per il nomos dell'Europa*) dovuta a Mario Ascheri.

Il libro si presenta di livello non eguale negli argomenti recati alla tesi comune – specie in quanto dei tre studiosi soltanto Tomasz Giaro è romanista ed è quindi in grado di parlare di tale materia con cognizione di causa, mentre non soverchi sforzi in tal senso sembrano essere stati fatti dagli altri due autori, entrambi comparatisti – ed è interessante non tanto per le critiche recate all'attuale situazione della romanistica (pur in certa parte magari anche accettabili, ma il più delle volte, quand'anche serie, semplicemente fuori segno e fondate su astratte esasperazioni di matrice più che altro ideologica), quanto piuttosto per l'implicito disprezzo di fondo che i cultori di altre discipline sembrano non avere problemi ad usare trattando del diritto romano, di cui si sentono evidentemente legittimati a parlare, criticandolo oltre ogni misura e buon senso, senza purtuttavia peritarsi neppure menomamente di controllare l'esattezza degli aspetti di esso via via richiamati, in un affastellarsi di errori incredibili che persino uno studente diligente avrebbe potuto provvedere a correggere: una superficialità che, è da temere, mostra al di là di ogni convenzionale cortesia universitaria la ben scarsa considerazione che oggi si tende ad avere della nostra disciplina da parte di chi le sia estraneo e con ciò, potenzialmente, avversario. Ed è questo, molto più che il tema specifico affrontato dal libro, che lo rende in certo modo interessante e persino istruttivo per i romanisti.

2. La *Presentazione* di Mario Ascheri (p. 11 ss.: *La lotta per il nomos dell'Europa*) parte dal carattere *in fieri* ed inconcluso dell'identità europea e degli «itinerari contraddittori dei processi di unificazione» che le sono propri, frastornando il lettore con non meglio specificati «generosi slanci popolari e giovanili», interventi internazionali spregiudicati, politiche ufficiali di pace e piani di cooperazione con l'attuale regime vietnamita, per chiedersi quindi, nell'alveo di tale voluto effetto straniante, di «quale Europa» si debba parlare tra i tanti multiformi aspetti presentati da tale realtà ancora inconclusa.

In tale falsariga, volgendosi all'attuale «dibattito accanito» circa la tradizione romanistica ed in generale occidentale, specie nella sua eventuale valenza unificante del diritto europeo, si arriva così a presentare il tentativo (polemico e «d'assalto» ma molto «proficuo») di «destrutturazione di convinzioni largamente radicate sulle tradizioni» compiuto dai tre autori secondo prospettive «in gran parte omogenee» (p. 12), proseguendo e persistendo in tale metodo deformante che, attraverso la enfaticizzazione dei vari aspetti di un fenomeno, tende a giungere, grazie alla sua preventiva parcellizzazione, alla implicita negazione del fenomeno stesso nella sua unitarietà. Ci si chiede quindi (p. 12) «ma che cos'è a ben vedere questo 'diritto romano'?» – «quello delle origini (divenuto il diritto di un popolo nordico nelle pagine di un grottesco nazista ricordato da Somma), o quello formalistico e arretrato della repubblica e dei giuristi classici (presentato con riferimento alle pratiche di patronato nelle pagine di Monateri) o quello del tardo impero, paradossalmente 'moderno' pur se prodotto in un mondo di tirannia 'orientale'?» –, così da far mostra di descrivere in maniera apparentemente oggettiva il diritto romano secondo le invece assai parziali prospettive degli autori del libro (si vedranno in particolare le curiose asserzioni fatte dal libro in materia di «patronato»), e nello stesso modo frantumando in segmenti presentati come tra loro incompatibili la «tradizione romanistica» (quella di un «diritto comune altomedioevale, dei secoli VI-XI, prebolognese»? quella del «diritto bassomedievale»? quella delle dottrine umanistiche ed antimedievalistiche? quella dell'*usus modernus pandectarum*?), così da dare al lettore, pur in una prospettiva che vorrebbe forse sintonizzarsi con i metodi descostruttivi degli autori del libro, una immediata ed oggettiva impressione della inesistenza di tali fenomeni giuridici in quanto tali: e infatti, non a caso, alla fine ci si chiede (p. 13) «fino a che punto, a parte le continuità lessicali ovvie, si può parlare di 'diritto romano' di fronte a cesure così ripetute e importanti verificatesi nel corso dei secoli è appunto da discutere, e non poco».

Così, negando che un diritto o una tradizione possano rimanere unitari pur negli inevitabili mutamenti storici attraverso i quali non possono che passare, l'inesistenza di fondo del «diritto romano» e della «tradizione romanistica» viene ribadita, anche su di un piano contenutistico e di valore, anticipando e dando per dimostrata la tesi, oggetto del primo dei tre studi, secondo cui il diritto romano non sarebbe se non il frutto della «recezione» di elementi propri di tradizioni diverse, da quelle babilonesi ed egiziane – ovviamente «assai più progredite» di esso – sino a quella ellenistica (p. 12 s.), stemperando ogni sua eventuale valenza residua in plurali dilatanti, volti a negare la realtà effettiva di quanto può essere connesso a tale diritto, dai «diritti comuni» (p. 13) che non sarebbero assolutamente stati «diritto romano» (nel senso – si noti la non trascurabile equivalenza esplicitata dall'autore stesso – che non sarebbero stati «solo» diritto romano) sino (p. 15) a un «diritto romano» che è ovviamente meglio indicare *ad abundantiam* come «diritti romani».

D'altra parte, se la tradizione europea del diritto, si precisa, «non ha un passato propriamente cristallino» (p. 15: le pretese implicazioni «naziste» del diritto romano, sovente erronee altresì nei loro presupposti di fatto, costituiscono del resto il *leitmotif* di non poca parte del volume), essa viene vista negativamente – rifacendosi al terzo saggio – altresì per le sue implicazioni liberiste, mentre per converso sono da guardare con sospetto (e si vedranno in seguito le stupefacenti basi di tali illazioni) persino in vista delle «operazioni di conciliazione del diritto romano e della sua tradizione con il/i marxismo/i» attuate enfaticizzando, nientemeno, i diritti umani e della donna ... E tale proteiforme disponibilità (la vita, diceva James Joyce nell'*Ulisse*, è una meretrice: si concede a tutti) del diritto romano ad essere usato (un po' al pari della vita stessa) da ogni diversissima tesi, per quanto balorda, non viene certo vista come una riprova magari della irrinunciabilità di tale tradizione nella cultura occidentale, dimostrata anche dagli indebiti tentativi di usarne a fini particolari ed ovviamen-

te impropri, ma semmai come un imbroglio di cui ovviamente è responsabile «il primato del *Juristenstand*, del ceto dei giuristi, i soli sacerdoti del diritto: quelli che si ritengono legittimati a vararlo, anche se in codici apparentemente ‘legislativi’ (espressione di ‘assolutismo’ perbacco!) e debitamente ossequiati come tali, e poi ad interpretarlo e a svilupparlo in modo di fatto politicamente irresponsabile grazie alla copertura della ‘tradizione’» (p. 16). Se tale difficilmente comprensibile colpa dei giuristi che – non si capisce chi altri dovrebbe farlo – si ostinano chissà perché ad occuparsi di diritto, per di più senza rendersi conto che «il diritto non è mai neutrale», fa un po’ venire in mente quel racconto di Jorge Luis Borges (*L’uomo sulla soglia*, ne *L’Aleph*) in cui, per ottenere una sentenza di perfetta imparzialità assoluta e sovrumana, viene scelto come giudice un demente completamente pazzo, il rimedio a tale inconcepibile stortura degli ordinamenti occidentali e non solo viene presto ineffabilmente individuato (p. 16) nella pia esigenza («mi sembra francamente più lineare invece il percorso ...») di offrire «al potere politiche varie soluzioni possibili su un piano tecnico con dichiarata, chiara previsione degli effetti specifici che le differenze scelte comporteranno nell’esecuzione pratica: a difesa di quali interessi, di quale contraente, per quale mercato ecc.». Se anche già avanzate in contesti migliori, tali posizioni – non poco inquietanti nel separare la tecnica giuridica dall’idea, per quanto magari piuttosto ormai *demodé* e ridicola, della giustizia – con il loro aspirare ad una sorta di ipermercato delle soluzioni giuridiche presuppongono in ogni caso una «informatizzazione» della scienza del diritto oggi, per fortuna, concepibile soltanto in quella disciplina perfetta nelle sue previsioni che è la «psicostoria» della *Trilogia galattica* di Isaac Asimov, ed appaiono, più che dirette ai giuristi umani, riferirsi ad un’epoca ove, con soddisfazione dell’autore, l’elaborazione e la scelta delle norme sarà finalmente e definitivamente affidata ad un programma cibernetico liberamente fruibile dall’operatore politico: un diritto, insomma, alla *Star Trek*.

3. Il saggio di Pier Giuseppe Monateri (p. 19 ss.) era già apparso alcuni anni or sono su «Hasting Law Journal» (LI, 2000, p. 479 ss.) in una versione inglese (*Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the «Western Legal Tradition»*) poi tradotta anche in italiano (*Caio negro. Una ricerca sulle origini multiculturali della «Tradizione Giuridica Occidentale»*, «on line», insieme alla versione definitiva inglese, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», IX, 2003), non troppo diversa, mi sembra, nel testo, a parte la maggior ampiezza delle digressioni storiche ed il più alto numero di note: ad esso aveva risposto con garbata fermezza Eva Cantarella (*Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in «Scritti B. Bonfiglio», Milano, 2004, p. 101 ss.), rimproverandogli in particolare, sul piano metodologico, la negazione di ogni originalità del diritto romano e la tendenza a percepire la storia solo come rottura e discontinuità, senza concedere attenzione alcuna agli elementi giuridici e agli aspetti sistematici della tradizione pur perduranti anche negli inevitabili mutamenti. Ma ciò non toglie, ovviamente, che se i romanisti danno poco credito alle perlopiù infondate tesi del saggio, essendone in linea di massima in grado di coglierne subito le erronee fondamenta sul piano dei fatti storici su cui è costruito e l’arbitrarietà delle teorizzazioni da essi dedotte, egualmente i cultori di altre discipline, e com’è ovvio segnatamente i comparatisti, hanno accettato con ingenuo entusiasmo non solo le conclusioni ma altresì il metodo seguito dallo studioso torinese nell’affrontare le istituzioni antiche (si veda, come esempio estremo, l’incondizionata quanto tetragona *laudatio* del saggio in questione dovuta a Cristina Costantini, *L’anima apologetica della comparazione e la ‘geopolitica’ del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale*, «on line» sempre in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», XI, 2005).

Tale «ricerca sulle origini multiculturali della tradizione giuridica occidentale» si presenta in effetti alquanto ambiziosa nei suoi fini, e si riflette già nel sottotitolo del volume collettaneo qui in esame («un cambiamento di prospettiva», che corrisponde al titolo del primo paragrafo del saggio di Pier Giuseppe Monateri): immodesto fine del lavoro (p. 19 s.) è infatti la dimostrazione che la cosiddetta tradizione giuridica occidentale non è affatto originale ed anzi non è neppure tale, e a questo scopo non appare all’autore impresa eccessiva l’idea invero un po’ titanica di riconsiderare e rivedere tutta la tradizione giuridica occidentale nel suo complesso per giungere così ad una nuova

«storia della coscienza giuridica nel campo del diritto» (p. 22), mostrando una volta per tutte la falsità (o meglio «indebolire, o almeno gettare un'ombra di sospetto»: p. 21) in ordine all'approccio usuale che tende a considerare il diritto romano come superiore ad ogni altro diritto antico (fenomeno che l'autore indica come «recente» ma che in realtà sembrerebbe ovviamente alquanto più antico) e quindi appunto quale fondamento della «tradizione giuridica occidentale».

In particolare, la tradizione giuridica europea che pretende di fondarsi sul diritto romano viene definita nel suo complesso come «teoria ariana», confondendo in tale non neutra indicazione i più svariati fenomeni, dal collegamento hegeliano tra diritto e popolo (reinterpretato non a caso – p. 27 – nel senso di «razza») alla nuove prospettive altresì giuridiche sorte nell'Ottocento in seguito alle impostazioni scientifiche della linguistica comparata (descritte – sempre a p. 27 – come un «approccio ariano alla comparazione») sino alla prospettiva «romanocentrica» dei primi studi sui diritti antichi dello stesso secolo, nei quali l'ovvia tendenza, pur errata e poi superata, a rapportare ogni altro ordinamento agli schemi e alle categorie del diritto romano (ossia al più completo nonché meglio conosciuto, e dunque in un primo momento percepito come sorta di paradigma universale) viene vista – secondo prospettive dietrologiche e complottistiche centrali in tutto il saggio, come si vedrà tra breve – come una voluta impostazione razzistica volta a dimostrare altresì attraverso le costruzioni giuridiche la netta superiorità europea (e quindi indoeuropea e quindi ariana): «ciò che preme evidenziare è l'importanza del collegamento tra la questione della razza e gli studi giuridici di alto livello nella Germania del XIX secolo, dove la teoria ariana progressivamente venne applicata anche agli studi dell'antico diritto tedesco» (p. 27). Le affermazioni recate in tal senso, in parte indubitabili ma presentate in maniera alquanto fuorviante, si sostengono in generale su di un duplice equivoco, poiché a livello lessicale si tende a sovrapporre la nozione di «ariano», in origine semplicemente corrispondente ad «indoeuropeo», con le connotazioni negative assunte da «ariano» in seguito alle vicende tedesche del Novecento, sfruttandole così nella ricerca di una immediata condanna emotiva più che critica da parte del lettore; e d'altra parte si vuole mostrare come una voluta operazione di falsificazione storica la prospettiva giuridica europea ottocentesca che, tendendo da sempre (e non solo d'allora, come afferma l'autore) a considerare il proprio diritto e le sue categorie di impronta romana come il «diritto» in quanto tale, era inevitabilmente portata a paragonare ogni istituto degli altri popoli a quelli romani ed europei e a far rientrare, forzandoli, negli schemi della propria tradizione dogmatica figure che in realtà non avevano magari nulla a che fare con tali griglie sistematiche: tuttavia, dimenticando del tutto l'enorme sforzo compiuto nel Novecento ed ancora in atto per spogliarsi di tali inevitabili pregiudiziali soggettive nello studio dei fenomeni esterni alla nostra civiltà, ecco che l'autore può tranquillamente descrivere tale fenomeno come una mostruosa congiura di poteri occulti, in cui vengono senza problema arruolati Jhering (p. 27 s.) come Dumézil (p. 28), sino all'idea piuttosto buffa di citare, come inconfutabile prova del fatto che «la teoria ariana sopravvisse persino nel Novecento», nientemeno che le teorie del canonista Garabed de Armaduni sugli influssi del diritto romano sul diritto armeno, collocati entrambi nell'alveo indoeuropeo (p. 28). Né certo, quando si parla della tendenza tedesca, propria degli anni trenta, a ridurre le differenze tra il diritto germanico e quello romano, visto come archetipo giuridico perfetto, e si arriva così a parlare di «un nuovo modello di diritto anti-individualista» in «stretta aderenza all'ispirazione politica del nazismo», ci si sofferma menomamente sul ben noto rifiuto nazista del diritto romano come diritto «giudaicizzato»: ma, dopo aver dato ad intendere che tali teorie vennero sì contrastate ma in maniera non definitiva, tanto da essere ancora ben presenti nel quadro degli studi antichistici, si passa senz'altro a riassumere tale paradigma tedesco e razzista del diritto romano e a sintetizzare su tali basi il «mito» di Roma e la sua valenza odierna (p. 28); tanto che subito dopo, con abile prestidigitazione, la tesi dell'originalità del diritto romano e del perdurare di una tradizione romanistica europea viene arbitrariamente identificato con un modello storico di tipo «creazionista» da contrapporre, come si vedrà meglio in seguito, ad un modello «diffusionista» e «afrosiatico», in cui, ovviamente, «il primo modello è basato sulla razza (e da questo pregiudicato), quali che siano le idee politiche dei suoi esponenti, in quanto si ritiene che l'evoluzione interna sia avvenuta entro lo stesso gruppo etnico»:

implicando cioè che il negare influssi determinanti dei diritti del Vicino Oriente sul diritto romano è posizione senz'altro razzista e che i romanisti, qualora si opponessero alle tesi sostenute dall'autore, più o meno non sarebbero altro che dei nazisti.

Alla «teoria ariana» del diritto romano viene quindi contrapposta una «teoria afroasiatica», che – sempre con sottili implicazioni «politicamente corrette» che rendono subliminalmente inevitabile ogni simpatia per la seconda posizione da parte del lettore sprovveduto – preferisce ai «difetti del primitivismo romano» (p. 21) i decisivi apporti forniti alla sua evoluzione da «diverse culture», così da farne, ben lungi da ogni idea di «primato occidentale del diritto», «un prodotto multiculturale, frutto di diverse civiltà del Mediterraneo» (p. 21), conforme, secondo gli imperativi delle coeve mode ecumeniche, alla natura «pluralistica, varia, multi-etnica e multiculturale» della «civiltà occidentale» (p. 19 s.). Non solo, ma la stessa scienza giuridica non avrebbe nulla a che fare con la specificità del pensiero romano, ma sarebbe sorta anch'essa «sull'onda dell'influenza orientale» ed anzi avrebbe raggiunto il suo apice proprio «deromanizzandosi» nel periodo tardoimperiale (p. 21).

In questa prospettiva, una volta minata alla radice l'idea di una «tradizione giuridica occidentale» rifiutando il «mito dell'unicità» del diritto romano per una visione che insiste invece sulla «discontinuità» della storia giuridica (p. 20), ci si promette così di analizzare (p. 21) il diritto dei contratti (appunto «evidenziando i difetti del primitivismo romano»), quindi «l'incapacità della cultura giuridica romana di elaborare una coerente concezione dello Stato» (che quindi sarebbe poi stato edificata «su modelli non romani») ed ultimo «lo schema del processo romano», al fine di «contestare la tradizionale considerazione della capacità dei romani di governare la società per mezzo del diritto».

Di tale articolata nonché un po' sconvolgente tesi l'autore promette (p. 20) «significativi esempi» volti a dimostrarla, ma a fronte di tante pagine di enunciazioni invero piuttosto audaci se non talora proterve, quello che soprattutto colpisce nel saggio in esame è la fragilità e la parzialità, se non l'inesistenza, di un serio apparato probatorio, nonché il gracile impressionismo e soprattutto i veri e propri errori della costruzione argomentativa in cui questo si articola, che del resto tende a ridursi ad un'affabulazione sovente pressoché prestidigitatoria. E in effetti, nel secondo paragrafo, ove ci si aspetterebbe l'inizio della dimostrazione di tale ardite affermazioni, il lettore viene ancora una volta sorpreso da quello che mi permetterei di definire il narcisismo provocatorio del saggio, che prosegue invece nell'enunciazione dei propri estremistici presupposti: posto infatti che «il rapporto fra storia e diritto è stato di importanza cruciale per le dottrine liberali e conservatrici», l'autore intende dimostrare che «la teoria, ampiamente condivisa, secondo cui la coscienza giuridica occidentale è storicamente basata su fondamenti derivanti del diritto romano» trarrebbe origine «da progetti di *governance* con forti implicazioni pratiche» (p. 21), e si tradurrebbe in un «pregiudizio specificamente occidentale, teso a legittimare retroattivamente la presunta superiorità della moderna società industriale» (p. 22).

Se l'idea un po' paranoica di un «complotto» può sorprendere e in certo modo provvisoriamente affascinare, nella sua ipoteticità, l'interesse del lettore, in realtà non ci si mette molto a rendersi conto dell'intrinseca contrarietà di tale trovata ad un dato di fatto che subito la inficia sin dalle fondamenta, ossia la circostanza che il primato del diritto romano è in realtà alquanto più antico nel mondo europeo rispetto alla «moderna società industriale», e che semmai l'avvento di quest'ultima segna proprio il tramonto della costruzione giuridica in cui esso è centrale.

E' vero, ovviamente, che il diritto romano, a lungo considerato come un ordinamento unico ed universale, nell'età moderna viene piuttosto considerato – o era una volta considerato – un diritto superiore agli altri, e si può persino pensare che tale prospettiva magari un po' campanilistica possa essere frutto di una visione prima romanocentrica e poi eurocentrica del mondo giuridico: ma affermare che ciò sarebbe semplicemente il frutto di un «atteggiamento ideologico con cui la civiltà occidentale giudica le proprie relazioni con le culture e le civiltà non solo precedenti, ma anche contemporanee», in una «coscienza storica» che costituirebbe un «pregiudizio specificamente occidentale, teso» appunto «a legittimare retroattivamente la presunta superiorità della moderna civiltà industriale» (p. 22) è in realtà piuttosto ingenuo, dato che tale senso di superiorità di una cultura rispetto

ad ogni altra non è certo soltanto moderno né tantomeno proprio della sola civiltà occidentale (e per tal verso le opposizioni – p. 24 – tra «noi» e gli «altri», tra un «centro» e una «periferia», viste come peculiarità del solo Occidente, destano più di una perplessità e persino qualche sorriso): la differenza, semmai, sta verosimilmente nel fatto che la civiltà europea ha, nella storia, per vari versi innegabilmente goduto a lungo di una effettiva superiorità politica, militare ed economica e nel caso altresì culturale, tale da imporre sotto diversi aspetti i propri modelli al resto del mondo; ma questo, tuttavia, non dispensa chi la critica in tale «imperialismo» altresì giuridico dal fornire la positiva prova della falsità delle specifiche ipotesi di «superiorità» di cui si nega la realtà, come in particolare quella del diritto romano e quindi della tradizione giuridica occidentale sugli altri diritti, senza potersi certo fermare a *slogans* che tentino di risolvere ogni argomento attraverso il sospetto di coscienti «strategie», progetti e programmi di «*governance*» ed altri «atteggiamenti ideologici» (p. 22).

Viceversa, è proprio sul fascino del disvelamento dietrologico di pretese verità mai sospettate che il saggio in esame – del resto destinato per lo più ad un pubblico non troppo preparato nella storia giuridica che d'altra parte tende a condividere istintivamente l'ostilità dell'autore per il diritto romano – mira in realtà a fondare la propria forza, in un persino affascinante *tourbillon* di provocazioni e di punti di vista inaspettati che vogliono distrarre il lettore da ogni critica considerazione di tale costruzione argomentativa. Così, tra le tante affermazioni richiamabili in tal senso, secondo l'autore «il carattere ideologico di tali narrazioni è evidente quando, per esempio, si attribuisce particolare importanza alla democrazia greca, negando, in modo sistematico, la forte tradizione antidemocratica propria dell'antica cultura dell'antica Grecia» (p. 23): dicendo così, per un verso, una cosa non vera, dato che, accanto agli studi (sovente alquanto critici) sulla democrazia ateniese, non mancano ad esempio notevoli studi sul contrapposto regime spartano o sulla diffusa mentalità aristocratica che le si opponeva, e facendo per altro verso una indebita generalizzazione, perché si tende a vedere, nell'idea che i Greci siano stati gli «inventori» della democrazia, la ben diversa affermazione secondo cui i Greci siano stati tutti e indistintamente convinti democratici (cosa che a nessuna persona di media cultura verrebbe mai in mente di dire), e in realtà si finisce col fare qualcosa di simile a chi volesse negare il valore della filosofia dei Greci osservando che, in realtà, tra i Greci vi erano moltissime persone stupide ed ignoranti. Ma al lettore, se non attento, simili paralogie tendono a sfuggire, e procedendo nella lettura del saggio – scritto invero con una certa abilità – si rischia di cadere nell'equivoco di postulare irriflessamente che le varie affermazioni recate dal saggio siano, se non provate, quantomeno verosimili e convincenti.

Un notevole aspetto in cui si rivela la gratuita dietrologia del saggio lo si incontra a proposito del ruolo svolto dalla storicismo giuridico tedesco e dalla cosiddetta pandettistica nell'edificare quello che per l'autore è il «mito» del diritto romano e della tradizione occidentale. E' innegabile, in effetti, che da un punto di vista epistemologico «le idee non si amalgano da sé» e che esse «sono riunite e organizzate da persone che vivono in un determinato tempo e hanno esigenze e obbiettivi concreti» (p. 25): ma altra e diversa cosa è pretendere, come fa l'autore, che chi agisce in tal senso lo faccia perciò sempre e indefettibilmente in base ad un proprio piano esplicito e cosciente, partecipando a un «complotto» cui starebbero dietro, com'è ovvio, i «poteri occulti» che in tale visione dovrebbero manipolare e pilotare la storia. Per tal verso, quando si dice che «se ricerchiamo l'insieme di idee che si pongono alla base della consapevolezza occidentale nel campo del diritto, dobbiamo fare i conti con la repentina» (non si capisce bene perché) «emersione dello storicismo tedesco agli inizi del XIX secolo», si dice una cosa non del tutto vera – poiché si dimentica che l'idea della superiorità giuridica occidentale è in realtà qualcosa di ben più antico, anche se, come si diceva, quello che era visto come un diritto unico e universale diviene in seguito, di fronte agli sviluppi degli ordinamenti europei e all'incalzare dei nuovi popoli conosciuti, semplicemente un diritto superiore agli altri – ma tutto sommato ancora accettabile: ma quando si afferma che «naturalmente Savigny seguiva una strategia» nell'elaborare tale visione del diritto romano ai fini della costruzione e della codificazione del diritto nazionale tedesco (p. 26), si affermano cose solo in parte esatte sul piano oggettivo ma alquanto fuorvianti e gratuite su quello soggettivo, dato che si dimentica, per un verso,

che chiunque lavora con i materiali che ha a disposizione (ed è assurdo pensare che il diritto romano venga a freddo scelto da Savigny tra le varie ipotesi possibili perché ha «la funzione di rappresentare il diritto dell'Europa e della Germania in particolare»), e soprattutto non si pone mente al fatto che i prodotti storici sono il più delle volte il risultato difficilmente prevedibile se non assolutamente inatteso combinarsi dell'operare dei singoli uomini, risultato con cui difficilmente coincidono i fini perseguiti da chi ha posto le premesse per tali accadimenti. Non che Savigny, ovviamente, non si rendesse conto di quel che faceva, ma affermare (p. 26) che «il 'culto' del diritto romano ... doveva sostituire una concezione universale e razionale del diritto» e costituire «l'alternativa al diritto di ragione», significa fare del grande studioso tedesco una sorta di macchiettistico personaggio di un *feuilleton* fantagiuridico, in cui egli, magari prezzolato da chi ha interesse a «legittimare retroattivamente la presunta superiorità della moderna società industriale» (p. 22: ma si veda anche p. 39), avrebbe elaborato ogni suo studio e teoria soltanto per compiacere tale diabolico piano di falsificazione, mentre, di fronte a questo titanico condizionamento della storia giuridica, tutti gli altri studiosi sarebbero stati tanto ingenui da non sospettare nemmeno una simile manipolazione. Francamente, sono *plot* narrativi che non arriverebbe ad osare nemmeno le fantastiche ricostruzioni storiche di un passato controllato dagli «uomini in nero» in cui si collocano certi fumetti di Martin Mistère, «detective dell'impossibile».

D'altra parte, se tutta la produzione storico-giuridica di vari secoli appare un clamoroso falso storico volto a presentare il diritto romano e la tradizione giuridica occidentale come «il diritto moderno *per eccellenza*», in un «progetto» ove l'altro obbiettivo è quello di «esoticizzare le culture giuridiche diverse da quella occidentale» (p. 43) e dunque finalizzate a mascherare, in virtù «dell'eredità obsoleta di un modello tedesco già superato agli inizi del Novecento», la superiorità rispetto al diritto romano dei diritti dell'Egitto e del Vicino oriente (p. 52), il fondale di tale diabolico complotto non è per l'autore da situarsi soltanto negli interessi «forti» rappresentati dalla «moderna società industriale» (un «complotto» ovviamente da ascrivere – p. 72 – a «politiche culturali reazionarie»), ma va rintracciato altresì ambiti più modesti e meschini, ossia nell'«interesse» a «custodire ed elogiare tale modello» proprio della potente (si fa per dire) *lobby* dei romanisti, ovviamente tesa a garantirsi la propria «sopravvivenza» accademica (p. 43) e magari le straordinarie prebende ad essa relative.

In effetti, in tale caleidoscopico miracoloso continuo di inaspettate scoperte e di insospettite verità che tende a travolgere il lettore, le convergenti *boutades* dell'autore nell'affabulare il sembiante di una nuova e testé scoperta lettura della storia tendono a sostituirsi ad ogni piana logica argomentativa, ridotta a un serrato e frastornante mutamento di piani dimostrativi e di fattori probanti volto più a sorprendere e a imbonire il lettore sprovvisto che a convincere chi sia minimamente capace di una lettura critica.

Per dare una prima anche se incompleta idea di tale procedere per nulla rigoroso del saggio, si possono innanzitutto considerare i non pochi errori di diritto romano in cui cade l'autore, e che sovente risultano decisivi nelle architetture delle tesi da esso avanzate: così, sin dalla prima nota (p. 19 e 73), si dà per scontato che sarebbe stato Gaio a creare lo schema istituzionale «che ha consentito per secoli come sistema giuridico coerente e ordinato» (confondendo evidentemente l'espressione «schema gaiano» con una diretta paternità del giurista), e si definisce Gaio, nientedimeno, come «l'architetto della codificazione giustiniana» (arrivando addirittura, con ingenuità un po' da romanzo rosa, a pensare che Giustiniano provasse un effettivo e genuino «sentimento d'affetto» per lui).

D'altra parte, se si rimprovera al diritto romano di essere addirittura «basato» sulla schiavitù (p. 43 s.: per di più contrapponendolo ai superiori «diritti babilonese, egiziano e» – *sic* – «siriano»), evidentemente per l'autore esenti da tale tabe; e viene qui in mente quel comunista cecoslovacco, Tureček, che voleva eliminare l'insegnamento del diritto romano in quanto «diritto servile individuale»: si veda E. PÓLAY, *L'insegnamento del diritto romano nei Paesi socialisti*, in «Index», I, 1970, p. 132), l'altro difetto un po' troppo confusamente rimproverato a tale ordinamento è l'essere «intriso di una grande quantità di aspetti magici» (p. 44), un difetto che il saggio, per di più, imputa al diritto romano nel suo complesso, senza alcuna distinzione di periodi storici e sovrapponendo in un incredibile guaz-

zabuglio gli incunabili preistorici della *stipulatio* con le sue esplicazioni di età classica: cosicché, per dimostrare il «primitivismo» del diritto romano ed il suo «esotismo» rispetto alla mentalità moderna (p. 44), si arriva a considerare la *stipulatio* classica come un atto fondato «sulla potenza magica di una» – *sic* – «parola» (p. 46: in maniera del tutto erronea, infatti, si dice che «esattamente quella parola, e quella parola sola, poteva produrre effetti», mentre dovrebbe essere abbastanza nota la pluralità di verbi cui si poteva ricorrere in essa), arruffando così senza ritegno (p. 47: ma si veda anche – p. 69 – l’dea di una «parola magica *spondeo*») illazioni circa «il suo carattere sacro e i suoi difetti», da collegare «all’uso del verbo *spondeo*, la cui radice» (senza distinguere mondo greco da mondo romano e tra le due rispettive lingue) «significa ‘fare libagioni’ (versare vino in offerta agli dei)»; cosicché, si incalza in maniera sempre più stupefacente, tale verbo avrebbe d’altra parte indicato – e sarebbe interessante che qui l’autore ci indicasse i suoi tanto malintesi riferimenti bibliografici – «un particolare tipo» (nientedimeno) «di giuramento», che per di più viene sovrapposto alla responsabilità del venditore nel periodo classico (infatti, «questa forma di giuramento sacro divenne uno strumento giuridico, ma i giuristi non furono in grado per secoli di correggerlo»), in una visione ove l’acquirente avrebbe dovuto ricorrere per «tutelare i propri interessi ad apposite convenzioni mediante una *stipulatio*», ossia, si conclude trionfalmente, «ricorrere alla magia di cui si è detto». Sarebbe stato sufficiente informarsi meglio su di un semplice manuale di istituzioni di diritto romano per acclarare che sul piano del positivo diritto romano la *stipulatio* non ha tecnicamente nulla a che vedere con il giuramento, ma l’autore ritiene anzi di poter senza problema sfruttare tale absurdità per ridicolizzare ulteriormente il diritto romano: ed è meglio tacere sull’affermazione – ancora p. 47 – secondo cui, essendo la *stipulatio* un giuramento, e «poiché un giuramento romano consisteva nell’invocare la divinità come testimone», ecco che «non v’era bisogno di alcuna prova sui termini del contratto» (che la *stipulatio*, pressoché sin dai suoi primordi, conoscesse invece un normalissimo regime probatorio del tutto laico non interessa evidentemente per nulla al saggio in esame).

Anche la *mancipatio*, secondo le assurde nozioni fatte proprie dallo scritto, si doveva compiere addirittura (p. 51) non con una ma con «un paio di bilance», mentre il compratore, come in un gioco di freccette, doveva «colpire le bilance» (magari tutte due, con un tiro a carambola ...) mediante un pezzo di rame «e consegnarlo al trasferente quale prezzo» (si spera ovviamente senza colpirlo): un «dramma simbolico» (ed anzi – p. 69 – una «pantomima») che, naturalmente, aveva anch’esso «carattere magico» (e stupisce che, in questo come nel precedente istituto, l’uso di riti e parole solenni venga tranquillamente scambiato per un aspetto «magico» senza che all’autore – che pur nasce come civilista e comparatista – venga neppure il sospetto che qui l’uso di formule predeterminate rientri piuttosto, da un punto di vista giuridico, nel valore «performativo» che certi termini assumono nell’ambito del diritto in vista della realizzazione degli effetti che si vogliono conseguire: fenomeno che – si pensi ad esempio all’odierno uso della parola «cambiale» in un promessa di pagamento – non è certo da confinare alle sole fasi «primitive» e «magiche» di un ordinamento). Che ben diversamente la *mancipatio*, pur seguendo antichi rituali legati alla pesatura del metallo, fosse presto divenuto un negozio semplicemente strumentale al passaggio solenne della proprietà, qualsiasi fosse la causa del trasferimento, sono ovviamente sottigliezze che ancora una volta non interessano alle argomentazioni del saggio (e anzi, riferendo in maniera tanto distorta il rito negoziale, si dà al lettore non specialista l’impressione che la pesatura dell’*aes* quale contropartita dell’acquisto, scomparsa in età alquanto risalente e sostituita dal pagamento prezzo in denaro, fosse invece ancora attuale in epoca tardorepubblicana e classica).

E’ chiaro come, inventandosi simili malevole absurdità, il diritto romano non possa che divenire argomento di barzelletta caricaturale, rendendo alquanto facile il gioco di voglia accusarlo di «primitivismo» e di intrinseca absurdità, così da mostrare, in particolare, che esso non ha nulla a che vedere con il diritto moderno. Il lettore sprovveduto, in effetti, può persino credere che, come i bambini sui riquadri tracciati con il gesso sui marciapiedi, i romani in toga e calzari dovessero «saltare su una zolla» a piedi uniti per acquisire il possesso di un terreno, evitando così di dover camminare su tutto l’appezzamento, e sorridere divertito alla battuta secondo cui ciò «è considerato come un’im-

portante conquista del genio giuridico romano!» (p. 51: in realtà, l'unico concreto appiglio di tale delirio giuridico è il solo fatto che nel diritto romano la presa di possesso, com'è noto, richiedeva una certa materialità della consegna della *res*, per cui tra l'altro, riferiscono le fonti, il acquirente doveva entrare effettivamente nel fondo, anche se non era certo necessario *omnes glebas circumambulare*): ma al di là dell'effetto deformante e grottesco di tali falsità, è non poco imbarazzante che il saggio – sovrapponendo i due diversi fenomeni – paragoni tali supposti istituti romani relativi al possesso al sistema di trasferimento della proprietà egizio, presentato ovviamente come alquanto più progredito e mirabile, non sospettando nemmeno che la distinzione tra proprietà e possesso, ignota ancora ai greci come ai popoli più antichi, è appunto una «invenzione» romana.

In tale contesto, un non meglio specificato sistema di computo degli interessi assiro può passare, con criptica apoditticità, come estremamente «evoluto» (p. 51 s.), e del resto in tale saggio un contratto egiziano concepito come un mero scambio di cose – «Contratto concluso tra *A* e *B*, *B* dà *x* ad *A*, mentre *A* dà *y* a *B*. In considerazione di ciò *B* è soddisfatto» (p. 50 s.) – può apparire come una «forma» che, «in contrasto con la pratica romana», «sembra davvero un contratto moderno» («è scritta, ha una causa, non ha carattere magico»): senza accorgersi che, così come presentata, tale vertiginosa escogitazione appare, più che una compravendita, un miserrimo baratto ... E non ci si soffermi su come, in tale incredibile esempio di comparazione, si confonda (p. 50) l'*emptio-venditio* romana con la *stipulatio* (ovviamente «magica»). Su tali basi, non è quindi difficile affermare che il «primitivismo» romano sarebbe stato finalmente superato da un diritto provinciale ellenistico di matrice egiziana (né importa che ciò avvenga tendendo a sovrapporre l'ordinamento dell'Egitto ellenistico e romano con le testimonianze del diritto di età faraonica).

Fondandosi su tali basi, è ovvio come anche le critiche mosse dall'autore ai vari aspetti dell'ordinamento romano non vadano oltre un'invettiva gratuita e nella migliore delle ipotesi parziale e irrilevante: così, quando si esamina «il carattere» – *sic* – «magico e i difetti propri del sistema romano dei contratti» per sostenere che «i romani non svilupparono mai né una teoria generale del contratto, né regole sul contratto in quanto tale», ma «si limitarono a un diritto relativo ai singoli contratti», mentre tale dottrina sarebbe stata elaborata «per estrapolazione» solo in tempi moderni (p. 45), si dicono cose che, anche al di là della notevole assenza di senso storico, sono in buona parte frutto di indebite semplificazioni nonché in massima parte erronee (è noto infatti come non manchino nelle fonti riscontri dell'elaborazione di una teoria complessiva del contratto), ma soprattutto del tutto ininfluenti, dato che un diritto di duemila anni or sono avrebbe ben potuto presentare carenze in tal senso senza per questo dover essere considerato primitivo e privo di valore (nonché «magico», cosa che ovviamente non c'entra nulla): ed è incredibile il volere per tal verso contrapporre il diritto romano ai «più evoluti» diritti dell'Egitto e del Vicino Oriente, dato che in essi, a maggior ragione, è del tutto inesistente, prima ancora che una dottrina generale del contratto, persino una vaga idea del «contratto» in quanto tale (e, sotto quest'ultimo aspetto, dire – p. 46 – che nel sistema romano è «proprio la necessità di ricorrere ad analogie con altri contratti che prova la mancanza di una teoria generale, mentre l'uso dell'analogia non significa altro che tutti i contratti sono contratti», poiché «analogia ... propriamente significa somiglianza *senza* identità», è cosa che, oltre a dimenticare ancora una volta le elaborazioni romane circa il contratto in generale, soprattutto appare sempre implicare una totale mancanza di senso storico, poiché in ogni caso il primo passo per elaborare una teoria generale del contratto è appunto sapere che gli elementi di un contratto possono servire a costruire la disciplina di un altro contratto, ma non quella di istituti appunto diversi, che a loro volta devono essere tenuti distinti dagli elementi propri del contratto: aspetto che, con una certa semplificazione, fu alla base del metodo cosiddetto diairetico da cui si sviluppò non a caso la giurisprudenza romana).

Del resto, la scarsa padronanza che lo scritto in esame dimostra in ordine a tali tematiche storiche è in particolare mostrata da un paragone in cui si afferma, circa la pretesa assurdità di indagare quanto che era «latente» nei testi giuridici romani, che «ciò è assolutamente senza significato per il comune metodo storico» in quanto sarebbe come «se volessimo *portare alla luce* qualche credenza religiosa che rimase *nascosta* agli stessi romani» (p. 46): se si fossero meglio tenuti presenti gli studi sul-

la religione romana (si pensi, in particolare, all'*Histoire politique et psychologique de la religion romaine* di Jean Bayet) o anche solo le indagini sulle credenze di un qualsiasi popolo «primitivo», ci si sarebbe certo resi conto che in realtà il compito dello storico delle religioni si risolve in massima parte proprio in questo (come del resto quello dell'antropologo: disciplina che dovrebbe essere maggiormente familiare ai comparatisti).

Ma, ancora di più, ciò che vanifica l'indagine del saggio appare il preventivo rifiuto di tentare soltanto di comprendere il sistema romano dei contratti, sia pur ad un livello solo istituzionale: cosicché è possibile affermare che «anche se questi contratti sono presentati come 'una delle più grandi invenzioni dei romani', dobbiamo ricordare che esistevano solo quattro contratti consensuali: la vendita, la locazione, la società e il mandato, sicuramente non troppi per un sistema altamente sviluppato dei contratti» (p. 47): del problema della tipicità dei contratti, della duttilità di tali quattro istituti e soprattutto della risolutiva funzione residuale della *stipulatio* a recepire – risolvendo il problema del numero chiuso dei contratti – qualsiasi regolamento di interessi non vi è qui, ovviamente, nessuna traccia.

In effetti, risulta chiaro come le informazioni che l'autore trae dalle sue letture non sono volte a cercare di comprendere cosa fosse il diritto romano, ma soltanto a ricavare argomenti per la propria polemica, cosicché è in particolare facile accorgersi di come, dagli studi citati, egli tragga solo gli aspetti che gli interessano, rifiutando ed ignorando gli elementi contrari che pur le medesime letture gli fornirebbero. Tale impostazione spiega tra l'altro l'idea (p. 48) di un diritto più avanzato e meglio sviluppato delle provincie rispetto al «primitivismo» e all' «esotismo» del diritto romano, idea che il saggio, anziché collegarla semmai agli ordinamenti dell'Oriente ellenistico, vuole arbitrariamente riconnettere al solo Egitto, in vista delle conclamate origini «afroasiatiche» del diritto europeo (sarebbe infatti – p. 49 – «proprio nell'Egitto il fondamento di un diritto romano a carattere provinciale»), in un trionfo di affermazioni gratuite quanto erranee in cui addirittura ci si stupisce del fatto che «il diritto romano era, dunque, il diritto dei cittadini romani, ma i romani potevano applicare altri diritti» e si conclude soddisfatti che «il diritto romano era il diritto di un gruppo ristretto, vincolato ad antiche forme, ma non era il diritto dell'impero!» (p. 48): tendendo a sovrapporre senza accortezza alcuna «diritto romano», '*ius civile*' e '*ius gentium*', ordinamenti provinciali, sistema precedente e sistema successivo alla *constitutio Antoniniana* e, dopo questa – secondo i vari periodi storici – vigenza teorica del solo diritto romano e sopravvivenza di fatto e poi relativa affermazione degli ordinamenti locali (per cui, ad esempio – p. 48 –, «ciò che sorprende è che il diritto egizio» – *sic* – «rimase in vigore anche dopo la costituzione antoniniana»).

Anche per quanto riguarda la concezione romana dello Stato, l'indagine del saggio si snoda attraverso consimili modalità, tra forzature della letteratura (a p. 52, la considerazione di Laurent Mayali secondo cui «il diritto romano non fornì una definizione chiara e funzionale di Stato» si traduce per l'autore nel riconoscimento di una «totale assenza» di tale concezione), prospettive alquanto riduttive (tra l'altro si afferma – p. 52 – il principato fu semplicemente «una magistratura straordinaria»), e semplificazioni storiche inaccettabili sull'opera di Diocleziano e Costantino (p. 53), per arrivare a sostenere che la forma dello Stato autocratico, caratterizzato in particolare da una monarchia sacralizzata e da una forte burocrazia (e un po' agghiacciantemente visto senz'altro come un benefico progresso rispetto alla forma della città-stato grecoromana), non sarebbe nient'altro che un trapianto in Roma di modelli egiziani e mesopotamici: al saggio infatti non interessano le trasformazioni storiche per cui, attraverso contesti, finalità ed estrinsecazioni diverse, si può rintracciare una linea per vari versi continua tra l'antica *basileia* orientale, gli stati ellenistici, il dominato romano e lo Stato bizantino (cosa che esso pur non può del tutto ignorare: p. 54 s.), ma piuttosto il fatto che tale modello originario, in base alle sue prime origini, è indelebilmente targato da una sorta di definitivo *copyright* afroasiatico, per cui Roma, adottando un simile modello organizzativo, acquista tale brevetto e deve inevitabilmente pagarne la *royalty* al mondo egizio-mesopotamico (p. 56: «la concezione della divinità imperiale emerse in un'epoca in cui Roma era a stretto contatto con le idee del mondo orientale e in particolare con le idee politiche dell'Egitto e del Medio Oriente»), divenendo a sua vol-

ta, per quanto riguarda il suo generale ordinamento, un diritto appunto afroasiatico (il che, sia concesso osservare, è un po' come sostenere che l'*art nouveau* europea, in vista dei suoi riferimenti stilistici, è in realtà giapponese).

Cosicché, unendo tale paradossale risultato storico-ricostruttivo ai frutti della già considerata analisi del sistema contrattuale che li precede, il saggio può trionfalmente chiedersi (p. 58) se in realtà «il diritto romano è mai esistito», per passare ad esaminare secondo consimili rigori metodologici il processo proprio di tale sventurato ordinamento.

Anche qui, com'era prevedibile, la dimostrazione dell'ineguatezza del sistema processuale romanosì si fonda essenzialmente su una descrizione di tale ambito giuridico svolta in maniera affatto fuorviante e distorta, incorrendo in una serie di errori invero inauditi, a cominciare dall'affermazione (p. 58 s.) secondo cui (l'esempio è tratto da Paul Veyne, *L'impero romano*, in «*Histoire de la vie privée*» – cur. Ph. Ariès, G. Duby –, I. «*De l'empire romaine à l'an mille*», Paris, 1985, trad. it. – «*La vita privata dall'impero romano all'anno mille*» – Roma-Bari, 1986, p. 118 ss.), nel caso un ricco vicino devasti il nostro fondo malmenando fino alla morte i nostri schiavi, «per il diritto romano il nostro vicino ha commesso un illecito civile» (il che quantomeno suona piuttosto riduttivo – e a maggior ragione per quanto riguarda l'epoca imperiale cui ci si riferisce – in relazione ad una strage, sia pur di schiavi: in Paul Veyne, si dice senz'altro che il vicino «uccide i nostri schiavi»): «pertanto è nostro onere proporre azione e procurare la presenza del convenuto in corte» e «quindi dobbiamo prenderlo tra i suoi schiavi, portarlo via, imprigionarlo, trascinarlo in corte».

Se già tali affermazione consigliano di evitare qualsiasi commento sulla improbabile preparazione istituzionale di Paul Veyne come dell'autore del saggio in esame e sulla assenza di ogni presupposto minimo che preclude loro ogni accettabile visione della procedura civilistica romana (si veda anche, a p. 60, la topica secondo cui «l'attore doveva enunciare la propria pretesa in un documento scritto», ossia in una «formula», «per chiedere al pretore la concessione di un rimedio»), le conclusioni di tale ipotesi fantagiuridica sono ancora più incredibili: infatti, conclude l'autore sulla scia di Paul Veyne, «se non ci riusciamo, perché abbiamo solo due schiavi e lui ne ha venti, il procedimento non può avere inizio», e «possiamo solo riuscirci facendoci 'clienti' di qualche ricco patrizio» (*sic*), poiché «se ci sottomettiamo a costui, ne faremo il nostro patrono, che manderà i suoi schiavi a catturare il vicino, in modo che il processo possa iniziare»: ed è ancora più divertente come Paul Veyne, confondendo senza problema la *manus iniectio* protorepubblicana con *in ius vocatio* e *vadimonium* stragiudiziale (il saggio ha come titolo appunto *L'impero romano!*), non si periti di affermare che per assicurare la presenza del convenuto in giudizio «dovremmo andare a impadronirci di questo individuo in mezzo ai suoi sgherri, portarlo via e incatenarlo nella nostra prigione privata, fino al giorno del processo» ... Eppure bastava compulsare velocemente un qualsiasi «bigino» di istituzioni di diritto romano per avere qualche minimo lume – oltre che sulla *lex Iulia de vi publica et privata*, che in età augustea attrasse nell'ambito della repressione pubblicistica altresì l'occupazione a mano armata di immobili privati – sul fatto che il convenuto citato (non certo condotto a forza) in giudizio, se non si fosse presentato, sarebbe andato incontro a sanzioni per la sua *indefensio* che, pur in assenza del normale processo, avrebbero comunque condotto ad un completa soddisfazione dell'attore. E' chiaro che, se si vuole divertire il lettore sprovvisto e convincerlo per tal via delle proprie ragioni, si possono inventare anche cose più assurde: ma è ovvio che tutto ciò non ha nulla a che vedere con il diritto romano.

Tutto questo, però, non basta ancora: infatti, sempre sulla scia di Paul Veyne, dalla pecuniarietà della condanna romana si deduce che noi, vinta la causa, avremmo dovuto «impossessarci (fisicamente e con l'aiuto del nostro patrono) dei beni del convenuto, venderli, trattenerne il denaro corrispondente al valore della piccola fattoria e restituire l'eccedente al vicino» (p. 59): e, senza perdere tempo a ricordare come in realtà, nella pecuniarietà tipica della *condemnatio* romana, l'attore si sarebbe ben diversamente rifatto sui garanti processuali e come d'altra non fosse assolutamente necessario, per realizzare un limitato credito, aggredire esecutivamente l'intero patrimonio del debitore, anche qui è inutile ogni commento su errori che, del resto, sembrano travalicare il diritto romano per

riguardare la stessa procedura esecutiva in quanto tale nonché la prospettazione stessa di una simile fattispecie (il «valore della piccola fattoria» in se stessa non corrisponde infatti necessariamente – ed anzi è in linea di massima cosa affatto diversa – al danno dovuto alla sua devastazione, da cui l'autore muove: del resto, in Paul Veyne, ancor peggio si parla prima della necessità di «farci restituire la nostra proprietà», confondendo la procedura interdittale cui verosimilmente si sarebbe ricorsi nella fattispecie in esame con l'esperimento, in casi simili il più delle volte inutile, di una *reivindicatio*).

Ora è vero che, come premette Pier Giuseppe Monateri, l'esempio è appunto tratto da altri, ossia da Paul Veyne (p. 58: «esaminiamo ora il resoconto degli storici sulla medesima storia»): tuttavia non si capisce perché mai l'autore, se voleva individuare un esempio significativo della pretesa farraginosità e l'inadeguatezza del processo romano, abbia chissà perché preferito andarlo a cercare in uno storico piuttosto che in uno studioso di diritto romano, e l'abbia ripreso senza sentire il bisogno di alcun controllo, magari chiedendo almeno un semplice parere ad un collega romanista; in un *pamphlet* tanto ostile al diritto romano, e in una argomentazione volta a dimostrare una volta per tutte la inefficenza della sua procedura, la scelta di un esempio sintomatico in tal senso avrebbe forse dovuto essere compiuta con maggior accortezza ... Ma ciò non fa altro che dimostrare ancora una volta l'affrettata superficialità degli argomenti su cui il saggio in esame è edificato.

In certo modo, poi, persino più inquietante per un comparatista mi sembra la deduzione secondo cui – nel famoso caso gaiano della perdita della lite, nel processo *per legis actiones*, dovuta alla menzione delle *'vites'* anziché delle *'arbores'* – tale conseguenza fosse dovuta al fatto che «il diritto romano, lungi dall'essere 'razionale', era intriso di magia ... anche nel momento procedurale» (p. 59 s.), sovrapponendo per di più tale aspetto ad un retaggio del primitivo stadio della vendetta privata (p. 60: l'esempio gaiano tende infatti ad essere riferito dall'autore al II secolo d.C.): confondere il formalismo con la «magia», in effetti, sembra qualcosa che non può essere visto come dovuto solo a scarsa conoscenza del diritto romano, e che riguarda quindi le generali prospettazioni giuridiche di fondo proprie del saggio. Né si vede quale soddisfacente «comparazione» tra i vari ordinamenti possa essere elaborata se non si è in grado di distinguere ciò che è «magico» da ciò che è formalistico o, come si è visto, il valore ancora «magico» dalle implicazioni performative di determinate parole.

In ogni caso, è su tali fondamenta che l'autore arriva finalmente alle conseguenze «afrosiatiche» che gli stanno a cuore, affermando che tutto cambiò grazie alla «grande crisi del III secolo», ove finalmente la *cognitio* avrebbe affidato l'intero processo a un funzionario imperiale incaricato dell'intero giudizio (p. 60 s.): una *cognitio* di cui certo non interessano le lontane origini romane, quantomeno augustee, ma che viene ovviamente ritenuta un munifico dono della «prassi ellenistica», così da poter trionfalmente affermare che «solo dopo la grande crisi il diritto romano divenne efficace», ossia che «solo quando ... perse il suo carattere originario a favore di caratteri più 'orientali' del tardo impero» esso «divenne pronto per l'ideologia 'occidentale' del diritto»: e per tal verso erano ovviamente, secondo il saggio, i romanisti che parlano di una «distorsione» del processo delle origini, poiché in realtà essi pravamente non vogliono ammettere che «il diritto romano era concretamente inefficiente come sistema giuridico», e che divenne invece soddisfacente solo quando venne «'distorto' dalle pratiche provinciali», cosicché una più compiuta tutela dei diritti è in realtà «attribuibile più alla parte orientale del bacino del Mediterraneo che a Roma» (p. 61).

Anche per quanto riguarda la giurisprudenza romana, il saggio ha quindi pronto un epocale disvelamento di verità nascoste che ribalta ogni convinzione in materia degli ingenui storici del diritto che l'hanno preceduto: i giuristi non sarebbero infatti stati se non l'empirico rimedio affermatosi a Roma per rimediare «ai due più gravi difetti istituzionali del diritto romano», ossia «la mancanza di corti regolari e di giudici di professione» e «la mancanza di scuole di diritto in Roma fino al diritto postclassico» (p. 63: che in realtà invece ve ne fossero è un volgare dato di fatto che evidentemente è qui considerato del tutto trascurabile): in tale situazione, l'ordinamento – ovviamente «primitivo e difettoso» – avrebbe «concesso spazio ai giuristi relegando» – *sic* – «l'amministrazione del diritto a privati cittadini», cosicché questi ultimi, ossia i giuristi tratti dalla nobiltà romana (p. 62), nell'inesistenza di «corti stabili di giustizia» e di magistrati che fossero esperti di diritto (p. 63), sarebbero di-

venuti essi stessi il diritto (p. 64: «i membri dell'aristocrazia avevano un interesse personale nei processi: loro *erano* la legge»: un diritto, insomma, un po' «cosa nostra»); il tutto in un sistema clientelare di patronato ove, in realtà, «non c'è bisogno di leggi per ottenere giustizia e al posto dei giudici, nell'accezione moderna del termine, i patroni si servono di un apparato di mediatori – arbitri – che per loro conto possono gestire la giustizia tra i vari gruppi» (p. 63). E questa descrizione, svolta secondo canoni di antropologia giuridica normalmente riferiti ai sistemi dei popoli tradizionali o primitivi, sarebbe una «immagine che si intona perfettamente ad una descrizione imparziale dei meccanismi della giustizia romana» (p. 63). Si giustificano così i lazzi levati contro tale barbarie giuridica, e arguzie quali quella inserita dall'autore dopo avere esposto la sua fantasiosa ricostruzione della ricordata lite circa il fondo devastato dal vicino (p. 59): «Si potrebbe davvero desiderare una tale forma di giustizia? Se Voltaire disse di essere felice che la terra promessa, un deserto roccioso e un fiume arido, non fosse stata promessa a lui, potrei dire di essere felice che i miei diritti non siano tutelati dalla giustizia romana. E' una giustizia congegnata per i capi di potenti clan. Perciò difficilmente può, qui, parlarsi di un sistema giuridico, in quanto esso consista in un meccanismo di attuazione e applicazione di regole. E' chiaro che l'applicazione del diritto dipendeva, invece, concretamente solo dalla forza sociale delle parti. Era un modo di ottenere vendetta con l'intervento legittimante di un magistrato per garantire il rispetto di certe forme» (e a questo punto, se qualcuno dicesse che è contento di non vivere in un ordinamento ove si gettavano i sessantenni dai ponti e si marchiava a fuoco la fronte dei calunniatori con la lettera «K», pur ridendo di simili notori equivoci di cui ben si sa la completa falsità, bisognerebbe in ogni caso ammettere che si tratterebbe di fole in fondo meno assurde di quelle in cui dimostra di credere l'ingenuo *pamphlet* in questione).

Di fronte all'interessata pochezza un po' mafiosa di una giurisprudenza romana ridotta ai sospetti interessi di alcuni capoclan esperti e faccendieri di diritto (in cui una bieca famiglia, nientemeno che la *gens Mucia*, avrebbe esercitato addirittura «una sorta di monopolio di fatto» sul diritto: p. 64), la salvezza venne, come in un *Signore degli anelli* rovesciato, ovviamente e ancora una volta dall'Oriente: e qui l'autore (che dal tono entusiasta con cui le magnifica sembra in effetti avere ben scarsa dimestichezza con le semplici se non rozze statuizioni dei cosiddetti «codici cuneiformi» così come con il *corpus* giuridico del Pentateuco) si lancia in una fantasiosa ricostruzione in cui – muovendo da una pretesa tradizione «dotta» di cui le legislazioni mesopotamiche farebbero parte, e di cui anzi sarebbe parte integrante anche il diritto d'Israele – attraverso una non meglio specificata «attività intellettuale» presso tali popoli «svolta sul diritto» per «affrontare i problemi sociali» giunge a parlare delle ipotesi avanzate in dottrina circa una «attività didattica» di cui tali «codici» sarebbero testimonianza e che, risalente ai Sumeri, sarebbe stata poi estesa a tutto il Vicino Oriente, ricavandone, invero alquanto prestidigitatoriamente, l'esistenza di vere e proprie «università» dove, molto prima di Roma, «si insegnava e si elaborava anche il diritto» (p. 65 s.).

A tali illazioni ha già esaurientemente risposto Eva Cantarella (p. 11 ss.), osservando che – anche ammesso che si debba accettare la alquanto discussa tesi secondo cui tali «codici» sarebbero il risultato, forse poi recepito legislativamente, di una tradizione casistica di esperti che elaboravano il diritto partendo da decisioni, in primo luogo giudiziarie, per risolvere su tale falsariga ipotesi analoghe ed arrivando così alla compilazione di «cataloghi» di fattispecie –, nella più concessiva delle ipotesi si tratterebbe sempre di elaborazioni meramente casistiche, appunto una «scienza di liste» (non una «scienza giuridica») che operava del tutto priva di ogni concettualizzazione giuridica e di qualsivoglia specifica sistemazione epistemologica delle varie fattispecie.

Ma Pier Giuseppe Monateri va oltre tali tesi, e muovendo dal fatto che «i greci non svilupparono mai una scienza autonoma del diritto e una specifica professione giuridica», per cui sarebbe semplicemente «fuori luogo sostenere che un contatto con i greci partorì il frutto della scienza giuridica romana» (p. 65: ove non si tenta neppure di porre mente al fatto che, com'è noto, l'influsso greco si concretizzò non certo in un diretto insegnamento giuridico bensì nel fornire strumenti tecnico-filosofici di tipo diairetico), egli giunge quindi a sostenere che gli influssi ellenistici sul diritto romano non avrebbero avuto nulla a che fare con la cultura greca, e sarebbero quindi semmai da

rintracciare appunto nelle «scuole del diritto» del Vicino Oriente, al di fuori, quindi, di ogni prospettiva «ariana» ed «indoeuropea» della scienza giuridica, la quale sarebbe quindi da considerare «non romana e non greca» (p. 66). Mentre infatti la scienza giuridica romana sarebbe come si è visto «basata su schemi completamente estranei alla successiva tradizione giuridica occidentale» (p. 67), sarebbe stato solo a partire da Vespasiano e dalla comparsa dei giuristi burocrati e non più aristocratici, e ancor di più a partire dal dominato, che la professione giuridica sarebbe stata finalmente organizzata in una «scuola di diritto» ed il diritto dell'impero, «de-romanizzandosi» e «globalizzandosi» in «una società multiculturale», sarebbe pervenuto a una dimensione accettabile e moderna (p. 68): una verità, *et pour cause*, nascosta dai romanisti, che a tale proposito si ostinano a mentire parlando di «semplificazione» e «volgarizzazione» del diritto.

In tale disvelamento della reale matrice afroasiatica del diritto romano maturo, anche i giuristi romani divengono quindi non a caso tutti di origini orientali, africane o siriane (p. 69), secondo prospettive temporali assai incerte ove i giuristi classici vengono tendenzialmente proiettati nell'età successiva alla grande crisi del III secolo, ossia in un'epoca in cui com'è noto essi erano ormai scomparsi, concludendo dunque che il tardo impero avrebbe una volta per tutte posto le basi per un diritto moderno che non avrebbe avuto più nulla a che fare con l'autoctono diritto dei Romani (che il saggio – p. 68 – tende ovviamente a considerare i soli abitanti di Roma, gli unici cui sarebbe pertinente il «diritto romano», un ordinamento da considerare quindi – p. 69 – «basato sulla *civitas* e probabilmente sulla *razza*»: ed è meglio evitare qui ogni commento su tale assurda nozione della cittadinanza romana). Non conoscendo né preoccupandosi di conoscere il livello delle compilazioni giuridiche postclassiche, e scorgendo anzi nella scomparsa dei giuristi una positivo assorbimento di questi in un superiore quanto fantomatico ceto professionale finalmente formato in regolari scuole di diritto, ecco che si può senza problema affermare che dunque l'eredità giuridica cosiddetta romana in realtà «fu del tutto non romana», una «eredità di menti 'orientali'» (p. 71), anche in quanto, secondo una disinvolta interpretazione – sembrerebbe – della cosiddetta «legge delle citazioni», «il progetto di riscrittura del passato nei 'libri' portò concretamente a decidere chi fosse investito dell'autorità di parlare e chi ne fosse privo», zittendo una volta per tutte, in tale mirabile ricostruzione storica, ogni voce che avesse l'imperdonabile colpa di riflettere la prospettiva giuridica romana, troppo «primitiva» ed «intrisa di magia». Tutto ciò, tuttavia, sino alla coraggiosa denuncia ed all'epocale disvelamento operati dall'autore sarebbe rimasto nascosto alla storia solo perché, in una sorta di complotto improntato a «politiche culturali reazionarie», avrebbe sinora trionfato una «posizione meramente ideologica, volta a falsare la nostra coscienza storica e il nostro debito verso i non romani», in una planetaria «rimozione» delle origini non romane del diritto romano (p. 72).

Sono quindi queste le fondamenta storico-ricostruttive su cui il saggio ritiene di aver dimostrato le quattro tesi enunciate come proprio fine (p. 24): non è vero che «il diritto romano fu il sistema giuridico meglio sviluppato e più sofisticato del mondo antico»; non è vero che «il diritto romano si pone alle origini della tradizione giuridica occidentale, rendendola peculiarmente 'occidentale'»; non è vero che «il diritto romano ha una rigogliosa capacità di auto-rinnovarsi e ancora oggi può essere impiegato come base per gli ordinamenti positivi»; non è vero che «il diritto romano fu il portato di un peculiare 'genio' etnico romano per le questioni e le dottrine giuridiche».

Tuttavia, al di là di tutti gli incredibili errori di diritto romano su cui si incardinano le fantasiose decostruzioni e ricostruzioni recate dal saggio a dimostrazione di tali tesi, sono infine altresì da considerare, per completare la sua valutazione, le due generali posizioni su cui si fondano i taciti presupposti di tale indagine, ossia la visione parcellizzata della storia, che nega implicitamente qualsiasi continuità di una tradizione enfatizzando ogni minima rottura ed ignorando ogni più ampia persistenza di fondo, e – strumentale alla prima – la prospettiva secondo cui il diritto consisterebbe soltanto nel suo enunciato normativo, negando quindi ogni rilevanza alla sua elaborazione e quindi alla sua costruzione sistematica quale ordinamento giuridico.

Sul primo aspetto ci si è in parte già soffermati, e sembra sufficiente ricordare qui ancora una volta le pacate notazioni di Eva Cantarella (p. 116 s.), secondo cui, se il diritto romano non è certo

una sorta di monolite che tranquillamente perduri inalterato e sempre eguale nel suo arco storico più che millenario per poi proseguire la sua vita al di là della scomparsa dei suoi reali contesti storico-costituzionali, tale da permettere di rintracciare ancora la dimensione romanistica degli ordinamenti attuali nella *littera* delle fonti romane, e se d'altra parte non si può ovviamente considerare la «tradizione romanistica» come qualcosa di assolutamente unitario ed immediatamente caratterizzante la coscienza giuridica europea, cionondimeno non si può negare l'esistenza, per usare le parole di Emilio Betti, di una «ininterrotta catena di pensiero che, attraverso il diritto comune, congiunge noi giuristi moderni ai romani»: ed è fuori luogo pretendere, come vorrebbe Pier Giuseppe Monateri, una assoluta continuità granitica ed ininterrotta per ammettere l'esistenza di una «tradizione», dato che la storia che ci riconduce ai romani non è solo una vicenda di forzata continuità, ma anche una serie di rotture e di mutamenti che, insieme alla prima, costituiscono anch'esse un elemento irrinunciabile di tale «tradizione». E in effetti, se proprio la presenza di momenti di rottura e di differenze mostra, nel valutare gli accadimenti come conformi ovvero o contrari a tale punto di partenza, la centralità del diritto romano e della sua sopravvivenza nella civiltà giuridica europea, sembra altresì di per sé contraddittorio pretendere che per aversi una «tradizione», si debba rintracciare una linea di continuità ininterrotta, dato che in tal caso, ovviamente, non si parlerebbe più di una «tradizione giuridica europea» fondata sul diritto romano, ma, appunto, addirittura di una perdurante vigenza di quest'ultimo, sia pur nel caso tradotto in nuove norme e nuovi codici: cosa che, ovviamente, a nessuno verrebbe mai in mente.

Più importante è, invece, analizzare brevemente le modalità secondo cui l'autore propone una nuova ricostruzione della storia giuridica occidentale secondo quello che egli chiama un «modello di 'discontinuità'» che si oppone appunto alla «visione 'originalista' del diritto romano» e al «modello di 'continuità' ad essa associato» (p. 25). Infatti, in primo luogo, se per un verso egli enuncia una ricostruzione storica operata attraverso schemi di continua rottura, tuttavia, ponendo la tesi di una origine «afrosiatica» del diritto romano, e quindi della «tradizione» che esso trasmetterebbe al mondo europeo, egli risulta pur fare egualmente leva su di una continuità di fenomeni di recezione e di influenza che presuppongono una diversa, e ben più dubbia, «tradizione giuridica» del Mediterraneo orientale, di cui si sono già in parte viste le fragili fondamenta probatorie, edificando su di essa una analoga anche se diversa sorta di «continuità» e «tradizione»: e, soprattutto, egli non concepisce la decisiva influenza di tali elementi perduranti, come sarebbe normale alla mentalità del giurista «occidentale», in termini di costruzioni sistematiche – le uniche atte a costituire la dimensione portante e significativa del diritto in quanto «ordinamento» –, bensì le rintraccia in semplici recezioni di singole statuizioni normative, fenomeno da esso ritenuto in quanto tale idoneo a connotare il sistema giurico che recepisce queste ultime in una dimensione non più autoctona nelle sue stesse coordinate di fondo.

Sotto il primo aspetto, se si è già vista l'assurdità degli elementi giusromanistici su cui il saggio edifica la propria ricostruzione, non è minore l'imprecisione e l'erroneità degli aspetti dei diritti orientali richiamati dal saggio, al pari delle impressionistiche schematizzazioni, strumentali alle tesi in tal modo dimostrate, in cui per di più esse vengono collocate. Così, in particolare, il cosiddetto «libro siro-romano di diritto» viene presentato – p. 29 s. – come «uno straordinario libro di diritto comparato sulle istituzioni siriane e romane» di cui si magnificano addirittura le «analogie con i testi giuridici cuneiformi», senza assolutamente – a parte ogni altra imprecisione e soprattutto al di là dell'accettazione acritica di tesi estreme – far cenno alla sua datazione, così da dare al lettore non specialista l'assurda idea, del resto sfruttata sino in fondo dal saggio, che tale fonte sia tanto risalente da porsi alle origini del diritto romano, di cui sin dagli esordi sarebbero chiare le potenziali e magari determinanti influenze da parte degli «altri diritti antichi non indoeuropei»: se si fosse invece avuta la correttezza di dichiarare che il «libro siro-romano di diritto» (o *Dikaiòmata*, o *Leges saeculares*) risale ad epoche ben posteriori, e probabilmente al V secolo d.C., tutta tale argomentazione falsamente suggestiva sarebbe ovviamente divenuta impossibile, e a maggior ragione il saggio non avrebbe potuto concatenare probatoriamente tale aspetto, con incredibile viaggio nel tempo, all'assunto, riferito ad ere alquanto più antiche del «libro siro-romano di diritto», secondo cui, in una dimensione

non «ariana» bensì «semantica», nelle sue stesse origini «il diritto romano si sviluppò come un insieme di elementi mutuati dall'Egitto e dal Medio Oriente» (il saggio, in effetti, sovrappone spesso la vecchia prospettiva europea, secondo cui i paesi in questione sono il «Vicino Oriente», con quella statunitense ed ormai predominante, nella quale, essendo «Vicino Oriente» l'Europa, la parte mediterranea dell'Asia diventa invece «Medio Oriente»).

In tale dimensione falsificante, il saggio richiama altresì le teorie di Eugène Revillout e le sue insostenibili ricostruzioni secondo cui il diritto romano sarebbe derivato del diritto babilonese per quanto riguarda il diritto commerciale e quello delle obbligazioni, dal diritto greco in ordine al diritto pubblico e dal diritto egizio relativamente al diritto delle persone e alle generali concezioni giuridiche (p. 31 s.): si ammira così e si loda il lavoro di «decostruzione» dell'egittologo ottocentesco, e se si riferiscono le critiche destinate dalle sue incredibili tesi e si ammettono in qualche modo i loro intrinseci difetti, egualmente (due più due fa indubitabilmente quattro – diceva Dostoevskij nel suo *Diario di uno scrittore* –, ma se talvolta facesse cinque sarebbe molto più bello) si tendono a sminuire questi ultimi e a rifiutare le prime affermando che in realtà la sua vera colpa fu di essere uno «non-specialista», che ebbe comunque il merito di fondare la sua opera «su di un approccio diffusionista», e si chiamano in suo aiuto le in fondo meno peregrine idee di Georges Vacher de Lapouge sull'uso da parte del *praetor peregrinus* dei sistemi giuridici orientali e sui consimili «trapianti» operati dai giuristi classici nella trasformazione del diritto romano in un «diritto globale» dell'impero «mediante l'inclusione di molte pratiche delle provincie entro la cornice delle categorie giuridiche romane» (p. 32 s.: ed è notevole come il saggio, come si è visto tanto schizzinoso verso ogni pur minimo sospetto di razzismo in relazione al diritto romano, non si faccia poi scrupolo, quando come qui gli risulti giovevole, di arruolare nelle sue fila argomentative anche un razzista estremo come Lapouge: che sia per questo che, pudicamente, si preferisce sempre citarlo, in modo erroneo, come «Lapogue?»).

In ogni caso, nonostante ci si sia lasciati sfuggire quest'ultima parziale ammissione circa le «categorie giuridiche romane» e quindi sull'importanza non solo della norma in se stessa ma altresì della cornice sistematica in cui essa viene inserita, le critiche della dottrina dominante a tali ipotesi circa un'origine «afro-semantica» del diritto romano vengono tranquillamente beffeggiate dal saggio, che non riesce ad accettare l'idea che un ordinamento possa anche recepire singole soluzioni normative provenienti da altri ambiti giuridici ma nondimeno inserirle in un contesto sistematico diverso, che le fa proprie e le impronta ad altri e ulteriori significati giuridici: cosicché (p. 33 ss.) le posizioni di Gilson, Mitteis, Goldschmidt, Glasson, Lambert e Appleton circa l'originalità e la capacità di rinnovamento propria del diritto romano vengono derise e ridicolizzate, ironizzando in particolare sulla teoria della cosiddetta «assimilazione organica» di elementi esterni al diritto romano (visto caricaturalmente come un diritto «puro e originario» che si sentirebbe «deformato» dall'influsso di altri ordinamenti) e tacciandola nientemeno di essere soltanto una «ricostruzione estetica» e un «artificio meramente retorico» in base alla quale «il diritto romano *possiede un corpo* che, grazie alle sue qualità, esce dai più pericolosi contatti 'più vivo e più giovane'» (p. 34): in particolare (p. 35), le tesi di Mitteis, secondo cui gli influssi orientali di ordine pubblicistico sul diritto romano vennero mediati dal mondo greco, viene confusa con un problema di paternità della forma «sacrale» dell'impero autocratico, cosicché il grande studioso può quindi venire senza problema deriso – sgradevole, in particolare, la metafora del «confondere il lattaio con la mucca» – in quanto, anziché accettare l'origine «afro-semantica» di tale modello, egli pretende di puntualizzare che si trattò in ogni caso di una derivazione non diretta ma mediata dalla cultura ellenistica che l'aveva recepita (e rielaborata) dal mondo mediorientale (tra l'altro, il saggio non sembra sempre ben distinguere la nozione di «greco» da quella di «ellenistico», come forse si è già avuto modo di notare). In tale contesto, com'era prevedibile torna anche la «teoria del complotto» cara alle tesi dell'autore: e infatti (p. 35) «un autorevole studioso come Paul Koschaker (magari anch'egli al soldo dei «poteri forti» della «moderna civiltà industriale») percepì il carattere strategico della «assimilazione organica» e dimostrò «come avrebbe potuto aiutare a evitare la 'detronizzazione' del diritto romano».

In realtà, il vero problema interpretativo che emerge dalle pagine del saggio risulta incentrarsi

sull'incapacità di comprendere la sola idea di un diritto che possa rinnovarsi nei suoi contenuti normativi pur rimanendo in linea di massima inalterato nella sua dimensione sistematica e come ordinamento in quanto tale: l'effettivo punto, cui il saggio continua a girare attorno senza volersene rendere conto, è che una cosa è la singola disposizione precettiva, altra e diversa cosa è il reticolo generale in cui questa viene inserita, acquistando nel caso valenze sensibilmente diverse nel passaggio da un ordinamento all'altro. Forse fuorviato da una troppo entusiastica adesione al modello «diffusionista» in contrapposizione a quello «creazionista», il saggio sembra in effetti non andare oltre ad un mero problema di paternità della norma, senza considerare come in realtà la statuizione giuridica, pur nella sua indubitabile importanza, rimane in ogni caso un aspetto «bruto» del diritto, soggetto inevitabilmente a venire reinterpreto in modi diversi e ad essere coordinata sistematicamente in prospettive sempre nuove a seconda dei contesti in cui si trova ad essere inserita e delle successive contingenze che si susseguono storicamente (la semplice idea che le norme si combinino risolutivamente tra loro in nuove norme sembra del tutto estranea a tale ricostruzione): per cui, anche ammettendo che la recezione di norme esterne al diritto romano sia stata così massiccia come l'autore pretenderebbe, rimarrebbe sempre il problema – per nulla affrontato dal saggio – della capacità dell'ordinamento in questione di assorbire e di dare nuove implicazioni e valori alle norme così fatte propria (e si è infatti visto come il saggio riduca ad una sorta di trovata pubblicitaria da *beauty center* la concezione «organica» del diritto). In tale incontenibile pulsione «decostruzionista», la furia di trovare i «pezzi» di cui è composto l'ordinamento e di individuare i «trapianti» con cui sarebbe stato edificato rischia alla fine di trasformare il sistema giuridico in una serie di brandelli anatomici cui nessun dottor Frankenstein riuscirà mai, neppure con la forza del fulmine, a ridare vita – un po' come i bambini, dopo aver smontato un giocattolo e mischiato i pezzi, tentando di rimontandolo si stupiscono ingenui che esso non funzioni più.

Quando Pier Giuseppe Monateri parla, in polemica con Alan Watson, di «dispersione» e «disseminazioni» di elementi giuridici da un sistema all'altro, ossia di «trapianti giuridici», inizia con il postulare arbitrariamente che questa teoria si identifichi con quella della «discontinuità» storica (p. 40: «allora la questione della disseminazione e della discontinuità nella storia comprende quella diffusione dei modelli giuridici»), fenomeni la cui assoluta coincidenza non è ovviamente così assiomatica come il saggio dà invece per scontato, così come appare alquanto apodittico, del resto, implicare che il modello «originalistico», contrapposto a quello della «discontinuità», sia necessariamente strumentale alla tesi che considera il diritto romano un ordinamento superiore agli altri e direttamente collegato da una «tradizione» al moderno mondo occidentale (p. 24 s.); infatti, non viene neppure presa in considerazione l'idea per cui, in estrema ipotesi, il diritto romano potrebbe essere frutto nella sua totalità di norme derivanti da altre culture senza per questo perdere la sua intrinseca originale superiorità, dato che anche in tal caso conserverebbe inalterato il merito di aver saputo elaborare in un sistema coerente e più avanzato in una prospettiva tecnica-sistematica tali norme, elevandole ad elementi di un ordinamento di grado superiore rispetto a quelli da cui erano tratti: né, per tal verso, l'accettazione di una origine «diffusa» delle norme giuridiche impedirebbe menomamente che, proprio grazie alla superiorità di tale ordinamento, da esso si sviluppi una tradizione giuridica perdurante nei secoli e collegata senza sensibili soluzioni di continuità al mondo coevo.

Del resto, il saggio per tal verso tende, in primo luogo, soprattutto ad esasperare i termini della questione, sostenendo, in particolare, che «se si postula una stretta correlazione tra diritto e società, i trapianti dovrebbero considerarsi virtualmente impossibili» (p. 40), dando con ciò per dimostrato quello che si dovrebbe ancora provare e che del resto non verrà fatto, ossia che il diritto non consiste che nella somma delle specifiche norme che lo compongono, in quanto, se così fosse, in effetti ogni norma allora dovrebbe in ipotesi indefettibilmente riflettere nella maniera più immediata ed esclusiva la peculiarità del contesto che l'ha prodotta: e infatti il saggio non vuole neppure prendere in considerazione l'idea, peraltro abbastanza ovvia, che ogni sistema giuridico abbia, nel suo complesso, una generale caratterizzazione di fondo che, in ogni caso, lo distingue dagli altri e gli permettere di accettare prestiti esterni immettendoli nella propria congerie sistematica, senza per questo

perdere le peculiarità fondamentali che gli sono proprie. Per tal verso, contrastando le posizioni – giudicate «errate e politicamente *naïves*» – di Alan Watson, secondo cui la formazione del diritto è in buona parte casuale ed autonoma rispetto ai fattori sociali ed economici in quanto prodotto da una *élite* relativamente isolata (p. 41), ecco che con il rifiutare tale impostazione il saggio tende a considerare solo perciò escluso ogni ostacolo che implichi una distinzione tra l'insieme di norme (o anche delle «tecniche», come si aggiunge a p. 42) mediate da altri ordinamenti e la specificità del sistema giuridico che le recepisce.

Pur ammettendo con un certo scetticismo che, in ipotesi, si può pensare che «possiamo sostenere che ogni nuovo trapianto, o ogni apparente cesura con il passato, è un rinnovamento dell'antico, ovvero un tratto originale che trasforma il trapianto in un prodotto propriamente romano», e che quindi «se focalizzamo l'attenzione sul paese ricevente, possiamo sempre sostenere che la genialità può trovare la sua espressione anche nella prontezza ad assorbire ed assimilare nozioni e tecniche da altri sistemi» – e questo in quanto, citando un altro autore, si ammette che si possa pensare che «quando testi di un sistema giuridico vengono recepiti da un altro, essi verranno utilizzati nel sistema ricevente in funzione delle necessità, dei valori e del sistema di significati di quest'ultimo e non del primo» –, il punto che per l'autore rimane fondamentale è che «il sistema ha trovato ispirazione altrove e che proprio perciò strategie culturali interne sono state in grado di evolvere proprio in virtù del 'contatto' esterno e della 'contaminazione'» (p. 42); e d'altra parte, se le parziali ammissioni precedenti sono vere appunto «focalizzando l'attenzione sul paese ricevente», la questione tra scegliere questo e l'opposto punto di vista risulta in tale impostazione cosa semplicemente relativa, e non riguarda certo la verità del fenomeno, tanto che così si continua: «Se accogliamo la nozione ermeneutica di conoscenza propria delle scienze umane siamo liberi di andare alla ricerca delle esigenze soddisfatte dalla teoria della unicità e della continuità del diritto romano. Una volta che il diritto romano sia concepito come un insieme di prestiti culturali, esso diviene semplicemente una realizzazione di un più ampio diritto mediterraneo e, di conseguenza, perde il suo posto privilegiato nei moderni studi giuridici. In secondo luogo, se il diritto romano non è una tradizione che si snoda dal passato al presente, è palesemente falso sostenere che il diritto moderno è basato sul diritto romano: troppe cesure si sono verificate nella storia dai tempi di Roma a oggi. Queste cesure possono essere mitigate solo ricorrendo all'idea, davvero 'metafisica', di una sottostante tradizione che evolve cambiando i dettagli, ma rimanendo immutata nell'essenza. Ancora una volta il diritto romano è destinato a perdere il suo *status* privilegiato» (p. 43).

Come si vede, nessuna dimostrazione della inesistenza di una «tradizione» viene propriamente fornita dal saggio in esame al di là della taccia di «metafisicità» scagliata come un anatema contro tale posizione, così come l'idea che ogni trapianto implichi una cesura, lungi dall'essere provata, viene meramente legittimata come punto di vista esterno all'ordinamento che recepisce la norma, punto di vista presentato soltanto in una posizione di mera alternativa a quello, opposto, che «focalizza l'attenzione sul paese ricevente»: in una impostazione dunque gratuitamente relativistica in cui scegliere l'una o l'altra prospettiva sembra una pura questione di preferenze dello studioso, senza per nulla investire, come si osservava, il tentativo di una reale ricostruzione della verità del fenomeno storico. Ma al di là della scarsa rigorosità di tale procedimento argomentativo, quello che permane sotteso ai tentativi di ricostruzione storica del saggio è sempre l'idea che, rispetto alla norma, la elaborazione – dottrinale ma altresì immediatamente intrinseca e spontanea ad ogni contesto culturale – di un sistema giuridico rimanga semplicemente mera ed iniferente sovrastruttura di fronte alla quale la norma, nella materialità della sua statuizione, resta l'unico aspetto oggettivo dell'ordinamento: tanto che, come si accennava, una qualsiasi disposizione, recepita da un popolo attraverso pur numerose mediazioni rispetto alla sua prima origine, rimane in tale visione inesorabilmente ed indelebilmente marchiata dal *copyright* dell'ordinamento ove è sorta, cosicché, in particolare, lo Stato autocratico rimane per sempre un calco mesopotamico nei diritti ellenistici come nel mondo romano e poi bizantino, senza che possano assumere una qualsivoglia rilevanza le pur ovvie trasformazioni che esso subisce nel trascorrere del tempo e soprattutto nel passaggio da un contesto all'altro.

Forse, di fronte all'odierno livello degli studi giuridici, in cui in effetti quello che le facoltà di giurisprudenza tendono a pensare di dover trasmettere ai discenti è una massa di disposizioni normative accompagnate dalle nozioni tecniche minime per consentirne l'applicazione, può essere illusorio pensare che – così come Selma Lagerlöf diceva che la cultura è ciò che rimane quando si è dimenticato ciò che si è letto – più o meno allo stesso modo il «diritto» in quanto tale sia qualcosa di nettamente distinto e superiore rispetto alla congerie di norme che di volta in volta lo compongono su di un piano materiale: basti pensare, come si è visto all'inizio di questa nota (§ 2), agli ideali cibernetici, ormai professati senza vergogna, di un diritto che propone agli «operatori politici» una gamma di diverse soluzioni normative corredate ognuna della descrizione dei vantaggi che presenta in relazione ai fini socio-economici che essi vogliono perseguire, rendendo così una volta per tutte l'attività del giurista una mera operazione tecnica che affida ad altri la valutazione sostanziale dei suoi risultati.

Ma in realtà, molto più di questo, in Pier Giuseppe Monateri la riduzione del diritto a mera disposizione normativa sembra soprattutto poggiare sull'idea, propria di tale autore – e, si potrebbe aggiungere, in certo modo della scuola cui appartiene –, secondo cui l'interpretazione giuridica è semplice «affabulazione», volta tutt'al più a rendere le «decisioni» circa l'applicazione delle norme «socialmente accettabili», mentre il diritto consisterebbe soltanto in una «allocazione di decisioni» e la giurisprudenza, lungi da ogni lavoro di sistematizzazione e di costruzione di un sistema, si ridurrebbe a far parte di quelle «comunità interagenti» (professori, giudici, avvocati) che appunto decidono, come e più dei legislatori, le modalità di applicazione delle norme (si veda in particolare, nel terzo numero di questa rivista, F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?*).

A questo punto, sembra chiaro che, se il diritto è solo norma, la «decostruzione» del «diritto romano» e della «tradizione romanistica» compiuta dall'autore si spieghi semplicemente in quanto, nella sua visione, ogni recezione di norma muta e rende inevitabilmente diverso un diritto che risulta consistere solo nella somma delle sue norme (dove il preteso trionfo del modello della «discontinuità» su quello della «continuità»), né potrebbe essere certo riconosciuto alcun valore a un ordinamento che, come quello romano, al di là dei suoi contenuti è innanzitutto, diacronicamente, sistema interpretativo e scienza del diritto: mentre del pari non può che risultare irrilevante se non senz'altro inesistente una tradizione che, come quella romanistica ed europea, poggia non solo su precisi contenuti dispositivi quanto piuttosto su di una perdurante prospettiva di architetture costruttive volte alla conoscenza riordinante del fenomeno normativo. Quando l'autore afferma che il diritto romano in pratica non esiste (p. 58), in realtà, ben di più, egli appare voler affermare che non esiste «il diritto» in quanto ordinamento e sistema (ossia, si potrebbe dire, la nozione «occidentale» del diritto), poiché per un verso esso si risolve in un coacervo di norme, delle quali si considera rilevante solo la origine prima e non la vita sistematica, e d'altra parte si riduce ogni problema di applicazione e di produzione del diritto ad un sistema di poteri più o meno forti e di «scelte strategiche», che in quanto tali nulla hanno a che vedere con l'intrinseca necessità di corretta applicazione ed amministrazione del diritto, ma si giustificano, in tale «disvelamento» dietrologico, in vista di fini socio-economici di ordine del tutto diverso.

La fragilità dei presupposti speculativi su cui simili posizioni tentano di reggersi, in effetti, si vede chiaramente – anche al di là delle estreme e fuorvianti semplificazioni storiche che ad esempio si sono viste nella loro visione del diritto romano e nei grossolani errori in cui si articolano – in un uso dei dati di fatto (o degli elementi che si pretenderebbero tali) alquanto disinvolto e prestidigitatorio, ove, soprattutto, gli aspetti considerati vengono considerati a seconda delle convenienze nella maniera più estensiva e dilatata o al contrario secondo prospettive acriticamente restrittive, senza dare alcun conto al lettore della arbitrarietà di simili esasperazioni dei punti di vista da cui la realtà giuridica è di volta in volta considerata, ed anzi cercando di nascondere quanto più possibile tali ingannevoli distorsioni prospettive. Così, in primo luogo, se si nega l'esistenza di una tradizione romanistica ed europea del diritto in nome delle cesure che la caratterizzerebbero, non ci si pone neppure il problema dell'impossibilità di una assoluta immobilità e immutabilità millenaria di un qualsiasi fenomeno, né si tenta, quindi, di definire una «tradizione» in termini, nel caso altresì quantitativi

vi, di relativa permanenza di determinate caratteristiche qualificanti, per escluderla quando queste vengano a mancare, ma si assume senz'altro che la presenza di «troppe» cesure (p. 43) implichi di per sé l'insussistenza di una tradizione, senza ovviamente specificare o solo considerare quale sia il rapporto tra tali pretese «troppe» cesure e gli elementi di continuità in cui quelle pur si collocano. Non diversamente – pur non volendo certo qui entrare nel merito della questione –, appare ad esempio poco corretto in una prospettiva metodologica opporre semplicemente, alla pretesa esistenza di una tradizione comune occidentale rispetto al resto del mondo giuridico, l'incommensurabilità del sistema di *common law* rispetto a quello di *civil law* (p. 23, 24 e 43), dato che ogni distinzione argomentativa, per poter essere posta, presuppone tra i due fenomeni un minimo elemento comune a monte di essa in cui incardinare tale distinzione, per cui ciò che appare pur diversissimo in una prospettiva interna può risultare invece alquanto meno differente ponendosi da un punto di vista più remoto, e non necessariamente i rapporti microcomparativi coincidono con i confronti macrocomparativi, specie se ci si pone su ampie prospettive diacroniche: né l'autore affronta menomamente il problema per cui, se nell'ambito europeo *common law* e *civil law* appaiono sistemi relativamente contrapposti, non è affatto detto che, ponendosi in una prospettiva ben più ampia in senso sia spaziale che diacronico (ossia appunto esterna all'Europa), queste differenze possano invece divenire secondarie: preferendo assumere pregiudizialmente che tale incommensurabilità sia un dato assoluto che prescinde del tutto dal punto di vista da cui ci si pone.

Ed è ovvio come tale sovrapposizione falsificante di punti di vista che dovrebbero essere tenuti ben distinti non possa che conformare il generale valore del saggio: qui non si tratta solo di distorsioni argomentative che inficiano un discorso che ne risulta compromesso ma in ogni caso rimane distinto da esse, poiché esse, in realtà, costituiscono lo stesso procedere argomentativo della tesi, che tende a impernarsi su giustapposizioni impressionistiche atte a conquistare l'irrazionalità di un lettore già prevenuto, scatenando la sua più o meno latente antipatia verso il diritto romano, piuttosto che a convincerlo con un discorso logico e rigoroso, quasi che, prima ancora che ogni interpretazione giuridica, fosse «affabulazione» qualsiasi discorso sul diritto, da giudicare quindi in base al suo contingente potere di convincimento di un particolare *target* di lettori, senza che in nulla rilevi la sua oggettiva (o quantomeno intersoggettiva) trattazione in ordine alla realtà del fenomeno considerato.

In effetti, il titolo del saggio di Pier Giuseppe Monateri – «Black Gaius», ossia «Gaio nero», ma nella versione *on line* anche «Caio nero» – si rifà com'è noto allo studio di Martin Bernal, *Black Athena. The Afroasiatic Roots of Classical Civilisation*, i cui tomi vennero pubblicati a partire dal 1987: uno studio che (così come anni prima si era creduto di poter sostenere che la civiltà greca fosse in realtà una derivazione traco-balcanica) pretendeva che la religione, la filosofia, l'arte, la storiografia, le costruzioni politiche elleniche fossero in realtà nate per merito di civiltà asiatiche ed africane, che i Greci avrebbero soltanto imitato, e che ebbe un relativo successo negli ambienti accademici anglosassoni in un periodo ove il fatto che Shakespeare fosse maschio, bianco, europeo e cristiano veniva considerato un giusto motivo per posporlo a qualsiasi più «politicamente corretta» oscura scrittrice africana, islamica o magari di religione animista; tesi che, passato lo sbandamento iniziale per il loro fascino consono a quei tristi tempi, vennero facilmente smascherate nei loro grossolani errori e rifiutate nelle loro architetture dagli studiosi. Se infatti risulta anche qui facile da individuare l'equivoco alla base di tali teorie, ossia il confondere la specificità di una civiltà con la pluralità degli elementi e degli apporti che contribuiscono a crearne i presupposti, anche la visuale di Martin Bernal, come quella di Pier Giuseppe Monateri, è alquanto incline a sovrapporre le forme più primitive se non embrionali di una disciplina con i suoi sviluppi più maturi, e così come il saggio in esame è portato a confondere la scienza del diritto romana con la (pretesa) elaborazione di liste di fattispecie giuridiche delle antiche scuole orientali, non diversamente Martin Bernal tendeva a porre sullo stesso piano – come stigmatizzò Arnaldo Momigliano – la registrazione di taluni eventi su lapidi o altri materiali, come si faceva in Oriente, e la storiografia greca, senza riconoscere alcuna importanza all'invenzione di un genere letterario, alla elaborazione di un metodo critico, alla individuazione di fonti, che separano nella maniera più netta e più ovvia tale «scrivere la storia» da un mero annotare acca-

dimenti ed aneddoti a futura memoria.

Anche «Gaio negro», dunque, come «Atena nera», appare irrimediabilmente portato a non distinguere l'architettura di una costruzione con i mattoni di cui è fatta e l'uso di una pietra con la scultura che ne si ricava, confondendo il diritto con la somma delle sue singole statuizioni e quindi seguendo una visione per così dire primitiva dell'ordinamento che – più consona ai modelli afroasiatici cui tale tesi egli ama rifarsi piuttosto che alle elaborazioni giuridiche romane e quindi europee – tende senza possibile alternativa a non riuscire più a scorgere alcuna differenza tra i sistemi giuridici più rozzi e quelli più evoluti, entrambi identificati senza rimedio come mere congerie di norme, così da arrivare per tal via ad attribuire una assurda centralità ad alcune pretese coincidenze normative. Visuale appunto possibile in una dimensione di totale rifiuto dell'idea occidentale del diritto come «sistema», che in effetti non ha nulla a che vedere con il diritto romano – che infatti per l'autore non esiste – né con quello europeo, ma che rimane null'altro che la prospettiva «fattuale» propria dei popoli primitivi nel disporre regole per disciplinare in qualche modo le proprie elementari necessità di vita comunitaria.

Per tal verso, anche se l'aggettivo «nero» si riferisce indubbiamente al libro di Martin Bernal e alle sue tesi incentrate sulla *Neith* africana da cui deriverebbe la greca Atena, il saggio in questione mi evoca in qualche modo, in maniera un po' irriflessa ma alquanto più pregnante, un altro famoso «nero» degli studi sul mondo ellenico, ossia «il cacciatore nero» di Pierre Vidal-Naquet (*Le chasseur noir et l'origine de l'éphèbie athénienne*, del 1968, poi rielaborato in una nuova e notevolmente ampliata versione in *Le chasseur noir. Formes de pensée et formes de société dans le monde grec*, Paris, 1981), ove l'aggettivo «nero», in contrapposizione a «biondo» (le origini e l'impegno ebraico di Pierre Vidal-Naquet eviteranno ogni sospetto di razzismo in tale dualismo), risulta indicare appunto l'adolescente che preferisce il «dato oscuro» della vita senza riuscire a superarlo e a diventare efebo integrato nella *polis*, un «preoplita» che si ferma ad uno stadio femminile e all'astuzia del cacciatore che affronta la preda con mascheramenti, inganni, reti, trappole ed agguati notturni piuttosto che a viso aperto con velocità e la forza, com'è invece uso degli eroi e degli uomini adulti, in una contrapposizione tra «natura» e «civiltà» e per certi versi financo tra «crudo» e «cotto» in cui il «cacciatore nero» che non diviene «biondo» indica colui che si ferma ad uno stadio alla fine inferiore dell'esistenza rinunciando di pervenire al gradino superiore ove diventerebbe finalmente adulto, cittadino ed uomo ad ogni effetto.

Al di là della metafora, l'idea del diritto professata dal saggio, che guarda solo alla materialità concreta della norma e non sa né vuole intuire la costruzione generale, che proprio il concentrarsi sui materiali in essa impiegati gli impedisce di scorgere, sembra in effetti costituire una visione dell'ordinamento in termini fattuali di mera norma senza sistema che ricorda in qualche modo una sorta di «prediritto» che, senza scomodare Louis Gernet, potrebbe per tal verso venire considerato come una prospettiva che risolve l'ordinamento in una serie di statuizioni che non tendono ancora ad alcuna totalizzante considerazione sistematica (il «Gaio» appunto «nero») e che non riescono quindi a trovare proprie specifiche vie per progredire verso un'architettura riordinante (il «Gaio» invece «biondo»): un fenomeno che, dal punto di vista occidentale, resta ancorato alla sua dimensione antropologica ed è ancora lungi dal diventare alcunché di propriamente «giuridico». Una dimensione, quindi, del tutto aliena dal contesto europeo, nella quale è possibile, in nome di un facile materialismo, negare che il diritto romano e la tradizione ad esso collegato, ossia la dimensione sistematica in cui si è usi sussumere i fenomeni giuridici, possa persino esistere. E in effetti il diritto in senso proprio è cosa diversa da quello considerato da tale saggio, e nelle sue pagine sembra in effetti latitare del tutto.

In ogni caso, simili attacchi al diritto romano non sono certo nuovi, e la storia ne ha superati di ben più scaltriti: anche se per noi rimane «biondo», accettiamo quindi senza problema l'idea di un Gaio «nero», così come altri hanno avanzato l'ipotesi di un Gaio femminista e a qualcuno piacerebbe magari poter inventare un Gaio – Gaia – di sesso femminile, per dotare finalmente il diritto romano altresì di «giuriste» (oltre che un Gaio «azzurro», un Gaio «rosa»), mentre a loro volte, superando ogni apparente limite del *tertium non datur*, i nostri studenti angloabbedati intendono tranquilla-

mente – quasi un Gaio «lilla» – l'*epitome Gaii* come «*epitome gay*» (probabilmente stretta parente di quel «*the quious*» con cui nella pronuncia confondono il «*de cuius*»): del resto non è escluso che presto, riscoprendo ed applicando al mondo giuridico le teorie di Erich von Daeniken e dei suoi seguaci su una civiltà umana la cui origine, come nel titolo di Peter Kolosimo, «non è terrestre», presto qualcuno ci propinerà magari un Gaio «verde» con le antenne e persino le branchie, regalando al diritto romano, dopo quella «afroasiatica», una ancor più fantascientifica ma in fondo certo più affascinante ipotesi «marziana».

4. Il saggio di Tomasz Giaro (p. 77 ss.: *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*), essendo scritto da un romanista, al di là dell'ovvia assenza di errori che lo inficino sin dalle fondamenta, non presenta conseguentemente gli apriorismi antiromanistici che caratterizzano il precedente e, come si vedrà, il successivo studio: tuttavia, esso appare subito connotarsi di una certa esasperazione ideologica di posizioni estreme e di una tendenza di fondo a considerare talune deprecabili tendenze, pur in effetti oggi senz'altro presenti, in termini di difetti genetici della romanistica in quanto tale, così da trasformare alcune critiche, che sarebbero del tutto accettabili se relativizzate in un contesto più pacato, in quello che può apparire al lettore nient'altro che un drastico quanto alla fine immotivato rifiuto di fondo di tale disciplina.

Anche in esso, com'era prevedibile, il principale tema è l'inesistenza della cosiddetta tradizione romanistica (p. 77 ss.: *L'anacronismo essenziale*): senza peraltro accorgersi che già il fatto di insistere sulla erroneità dell'idea per cui «da sempre» si postula l'esistenza di una tradizione romanistica nel diritto europeo è in certo modo piuttosto paradossale, poiché, per quanto in ipotesi sbagliata, già tale convinzione costituirebbe di per sé una «tradizione» che ha necessariamente improntato la storia del diritto europeo, che quindi, a torto o a ragione, si è per secoli modellato sulla convinzione di essere in tale alveo: cosicché a questo punto, piuttosto che negare semplicemente l'esistenza di una simile tradizione, si tratterebbe tutt'al più – una volta dimostrata, nel caso, la falsità di tale postulato in cui operavano i giuristi – di studiare semmai i rapporti e lo iato tra una realtà giuridica costituita in ipotesi da elementi estranei al diritto romano e la prospettiva invece romanistica in cui, in ogni caso, si ponevano coloro che elaboravano e quindi in linea di massima determinavano gli assetti degli ordinamenti.

Purtroppo, tale «tradizione romanistica» viene invece affrontata in una prospettiva come si diceva rarefattamente ideologica e di preventivo rifiuto, tanto che sin dalle prime righe (p. 77) viene postulata una netta contrapposizione tra la storicizzazione di un fenomeno, che presupporrebbe la sua «disattualizzazione», e la posizione che sostiene la sussistenza di una forte continuità tra il diritto romano «già abrogato» e quello civile vigente, in un «attualismo» che per l'autore escluderebbe ogni collocazione prospettica e si contrapporrebbe quindi senza alternative all'atteggiamento storicistico: tale assenza di visione storica che si pretende essere alla base dell'idea della sopravvivenza dei principi romanistici e quindi di una tradizione europea che da esso discende – assenza per nulla dimostrata ma posta in maniera che si vorrebbe assiologica – viene in modo piuttosto gratuito sviluppata (p. 78: «per chiarire meglio la distinzione tra storiografia e tradizione va rilevato che quest'ultima è un passato con forza normativa e in tal senso un passato vivo») in base all'idea per cui ciò che è ancora presente come tradizione non può in quanto tale esser oggetto di studio storico, poiché «storificare un fenomeno storico significa archivarlo come irrimediabilmente passato e pertanto non più normativo, consegnandolo ... all'esclusiva competenza della scienza storica», per cui, anzi, soltanto quest'ultima, «non più costretta dall'accettazione incondizionata dell'oggetto del suo studio, può operarne una ricostruzione razionale e critica», mentre ne sarebbe strutturalmente incapace chiunque operi nell'ambito di una «tradizione»: infatti, secondo l'autore, la scienza storica è da intendere «come storiografia contemplativa o cognitiva fondata sulla prospettiva diacronica che presuppone un senso di distanza temporale e di anacronismo», mentre l'operare all'interno di una tradizione considerata perdurante sarebbe, in quanto attività «applicativa o normativa», nient'altro che «impresa propagandistica» (p. 78).

Anche al di là della malafede che l'autore vorrebbe attribuire, in maniera piuttosto apodittica, a chiunque operi nell'ambito di una tradizione che considera perdurante e attuale, quanto soprattutto stupisce in tali illazioni è l'idea, piuttosto peregrina, che non vi possa essere studio storico in senso proprio di un fenomeno se questo non è definitivamente trascorso e concluso, falsariga che porterebbe ovviamente a ritenere che si possano considerare oggettivamente solo popoli come gli Aztechi o i Sumeri ma non invece le vicende, ad esempio, del Risorgimento italiano. Certo, è naturale che nel primo caso sia più facile e scontato un grado di notevole distacco ed oggettività che diviene meno agevole nel caso di fenomeni che si riflettono ancora nel presente, specie da parte di storici troppo coinvolti ideologicamente o comunque distratti dalle implicazioni attuali dell'oggetto del loro studio: ma tale problema, non certo nuovo agli studi di epistemologia storica ed essenzialmente relativo, viene indebitamente trasformato dall'autore in una assoluta insuperabilità strutturale, tanto da concludere: «la differenza fra tradizione tra storiografia coincide con quella fra i punti di vista interno ed esterno sui fenomeni giuridici», ove il primo verrebbe «assunto da un partecipante al sistema che ne accetta le norme, il secondo da un osservatore imparziale» (p. 78). Senza alcun'altra alternativa.

In effetti, come si accennava, molte posizioni del saggio in esame sarebbero condivisibili se viste come una parziale e contingente situazione di fatto, mentre divengono esasperazioni astratte ed inaccettabili se invece riferite, come fa l'autore, al fenomeno in quanto tale: così, quando si afferma che «lo storico del diritto, se destinato al servizio del diritto vigente, parte nella sua ricerca da problematiche dogmatiche attuali concentrandosi su elementi della dogmatica passata giudicati da tale punto di vista razionali e quindi tuttora validi» (p. 78), la sottostante convinzione che tale cattivo giurista, nel confrontare il diritto attuale con la tradizione su cui esso poggia, non sia capace di (tentare di) affrontarla in maniera critica, è accettabile se appunto lo si considera appunto un *cattivo* giurista, mentre rimane del tutto immotivata l'ulteriore illazione per cui ogni giurista che opera nell'alveo della tradizione sia in quanto tale un cattivo giurista, ancora una volta per l'autore senza alcuna ulteriore possibile alternativa.

A tale pretesa stupidità e malafede del giurista corrisponde d'altra parte la convinzione per cui un reale discorso storico, ossia «esterno» rispetto al suo oggetto e quindi «descrittivo» e non «prescrittivo», sia soltanto quello praticato «dalla sociologia, dalla teoria e dalla storiografia del diritto» (p. 78): una prospettiva che può in effetti essere accettabile se, tenendo presente quello che l'autore non ha ancora detto, la si riferisce agli studiosi di diritto romano che, occupandosi o meno altresì di diritto vigente, corrono oggi a improvvisare, nella nuova prospettiva europeistica, corrispondenze sovente piuttosto semplicistiche tra il diritto antico e quello del presente, ma che invece lasciano invero piuttosto perplessi se con tali parole si vuole descrivere, come risulta in tali pagine iniziali del saggio, il romanista che, pur occupandosi nel caso anche di diritto vigente, specie in vista delle sue scaturigini, si ponga in ogni caso come uno storico del diritto che operi al di fuori di ogni distorta prospettiva attualizzante e che, com'è giusto, cerchi per quanto possibile di tenere ben distinte le due posizioni.

Se stupisce tale pressoché intenzionale sovrapposizione di fondo del romanista al cattivo romanista – in cui d'altra parte, ancora una volta, non ci si vuole accorgere che proprio tale incapacità dei giuristi di mettere in discussione una magari solo pretesa tradizione romanistica costituisca essa stessa, di fatto, una tradizione che è difficile negare –, nella medesima direzione si collocano anche le ulteriori critiche mosse dall'autore agli studiosi della nostra disciplina, secondo cui «sono rimasti inascoltati» i moniti di Franz Wiacker, per il quale la dogmatica giuridica difetta di una dimensione storica acquistandola solo a patto di venir inserita in una più generale trama di storia sociale: ovvero la pretesa di dedurre, dall'assunto di Paul Koschaker per cui è impossibile lo studio dogmatico di un diritto alla cui autorità non si crede, che «nell'ambito della dogmatica giuridica conoscenza presupporrebbe quindi accettazione», poiché se lo storico «può essere critico nei confronti delle fonti, il dogmatico deve prestare attenzione a non intaccare l'autorità» (p. 80). Tutti pericoli, beninteso, reali e nel caso oggi magari affatto attuali, ma non certo – sulla base delle argomentazioni recate in tal senso dal saggio – intrinseci difetti inevitabili e strutturali.

In tale impiego di critiche pur condivisibili in una prospettiva fortemente ideologizzata ove es-

se vengono portate ai loro più remoti estremi in una sorta di *reductio ad absurdum*, si arriva così a rimproverare agli antichi giuristi romani, al di fuori di ogni dimensione di congruità interpretativa, il fatto di essere stati appunto dei giuristi e non degli storici (p. 81: «ma soprattutto è assente la storia, perché in un ordinamento privo di cesure legislative il giurista è profondamente calato nella tradizione»), così come appare colpa dei glossatori aver fatto rivivere i testi giustiniane in una illusoria prospettiva attualizzante – o meglio, forse, atemporale –, ponendosi in una tradizione giurisprudenziale e quindi «limitati ... al puro studio dogmatico da attuarsi attraverso l'interpretazione, sempre più evolutiva del testo» secondo metodi anche qui «tuttavia egualmente astorici» (p. 83).

Muovendo da tali presupposti, la sintesi diacronica che segue – dal *mos gallicum* che si pone finalmente una pura prospettiva storica al perdurante disinteresse verso tale impostazione che caratterizzava il *ius commune* come l'*usus modernus pandectarum* sino all'attualismo di Savigny, il cui «storicismismo» in realtà «destoricizza» ancora una volta il diritto romano in una tradizione vivente, ed alla «seconda attualizzazione del diritto romano» dovuta a Koschaker – appare ovviamente accettabile ed anzi pregevole nelle sue linee, ma lascia in ogni caso al lettore il dubbio che, criticando le vicende che nel diritto europeo hanno condotto a considerare ancora attuale il diritto romano, si voglia in realtà criticare, più che un certo modo di considerare la tradizione giuridica occidentale, la tradizione giuridica occidentale in quanto tale, considerandola intrinsecamente sbagliata nelle sue stesse basi romanistiche, specie in quanto tali critiche, a lungo tenute a freno su piani che rimangono in ogni caso scientifici e teorici, si concludono (p. 91) in maniera invero assai scomposta con invettive ahimè ancora una volta contro «la rimozione mentale della schiavitù» che consentirebbe appunto l'attualizzazione del diritto romano, in un parallelo piuttosto gratuito con la vitalità del diritto romano-olandese in Sudafrica, «paese fondato sino alla metà degli anni novanta sul regime della segregazione razziale» (e qui, a parte i compiaciuti eccessi di tali notazioni più subliminali che razionali, è inutile protestare ancora una volta su tale illegittima confusione, già considerata nell'esaminare il saggio precedente, tra l'attualità del diritto romano in quanto sistema e i suoi singoli contenuti, che possono, com'è più che ovvio, essere nel caso del tutto superati).

Anche nel paragrafo successivo (p. 91 ss.) tende a sfuggire al lettore ogni reale ragione della accesa connotazione polemica e assolutizzante di un discorso nelle sue linee essenziali pianamente accettabile nelle critiche mosse a certi automatismi prospettici della romanistica: questioni certo esistenti e pericoli reali che è bene tenere presenti, che tuttavia divengono qui immotivati attacchi alla radice stessa di tale disciplina, quasi a descriverne una pretesa ontologica incapacità scientifica ed un implicito vizio congenito che la renderebbe inabile a percepire le proprie intrinseche ed insuperabili distorsioni percettive. Gli indubbi problemi relativi ai rapporti tra Europa occidentale ed orientale in ordine alla presenza di un sostrato romanistico, alle differenze tra paesi di *common law* e di *civil law*, al più o meno effettivo elemento comune nel caso costituito dal retaggio romanistico, vengono tutti richiamati non tanto nella cornice di un sensato dibattito critico, ma come ultimativi motivi di radicale rifiuto di una romanistica che a sua volta viene tendenzialmente riassunta ed esaurita in una «romanistica comparata» (p. 97) volta ad interpretare ogni problema di diritto europeo nei termini di una «*praesemptio*, o forse *certitudo*, *similitudinis*» (p. 99) che riconduce qualsivoglia istituto attuale ai suoi pretesi fondamenti romanistici, in una sorta di «marcia gloriosa dalla *Roma quadrata* al *Berlaymonstre* di Bruxelles» che, preoccupata solo di fare del diritto romano «un diritto privato per l'Europa occidentale», avrebbe come prima vittima proprio lo studio del diritto antico, che in tale descrizione sembrerebbe pressoché ormai abbandonato dagli studiosi a favore di tale «*renoual of the old*» che ha come fine l'attualizzazione ad ogni costo di qualsiasi elemento dell'antico ordinamento romano.

Ora è noto come non pochi romanisti oggi, soprattutto nell'estemporaneità di interventi congressuali ma anche in scritti che pur dovrebbero essere più meditati, tendono con una certa facilità a ricondurre anche e persino le più recenti e peculiari figure giuridiche a fantasiosi precedenti romanistici, e non mancano neppure tetragoni sciagurati che consigliano ai neolaureati che si occupano del mandato di arresto europeo, di partire dalla *noxae deditio* romana: la stolidezza, in effetti, come oggi si direbbe è senza dubbio «trasversale», e taluni romanisti, scorgendo nel *Corpus iuris* una

sorta di libro sacro, sembrano in effetti ragionare come il califfo Omar del (falso) aneddoto sulla distruzione della biblioteca di Alessandria: se qualcosa c'è già nel Corano, è inutile e può essere quindi bruciato, se invece nel Corano non c'è, è eretico e pericoloso e va quindi a maggior ragione bruciato.

Se un tale onnifagocitante «panromanismo» – certo non nuovo ma oggi per certi versi dilagante – nasconde in maniera neppure troppo abile un ottuso rifiuto di tutto ciò che è diverso dal diritto antico e la conseguente incapacità di fondo di porsi criticamente di fronte al diritto successivo, riuscendo in tal modo a scorgere, nel caso, più intelligenti corrispondenze tra l'antico e il moderno e così mettendo più congruamente a fuoco altresì il proprio specifico oggetto di studio, il saggio di Tomasz Giaro (p. 111 ss.) ha certo il merito di dare una nutrita e godibilissima serie di assurdi esempi – che è meglio rinunciare qui a riferire per non aprire ulteriori polemiche – di simili forzature attualizzanti che rintracciano nel diritto romano, se non figure corrispondenti, quantomeno i «germi» o addirittura le «radici» di qualsivoglia istituto moderno, in una ricerca di «antecedenti» ad ogni costo, di «surrogati» e di «corrispondenze funzionali» che – oltre a negare con torpida e grossolana miopia l'importanza di ogni mutazione giuridica, riducendola a impercettibile evoluzione organica – soprattutto non sembra alla fine rendere un buon servizio allo stesso diritto romano, specie in quanto simili «antecedenti» a tutti i costi degli istituti moderni, legati ad un contesto socio-economico antico ormai per sempre tramontato nonché ad un diverso assetto giuridico-sistematico, finiscono in linea di massima per fare la figura di «cugini poveri dei loro *pendants* moderni» (p. 114 s.).

Ma, come si è accennato, se è giusto mettere in guardia la romanistica da consimili penosi tentativi di attualizzazione banalizzante e non si possono che condividere tali moniti (si veda del resto, di chi scrive, *Bellum iustum*», o *del buon uso del diritto romano*, in questo stesso numero di «RDR»), quanto appare piuttosto arbitraria e poco equanime è l'idea – sottesa alla stessa visione generale da cui muove il saggio ma che esso non si preoccupa neppure di esplicitare e dimostrare – secondo cui tale degenerare e ottuso metodo di studiare il diritto romano costituirebbe senz'altro la norma degli odierni studi in materia, arrivando addirittura a parlare di tale «romanistica comparata» come si trattasse di una compiuta fase della nostra disciplina da paragonare, ad esempio, al periodo cosiddetto interpolazionista, e della quale vengono addirittura indicate, quasi nella suddivisione di un tutto, le varie componenti (si veda ad esempio – p. 120 – il riferimento al «filone più radicale della romanistica comparata»). Sembra in effetti assurdo dimenticare il fatto, piuttosto evidente a chiunque si occupi dalla nostra materia, che per fortuna simili intemperanze «panromanistiche», eseguite in un incongruo compiacimento di un vacuo «nulla di nuovo sotto il sole», rappresentano soltanto una minima parte della letteratura romanistica attuale, che nel suo complesso è senza dubbio ben lungi da tali eccessi, che del resto mi sembrano costituire, molto più che il risultato di studi autonomamente intrapresi in tale direzione, soprattutto il deprecabile frutto dell'attuale moda di continui convegni sul ruolo del diritto romano in Europa e della facilità, in tale sede, di discorsi fondati su troppo affrettate visioni di massima di aspetti comparativi in realtà ben più complessi.

Se per un verso sarebbero quindi da tenere distinte le critiche che in ipotesi si possono muovere a un testo come *L'Europa e il diritto romano* di Paul Koschaker e i ben diversi difetti facilmente rintracciabili nei suoi minimali epigoni, senza tentare surrettiziamente di inficiare il discorso del primo con le troppo ovvie brutture in cui incorrono i secondi, d'altra parte, anche per quanto riguarda il dubbio fiorire, negli ultimi anni, di una letteratura pronta a sostenere che persino il divieto antitabagistico (come scherzavo nel mio scritto appena ricordato) era già conosciuto e praticato dai romani, facendo di questi ultimi, per superficiale ignoranza, null'altro che delle copie malriuscite dei moderni, neppure questo sgradevole proliferare di discorsi e scritti di tale scadente livello sembra da sopravvalutare facendone una caratteristica ormai qualificante in assoluto la nostra disciplina: senza guardare invece a quello che, pur nell'attuale livello non certo eccelso degli studi romanistici, continua una tradizione senz'altro migliore, e fidando magari che, con ogni probabilità, il tempo farà strame di tale deteriore letteratura attualizzante. E per tal verso sarebbe stato forse più efficace, oltre che più esatto, che queste critiche, anziché rivolgersi a una pretesa fase della romanistica in

quanto tale, avesse avuto ad oggetto senz'altro i cattivi autori che hanno cavalcato simili tendenze, appagandosi di pubblicare opere che, anticipando al mondo romano fenomeni tipici della contemporaneità, hanno soprattutto tenuto a vellicare una moda effimera e caduca per ottenere facili successi d'immagine più che di contenuto.

Del resto, se appare del tutto gratuita tale sussunzione di tutta la romanistica contemporanea nei dubbi risultati di tale «romanistica comparata», ancora maggiori perplessità destano le spiegazioni che l'autore rintraccia in ordine a tale direzione degli studi attuali, che si incardino ancora una volta su generalizzazioni di psicologie un po' alla buona e di troppo facili dietrologie: così, ad esempio, si accusa tale «romanistica comparata» di aver elaborato un modello dottrinale («che andrebbe designato come paradigma del Koschaker ammodernato») che «deve provvedere a una legittimazione storico-giuridica della mobilità delle organizzazioni politiche europee funzionale all'estensione del libero mercato» (p. 99); e a tal fine – sostituendo (p. 99 s.) nel legame tra Europa e diritto romano «il vecchio substrato essenzialista con quello istituzionalista» e la prospettiva di Paul Koschaker, secondo cui «laddove c'è il diritto romano, c'è l'Europa», con lo stravolgimento secondo cui «laddove c'è l'Europa (nel senso dell'Unione europea), c'è pure il diritto romano» («e c'è sempre stato») – gli adepti della «romanistica comparata» farebbero parte di un colossale complotto iniziato con «l'ingresso, avvenuto nel 1973, dei paesi di *common law* quali la Gran Bretagna e l'Irlanda nella Comunità Europea»: e, ignorando volutamente «il fatto che vi sono state tante Europe non solo in una prospettiva diacronica, ma anche nei singoli momenti della storia del Vecchio Continente», lavorebbero in un dissimulante silenzio («'Chi sta zitto, va lontano', dicono i russi»), «zoppicano ... dietro agli eurocrati» insieme ai «comparatisti debitamente romanizzati» per realizzare a posteriori una giustificazione storica delle nuove costruzioni politico-economiche europee (p. 100).

In tale cornice metodologica, è inevitabile che anche il pur condivisibile discorso sostanziale dell'autore in ordine alle differenze tra paesi di *common law* e di *civil law*, o tra tradizione dell'Europa occidentale e orientale, rischi di venire travolto da un più che giustificato sospetto di aprioristica polemica fondata sui pretesi fini operativi di tali impostazioni ricostruttive, smarrendo in tal modo gran parte dell'intrinseco valore che pur si deve riconoscere agli argomenti recati su tali temi.

Ed è in effetti questo, come si è visto, il fondamentale limite di tale saggio, che, dalle falsarighe generali volte ad una più corretta prospettazione della storia giuridica europea alle conseguenti critiche ad un certo faciloneria nell'affrontare in maniera troppo affrettata e superficiale i rapporti tra antico e moderno – critiche che, nella loro articolata visione d'insieme, sembrano in effetti colmare una lacuna alquanto percepibile dell'odierno panorama romanistico, oggi alquanto restio a stigmatizzare esplicitamente gli scempi che avvengono al suo interno –, presenta senza dubbio notevoli meriti e al quale è certo da riconoscere una non secondaria piacevolezza nella più che giusta ridicolizzazione degli eccessi di tale moda «attualizzante» degli istituti e delle situazioni giuridiche antiche: ma che, forse proprio in vista del suo inserimento in un libro a più mani come quello in esame, in cui del resto veniva a collocarsi tra due saggi scritti da comparatisti dichiaratamente ostili al diritto romano, ha purtroppo sprecato tali aspetti positivi collocandoli in un contesto di drastica critica alla romanistica in quanto tale, arbitrariamente identificata in tale parziale – e si spera contingente – moda «panromanistica» che oggi imperversa in non pochi convegni sul diritto romano e l'Europa e purtroppo si riflette in non poca letteratura in materia: ma che in ogni caso non può riassumere nelle sue brutture una ben più antica disciplina che, per fortuna, rimane sempre tutt'altra cosa rispetto a tali transeunti scadimenti.

5. Sin dall'inizio il saggio di Alessandro Somma (*Da Roma a Washington*, p. 169 ss.) si impone sgradevolmente al lettore attraverso una salva di frasi concettose ed artefatte, di ardua comprensione anche a livelli meramente sintattici, che proclamano in uno stile con aspirazioni auliche pensieri forse neppure troppo complessi, ma enunciati secondo lapidarie ed astruse formulazioni altisonanti, mentre senza ritegno vengono in particolare usati toni scontati e terminologie allusive da «addetti ai lavori» che tendono di legittimare nella maniera più smaccatamente autoreferenziale la personalissima

se non un po' paranoica prospettiva dell'autore, tentando così di scoraggiare chi rifiuti di seguire discorsi di cui sovente non si comprende la logica non solo argomentativa, ma neppure espositiva, e di sconfessare come troppo banale ed ingenua ogni lettura che, anziché affidarsi all'apparente fluire dell'affabulazione dell'autore, cerchi di mantenere un minimo controllo critico delle affermazioni che si affastellano caotiche nel procedere dello scritto. Tali difficoltà di lettura, del resto, sono moltiplicate anche dal fatto che talvolta si rinuncia persino ad un livello minimo di esattezza lessicale, e ad esempio si incontrano sovente usi della congiunzione «ovvero» (p. 169, 204, 224) tali da non rendere affatto chiaro al lettore, se non alla seconda o terza lettura, se essi siano usati nel tradizionale significato di «oppure» o all'opposto nel più recente ed anodino significato di «cioè» (come in effetti alla fine sembrerebbe essere).

Anche una volta superati gli scogli degli inizi, in cui, come nel noto anonimo manzoniano, tali oscure inarcature di stile sembrano soprattutto concentrarsi, il saggio lascia alquanto perplessi per posizioni estremistiche che l'autore non sente neppure il bisogno di comprovare in qualche modo, ma che anzi tende a dare per scontate come verità autoevidenti, mentre a tutto ciò fa da sfondo, ancora una volta, una insopportabile visione complottistica della storia. Così, ad esempio, la frammentazione giuridica feudale viene superata dall'avvento delle nuove forme di città-stato e di monarchia attraverso un cristianesimo che «diviene un insostituibile punto di riferimento per fondare discorsi unificanti intorno al potere: si pone come dottrina universale, esattamente come l'ordine cui fa riferimento il pensiero medievale, nel suo tentativo di individuare un fine ultimo nelle sue riflessioni sul mondo» (p. 171): ove il mondo medioevale non persegue una visione unificante del creato appunto in quanto cristiano, ma è invece il cristianesimo quasi ad approfittare di tale tensione, immotivatamente presupposta come precedente ed autonoma, per imporsi come dottrina universale, sfruttando a tal fine, in maniera consapevole quanto astuta, tale (in ipotesi estrinseca e casuale, se non addirittura artatamente costruita) coincidenza di vedute.

E com'è ovvio di tale epocale complotto di poteri neppure troppo occulti avrebbe fatto parte lo stesso diritto romano, che nelle visioni del libro in esame sembra in effetti costituire la classica arma dei «cattivi» per pilotare la storia e sfruttare i popoli oppressi (una sorta, si potrebbe dire, di «oppio degli ordinamenti»): «Così il diritto romano diviene lo strumento attraverso cui legittimare un ordinamento sensibile ai nuovi contenuti: il momento di fondazione formale per le soluzioni di volta in volta proposte dai dottori riuniti nelle università o, altrimenti detto, il vocabolario utilizzato per esplicitare 'teorie sull'inconscio sociale'. Il tutto con il contributo determinante della Chiesa: il potere che incarna i valori cristiani e che oltretutto controlla l'espansione delle università attraverso l'istituto della concessione papale necessaria per l'attivazione degli studi teologici. Proprio la Chiesa aveva mantenuto vivo lo studio delle tecniche di interpretazione testuale, utilizzate per la lettura delle Sacre Scritture e delle fonti del diritto canonico» (p. 172). Nulla, in tale visione dietrologica, avviene nella storia per lo spontaneo combinarsi di fattori diversi e naturali, nel caso convergenti in vista di determinate caratteristiche della temperie culturale in cui si verificano, ma tutto viene abilmente guidato, senza possibilità di errori, da una mano occulta capace di prevedere ogni singolo aspetto dello sviluppo generale e di determinarne ogni più piccolo atteggiamento: «Ma non è tutto: attraverso la tecnica dell'*interpretatio* – 'atto di volontà e di libertà' non certo volto a ricavare l'essenza di un ordinamento storico – si manipola il diritto romano, al fine di renderlo un autorevole modello di ordine adattato alle prospettive della società medievale, nel contempo fondato su schemi di cui si poteva affermare la valenza universale» (p. 172).

E a riprova di tale «grande inganno», l'autore non sa recare altro che una affrettata ricostruzione dell'istituto della *laesio enormis* (p. 172 ss.), in cui le discussioni circa la limitazione o meno della norma agli immobili, la tutela del solo venditore o altresì dell'acquirente e la misura della differenza di prezzo non vengono viste come prevedibili mutamenti di prospettiva dovuti alle varie esigenze pratiche e al loro variare nella storia, bensì come astratte costruzioni connesse ad ulteriori quanto misteriosi fini di politica legislativa se non addirittura a strategie di mero potere, ove il rispondere delle regole elaborate a determinati principii giuridici generali non è visto come un'ovvio adeguarsi

dell'interpretazione a tali canoni, in un'inevitabile interazione tra mezzi giuridici e contesto commerciale, bensì come una giustificazione a posteriori di scelte avvenute a monte per tutt'altri motivi, in particolare biicamente macroeconomici: «per la rinnovata soluzione si invocano canoni ermeneutici il cui fondamento viene rinvenuto nello stesso *Corpus iuris* ...» (p. 173), e in particolare in quell'*aequitas* e in quel criterio che pretende soluzioni eguali per fattispecie identiche, canoni che, in tale prospettiva, non sono più principii basilari nell'ermeneutica giuridica, ma, in quanto tali, un paludamento successivo, buono per gli ingenui, di decisioni che in realtà corrisponderebbero soltanto a mere scelte politico-economiche operate ancora una volta da «poteri occulti».

Così, in tale paranoica prospettiva, «i temi cari alla filosofia aristotelico-tomista sono sviluppati dall'umanesimo, che li combina con l'intento, maturato in polemica con la letteratura medioevale, di promuovere una riscoperta dei valori incarnati dalla tradizione antica classica, opponendo la fonte all'*interpretatio*»: ma tutto ciò si scontra con le esigenze del mercantilismo, «che pur non essendo radicalmente contrario alle tesi liberiste, non esalta il meccanismo della concorrenza e in tale prospettiva non ostacola l'intervento eteronomo in economia», che a sua volta «deve peraltro favorire l'accumulazione della ricchezza pecuniaria, deve cioè mirare alla protezione di colui il quale nei rapporti commerciali è il destinatario del prezzo». Ecco dunque che, in base a tali premesse, «ciò comporta la rottura con i valori di matrice aristotelico-tomista, che l'umanesimo interpreta, per esempio, recuperando la disciplina della lesione enorme come vizio cui occorre far fronte solo se interessa il venditore» (p. 175 s.). Non troppo diversamente, anche la distinzione romanistica tra *ius publicum* e *ius privatum*, che in tale contesto comporterebbe «l'idea che le relazioni tra i consociati devono prevalentemente rifarsi a fonti sottratte all'arbitrio dei sovrani», sarà «accantonata solo nel momento in cui il potere politico costruirà discorsi attorno al diritto legittimati dalla loro valenza razionalizzatrice», in una corale ed ubbidiente adesione immediata di tutti indistintamente gli «operatori giuridici» alle decisioni di un onnipotente «potere politico», cui evidentemente non si può fare altro che allinearsi.

Il supino meccanicismo ingenuo e meschino di tali semplicistiche spiegazioni immediatamente dietrologiche si riflette quindi e si sviluppa, in una spirale di progressivo estraniamento dei toni da ogni abituale congruità e di sempre più basso livello di contenuti, in una visione via via più esplicitamente dirigistica di una storia, dominata sempre da «poteri occulti», ove in particolare, fra nessi logici che il lettore non riesce a scorgere e argomentazioni impressionistiche dalle esili trame quasi sempre troppo scoperte, appare sintomatico e persino un po' freudiano il continuo ricorso all'aggettivo «sponsorizzato», indice di una prospettazione secondo cui, nella storia, qualsiasi idea, qualsiasi movimento, qualsiasi autore agisce appunto in quanto la sua opera è «promossa» e nel caso «finanziata» (magari con intento «pubblicitario»), stando al valore di tale termine, da qualcuno che gli sta dietro e che determina la sua attività a proprio vantaggio: «i discorsi attorno al diritto romano» sono così «funzionali all'affermazione di schemi economici sponsorizzati all'epoca» (p. 176), il sistema giuridico «si mostra un utile punto di riferimento per i propositi di trasformare l'ordinamento esistente ricorrendo ad articolati interventi legislativi e quindi per sponsorizzare la concentrazione nelle mani del sovrano del potere di creare diritto» (p. 179), «l'individualismo utilitarista sponsorizza la formazione di una disciplina dei rapporti tra consociati che faccia leva sulla capacità di autodeterminazione e la incentivi ...» (p. 186), il diritto romano è «utilizzato entro pratiche discorsive volte a sponsorizzare costruzioni di impronta individualistica ...» (p. 195: mentre, sempre nella Germania della fine dell'Ottocento, «la letteratura interessata a promuovere le tendenze sociali dedica ... maggiore attenzione al primo progetto di codice», mentre per converso «i fautori» della posizione opposta «confezionano libri fortemente critici» verso tale progetto): e, coinvolgendo anche Max Kaser nel complotto, «i tedeschi utilizzano simili rilievi per sponsorizzare forme di organizzazione sociale di tipo collettivista fondate, secondo l'auspicio di Max Kaser, sulla stirpe e sul cetto» (p. 207).

Se il diritto romano risulta quindi in tale visione sempre e soltanto un ipocrita strumento antiquario per travestire di autorevolezza decisioni di ordine in realtà economico-sociale, e la trama dei rapporti tra il discorso giuridico e i sottesi rapporti socio-economici si risolve per l'autore in un imme-

diato e diretto nesso di infantile chiarezza, ecco che i «Grandi tribunali italiani ... ricorrono al diritto romano per formulare pratiche discorsive che si rivolgono alla tradizione in chiave legittimante» (p. 177), «il carattere razionale del diritto francese codificato, fondato a monte sulla sua rispondenza al diritto romano, diviene così il mezzo per avvalorare l'erezione a canone universale di norme sensibili alle istanze economico-sociali dell'epoca» (p. 185), mentre ancora una volta «un rinnovato ed esasperato utilizzo di pratiche discorsive intorno al diritto romano» permette allo storicismo tedesco di perseguire i suoi biechi fini di tipo individualistico e utilitaristico (p. 186), ed in Francia «i riferimenti al diritto romano assumono poi un ruolo entro il movimento di rilettura del diritto civile alla luce delle tendenze sociali e socialiste» (p. 197), e a loro volta «le differenze tra le visioni italiana e tedesca della tradizione romana risultano in conclusione ridimensionate e riconducibili alle caratteristiche della storia nazionale utilizzata nelle pratiche discorsive della letteratura vicina al potere politico» (p. 208). Nessuno, infatti, vorrà farsi ingannare dal «mito dell'autonomia del diritto dalla politica» (p. 184).

In ogni caso, tra consimili continui disvelamenti dietrologici di verità sinora ahimè nascoste dall'oscurantismo di poteri occulti ma finalmente oggi messe a nudo dall'acume di Alessandro Somma (che, a differenza di quanto afferma circa ogni altro studioso di diritto, si ritiene evidentemente libero e non «sponsorizzato» da nessuno e come tale vuole imporsi al lettore), l'autore procede di pagina in pagina, non senza complici ammiccamenti al lettore (si veda, in particolare, il «come sappiamo» cui si ricorre a p. 183 e 193), liberando a colpi di machete dalle incrostazioni che la nascondono una realtà storica soltanto a lui chiara ed innegabile la quale, grazie alla sua capacità di porre ogni cosa nella giusta luce, si vorrebbe diventare necessariamente evidente a chiunque (si veda tra l'altro – p. 188 – il trionfale «e non poteva essere altrimenti»): senza per nulla preoccuparsi, ovviamente, di alcun sospetto di maggiore complessità dei fenomeni storici via via fatti oggetto di tale «forse non tutti sanno che ...» (o «strano, ma vero») giuridico, in cui le «pratiche discorsive» sul diritto (ovviamente mero «strumento retorico»: p. 196) sono sempre «finalizzate» a qualche scopo esterno perlopiù politico (p. 181) nonché «volte a legittimare» ulteriori inconfessabili obbiettivi (p. 188), mentre a sua volta il diritto romano non è altro che uno «strumento di potere» (p. 183) che ancora una volta «consente» (p. 193) di perseguire, mascherandoli, altri scopi, e «fornisce una sponda» a «discorsi legittimanti fondati sulla razionalizzazione», ma – per fortuna – non è in grado di «assecondare il processo di massificazione – e quindi di standardizzazione – del traffico commerciale» (p. 196): così come, del resto, qualsivoglia movimento di idee risulta alla fine solo «strumento» e «veicolo» di qualcosa di esterno ad esso (p. 187, 188 e 191), «capace di alimentare» propositi nel caso conservatori (p. 189) e di «promuovere» (p. 195) «risultati» (p. 191), e a loro volta i libri, come si è visto, non vengono scritti, ma «confezionati» per uno scopo recondito (p. 195). Persino in relazione ad un anziano gentiluomo alquanto individualista come Giambattista Impallomeni, l'autore cerca di «decostruire» i discorsi in difesa del valore del diritto romano «alla luce delle vicende di ordine economico e sociale» che vi sarebbero sottese (p. 219).

In tale pressoché autoparodistico repertorio della più scontata banalità dietrologica, sembra in effetti inutile tentare di rinvenire qualche lacerto di ricostruzione storica che superi il vieto linguaggio in cui è espressa, dato che quest'ultimo, lungi dall'essere solo un «veicolo» per esprimere il pensiero dell'autore, è esso stesso il meccanismo eziologico su cui il saggio è condotto ed il segno più immediato ed evidente della povertà delle prospettazioni causali di cui fa portatore: e in tale sconcertante fondale si confondono anche le critiche, in taluni minimi aspetti pur condivisibili, che l'autore, come su migliori piani Tomasz Giaro, muove a certi atteggiamenti della romanistica contemporanea e alla sua eccessiva tendenza di rendere «attuale» il diritto romano.

Resta solo da richiamare, al di là delle connotazioni politiche «marxiste» o «marxiane» di cui disdetta l'autore, una significativa polemica con le applicazioni attualizzanti del diritto romano, nella quale, forse non del tutto a caso, è scelta come esempio paradigmatico una sentenza della Cassazione che, facendo mostra di richiamarsi ad esso, in realtà, senza che l'autore se ne renda del tutto conto, fa scempio delle sue norme e dei suoi principii, affermando assurdità inconcepibili specie sull'antico ordinamento quiritario: cosicché ne nasce una esilarante polemica tra sordi, ossia tra un

autore che non può che parlare male del diritto romano, e verosimilmente sceglie proprio per questo l'esempio più assurdo dei tentativi di attualizzazione di esso, e una sentenza che fa mostra di parlare di diritto romano, ma che in realtà lo travisa sino alla parodia involontaria.

Si tratta di una sentenza della sezione del lavoro della Cassazione (29.11.1985 n. 5977, in «Giustizia Civile», XXXVI, 1986.I, p. 357 ss.) di cui è estensore Giovanni Micali, al quale si deve – oltre ad altre sentenze alquanto dubbie nei loro richiami romanistici – addirittura un articolo, trascrizione di una conferenza tenuta nel 1992, dal titolo *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione* («Giurisprudenza italiana», 1993.IV, c. 489 ss.), dove sono numerosi gli esempi di consimili impieghi alquanto fantasiosi del diritto romano nella giurisprudenza della Cassazione. Nella sentenza in questione, relativo ad un caso che oggi si potrebbe dire di «mobbing», è in particolare dato leggere una invero esilarante prospettazione della schiavitù e dei rapporti di lavoro subordinato a Roma (p. 360 s.), che muove dall'affermazione secondo cui essa «non nacque schiavista ma lo divenne». Non è forse del tutto inutile regalare all'eventuale lettore romanista il diletto di un'ampio stralcio di tale simpatico delirio: Roma,

inizialmente, fu composta soltanto da uomini liberi, secondo la legge di Romolo, che dispose che i vinti non venissero uccisi per sedare l'ira delle anime dei vincitori morti in battaglia, in ossequio alle regole del diritto pontificale, secondo la concezione del tempo (come canta Omero che avvenne sulla tomba di Patroclo), ma conservati in vita, assogettati alla legge di Roma e colonizzati secondo i suoi costumi, onde lavorare per essa ed essere assimilati (Dionigi da Alicarnasso, *Antiquitates Romanae*, 2, 16, 11). Da qui l'etimologia della parola *servus*: «conservato» mantenuto in vita e libero, per cui il significato di schiavo che essa assunse in seguito fu postumo e spurio.

Quel *conditor* volle, civilmente, con una autentica *factio iuris* di cui fu l'iniziatore, come istituto giuridico, che i popoli vinti fossero considerati come malati di mente al momento che avevano preso le armi contro Roma, onde, dopo la vittoria, dovevano esser considerati come guariti e trattati da *cives* e non da servi.

Tale regola, poi, fu assunta a norma costituzionale dalla legge delle dodici tavole (ché tale essa era) in una norma a noi non pervenuta nel testo originario, ma *de relato*: «si dicono *sanati* coloro i quali in tempo antico abitarono in Roma, perché essendo stati nemici dei romani, dopo breve tempo ritornarono nella loro amicizia, come se la loro mente fosse stata sanata. Pertanto fu prescritto dalla legge delle dodici tavole: che i sanati avessero lo stesso diritto dei forti, cioè che avessero lo stesso diritto dei buoni che non cessarono mai di appartenere al popolo romano» (Festo Avieno, *De captivis*, alla voce *sanati*).

Se di schiavitù, purtroppo, poi si parlò, ciò fu dovuto ai contatti con Cartagine, perché il primo atto legislativo che la contemplò fu il trattato di pace che concluse la seconda guerra punica, col quale si vietava ai cartaginesi di commerciare nei porti romani schiavi catturati a popoli legati a Roma da amicizia, con patto di reciprocità (Polibio, *Historiae*, 3, 24, 6 s.).

Il giudice di rinvio, pertanto, dovrà valutare se il comportamento tenuto dall'amministrazione comunale resistente, compellendo l'attrice dal posto di lavoro col disprezzo e l'avvilimento dell'opera sua, conoscendone l'impossibilità di reagire nella necessità irrinunciabile di guadagnarsi la vita, le abbia ristretto la libertà di lavoro oltre ogni limite ragionevole, negandole quella serenità necessaria e quell'apprezzamento sostanziale per l'opera svolta, com'era suo obbligo ed interesse a un tempo, di datore di lavoro, quale correttivo connaturale alla penosità di esso ed incentivo contemporaneo alla soddisfazione di averlo svolto.

In particolare, valuterà se il contegno suddetto non abbia posto l'amministrazione convenuta in una condizione insostenibile con riguardo alla perpetuazione di una pratica antica di odiosità dell'opera di chi dava lavoro mediante sfruttamento.

Il paragone coi tempi passati è oggi addirittura improponibile sotto l'aspetto delle modalità di svolgimento del rapporto, ma lo è molto meno sotto l'aspetto psicologico, di chi, cioè, offendendo e disprezzando il lavoratore oltre il limite della sopportabilità, ne ferisce la dignità di uomo e ne riduce la libertà di cittadino, perché il condizionamento, di per sé, è riduzione di libertà di scelta.

La giurisprudenza romana, al riguardo, aveva coniato un neologismo, per quell'epoca, onde giustificare il giudizio d'infamia di chi costringeva uomini al lavoro per guadagno, e, nel caso in esame, la costrizione è insita, palesemente, nella consapevolezza della condizione dell'attrice, iscritta, come già detto, nella «dista giovani» e bisognosa di un lavoro, anche precario, pur di vivere.

Il mercante di schiavi veniva chiamato spregiativamente *venaliciarius*, parola composta dai vocaboli *venator* ed *uncus*: l'uncino usato dal cacciatore per la cattura delle bestie, nel suo significato orribile di privazione della libertà mediante ferimento, intesa come offesa grandissima e lesione d'identità per qualsiasi creatura.

Tale parola denotava tutta la repugnanza, per quei giuristi, di esser costretti a ritenere, contro natura, gli

schiavi come cadaveri: «noi la schiavitù paragoniamo quasi alla morte» (Ulpiano, D. 50, 17, 209), e diede loro il destro per negare il carattere di merce agli uomini posti in vendita: «Mela sostiene che la denominazione di merce non comprende i servi, onde egli afferma che i venditori di uomini non devono esser chiamati commercianti (riconoscimento a cui tenevano moltissimo) ma venaliciari» (Africano D. 50, 16, 207).

Da tale espugnanza concettuale nacque una giurisprudenza di resistenza: l'elaborazione del principio del *favor laboratoris*, anche se non ebbe un nome ben preciso, e di esso il giudice di rinvio dovrà tener conto nella valutazione complessiva dei fatti di causa. Inizialmente, riguardò soltanto l'aspetto materiale delle condizioni di vita degli *operari*, ritenuti tutti *infames*, al punto che il donatore di un terreno per l'adibizione a cimitero pubblico (Cecilio Stazio), volle che non venisse profanato con l'inumazione degli «auctorati», cioè di coloro che prestavano lavoro per mercede (*auctoramentum*).

Tale aspetto della questione ha certamente un riflesso immediato sulla decisione presente, ma lo avrà ancor più per il giudice di rinvio in occasione della determinazione del *quantum debeatur* con riguardo alla determinazione dei fattori che concorreranno a formare il risarcimento del danno.

La prima massima riguardò il contenuto stesso del rapporto di lavoro, considerato, come oggi, con riguardo al diritto alla retribuzione, quale mera disponibilità delle energie del lavoratore da parte del datore di lavoro, indipendentemente dallo svolgimento effettivo della prestazione e tale è proprio il caso dell'attrice: «chi ha locato le sue opere deve ricevere la mercede per tutto il tempo stabilito, se la prestazione non poté aver luogo per colpa non sua» (Paolo, D. 19, 2, 38).

La seconda riguardò ancora il carattere e la natura della retribuzione, che fu considerata quale controprestazione unitaria e complessiva della prestazione del lavoratore, onde il suo carattere connaturale di omnicomprensività, sul cui importo totale commisurare ogni altro diritto conseguente, ed anche di tal principio attualissimo terrà conto il giudice di rinvio nella determinazione dell'eventuale danno risarcibile.

Al riguardo non gli sarà di ostacolo la recentissima giurisprudenza delle sezioni unite di questa Corte, che ha confermato il principio suddetto, ancorché abbia precisato che la contrattazione collettiva può derogare al principio enunciato in caso di corresponsione di compensi di natura e carattere particolari.

«Se il locatore delle opere vuoi recedere unilateralmente dal contratto, dovrà pagare cinque sesterzi, in contanti, per ciascun giorno, da computarsi sull'importo complessivo della retribuzione» (*Locationes operarum Daiccae*). In particolare, l'espressione adoperata è *de summa mercedis* che sta a denotare che doveva procedersi all'addizione dei singoli fattori che formavano la retribuzione complessiva, che in quel tempo era costituita dalla remunerazione del lavoro diurno nonché da quello notturno prestato in continuazione del primo, oltre che da quello festivo.

Il salto qualitativo in difesa della libertà dei prestatori di lavoro fu compiuto in un secondo tempo, allorché le condizioni sociali cominciarono a consentirlo.

«Ogni qual volta nascono dubbi intorno ad una questione di stato, si deve decidere in favore della libertà» (Pomponio, D. 50, 17, 20).

«Se la volontà del testatore è oscura, deve propendersi per la libertà» (Paolo, D. 50, 17, 179).

L'espressione più alta del *favor laboratoris* come *favor libertatis*, si ebbe con la difesa del lavoratore, quale persona animata da sentimenti e da affetti, che non potevano esser disgiunti dalle condizioni della prestazione impostagli: «molte volte a causa dei servi ammalati, devono esser restituiti anche i sani nel caso in cui non si possa procedere alla loro separazione senza offenderne i sentimenti che li uniscono. Infatti, che avverrebbe se, trattenendo il figlio, si volessero restituire soltanto i genitori o viceversa? Si deve avere riguardo a tale circostanza anche quando si tratti di fratelli o di persone unite in contubernio» (Ulpiano, D. 21, 1, 35).

In ordine al *favor laboratoris*, pertanto, il giudice di rinvio dovrà tener conto, nella sua attuale istituzionalizzazione giuridica, che esso costituisce un principio generale del nostro ordinamento giuridico, e principio ispiratore stesso della Costituzione nella parte in cui detta i principi relativi ai rapporti economici.

Esso è inteso ad equilibrare l'aspetto contenutistico del rapporto, onde far sì che l'esteriorità della forma contrattuale, quale convenzione paritaria tra le parti che si sovrappone alla realtà economica, non faccia prevalere la condizione del contraente più forte, consentendo, in tal modo, la legalizzazione giuridica di un assetto commutativo iniquo.

(...)

Dovrà valutare, in particolare, se l'esperienza storica della miseria di vita, di volgarità di espressione e di comportamento nella vita di relazione, attribuita da quel funzionario alla classe lavoratrice, sia connaturale agli uomini che vi appartengono, oppure non.

Se li renda, cioè, ontologicamente inferiori e degni del disprezzo che la ricorrente ha ricevuto, ovvero se quelle condizioni che hanno creato l'esperienza suddetta non siano state frutto di *duritia cordis*, di descolarizzazione e di mal governo, in termini di sopraffazione e di egemonia, tanto ingiustificata quanto gratuita, che la nostra legislazione ha cancellato del tutto.

Dovrà essere verificato, pertanto, se quel capo del personale non abbia fatto propria la tesi aristotelica

(la politica) di esservi uomini «nati per comandare» (*aristoi*) ed uomini «nati per ubbidire» (*demoi*) e se tale diversità sia dovuta alla minore capacità dei secondi di esser suscettibili di esprimere concetti ordinati di categorie, e, quindi, di organizzazione sociale e statale, con la conseguenza di dover loro esser sempre «sudditi» e mai divenir «cittadini».

Anche al riguardo dovrà esser tenuto conto della nostra tradizione giuridica là dove, con decisione in termini, ed addirittura in un periodo di pratica legale della schiavitù, fu deciso con costituzione imperiale che: «dev'essere notato d'infamia colui che viene condannato per ingiurie fatte anche ad un servo» (C. 2, 12, 10), precedente, questo, ancor più significativo, dal momento che il capo operativo venne denunciato il reato di ingiurie, dichiarato, poi, amnistiato.

Dovrà porsi mente alla circostanza se possa ancora sostenersi in giurisprudenza, secondo le norme di legge già indicate, che la ricorrente avrebbe dovuto ubbidire al suo superiore *perinde ac cadaver*, senza obbiettare alcunché, pur se a fin di bene, col diritto correlativo del secondo a disporne *ad nutum*, secondo l'opinione lepida e sprezzante di Cicerone, per il quale i *servi* dovevano esser sempre pronti ad ubbidire a qualsiasi cenno del capo del padrone: *ad nutum praesto esse*.

Il giudice di rinvio pertanto, dovrà considerare se l'ipotetica sopportazione del sopruso da parte della lavoratrice possa ancora esser legittima in giurisdizione, quasi a far rivivere l'aborrito principio di diritto impartito dall'imperatore Costantino ad un preside di provincia, mediante il quale veniva riservata la decisione delle colpe delle classi dominanti commesse a danno dei cittadini più più umili, ad una sorta di giurisdizione domestica: «i presidi delle province non potranno punire né esaminare le prepotenze dei potenti (*potentiorum existerit insolentior*), ma ne dovranno fare relazione a noi od alla prefettura pretoriana dalla quale sarà provveduto in ordine alla disciplina ed alla lesione dei deboli» (C. 1, 40, 2).

Sotto il profilo della dignità del lavoratore, infine, il giudice del merito dovrà valutare la femminilità della ricorrente come eventuale circostanza aggravante dell'ingiuria infertale.

A tal proposito dovrà esser tenuto conto del comportamento di maggior riguardo per le donne da parte degli uomini, alla luce della *ratio* della l. 9 dicembre 1977 n. 903 che ne egualitarizza i rapporti nel mondo del lavoro.

Tale normativa, pur avendo avvicinato quanto più possibile la condizione di lavoro della donna a quella dell'uomo, non ha voluto, per questo, trascurare le peculiarità fisiche e psichiche della prima, nonché il suo atteggiarsi particolare rispetto all'uomo, secondo la naturale sensibilità che la distingue nel suo apporto all'economia imprenditoriale, là dove, in particolare, la componente spirituale ed intellettuale si rivela primaria e differenziale rispetto all'utilizzazione delle sue forze fisiche.

Tale aspetto dei rapporti di relazione tra uomini e donne è stato espresso *ab antico* in una massima che è di per sé rivelatrice di tale connaturalità: *maxima debetur puero et mulieri reverentia*.

(...)

La verecondia, il pudore e il senso di riservatezza che la tiene lontana dal turpiloquio e dalla scurrilità sono stati sempre sentimenti tutelati in modo rigido e con sanzioni gravissime.

Valga in proposito la costituzione dell'imperatore Costantino resa al vicario Domizio Celso: «nessun giudice deve credere di poter mandare un ufficiale, con qualche pretesto, in una casa in cui vive una madre di famiglia, sì da ridurla a vivere in pubblico, anche nel caso in cui sia certo che i debiti di quella donna, che sta rinchiusa in casa per pudore verso il prossimo, possano esser soddisfatti con la vendita della sua casa o di qualsiasi sua cosa. Se in avvenire riterrà legittimo ridurre in pubblico una madre di famiglia, commetterà un delitto gravissimo e senza indulgenza sarà condannato alla pena capitale (C. 1, 48, 1).

Al di là del verosimile imbarazzo del giudice di rinvio, costretto ad avvalersi di tali sproloqui romanistici elevati a principii generali se non di rilevanza costituzionale dell'ordinamento italiano, non sembra certo il caso di commentare l'allucinante visione del diritto romano propria di tale sentenza, in cui esso è – qui davvero – piegato a nobilitare con l'*auctoritas* della sua antichità e della tradizione che vi si riconnette idee per un verso alquanto peregrine e per altri aspetti piuttosto ovvie, fondandosi perdipiù su ricostruzioni storiche utili soltanto a destare il riso di chi solo abbia un po' studiato all'università (e per certi versi anche solo al liceo) tale ordinamento antico. Ma ciò che più importa, al di là di tali sgangherate attualizzazioni del diritto romano che certo non giovano a tale disciplina e di cui la Cassazione e in particolare certi suoi consiglieri politicamente schierati potrebbe senz'altro fare a meno, è come Alessandro Somma, pur costretto a rilevarne almeno in parte la fantasiosità, prenda spunto proprio da tali prospettive per criticare l'assunto secondo cui la «tradizione romana» debba essere considerata «criterio comprimario d'interpretazione della legge» ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, come dichiara la sentenza in questione (p. 360) e come

sostenuto in particolare dal ricordato articolo di Giovanni Micali (c. 489-491): e, se non è per nulla intenzione di queste note entrare in tale questione, sembra peraltro ovvio che, se per risolverla si parte dai retorici richiami al diritto romano, sovente distorti ideologicamente e soprattutto il più delle volte del tutto errati da un punto di vista storico, non sarà certo facile ottenere un'obiettiva prospettiva del problema, e anzi sarebbe senz'altro meglio non sollevarlo neppure.

In effetti, la citazione di tale sentenza della Cassazione (di cui anche l'autore riporta ampi stralci) sembra dimostrare al di là di ogni dubbio che, quando parla del diritto romano, lo giudica e lo critica, Alessandro Somma parli di qualcosa che non conosce pressoché per nulla, e ne tratti in base ad alcune vaghe reminiscenze forse orecchiate in università, dove non dovette essere neppure uno studente particolarmente interessato a tale materia, se non lo stupisce neppure l'assunto della sentenza secondo cui a Roma delle origini non sarebbe esistita la schiavitù ed anzi tale istituto non sarebbe stato nientemeno introdotto se non dopo la seconda guerra punica: affermazione che avrebbe insospettito qualsiasi diligente studente di primo anno come del resto qualsiasi persona di media cultura dotata di una pur minima infarinatura storica.

6. Tutto questo, sia chiaro, non per polemica, ma per ribadire che sovente i più veementi attacchi al diritto romano e alla tradizione romanistica provengono proprio da studiosi del tutto ignari di tali discipline e neppure capaci di discernere le più incredibili e macroscopiche stolidità che tranquillamente si affermano in ordine a tali temi: quasi che fosse proprio il venir meno di ogni cultura storico-giuridica e di ogni minima cognizione antiquaria a giustificare oggi la ribellione di simili studiosi contro le radici del diritto che essi studiano, dato che, ovviamente, è certo difficile accorgersi del valore e dell'utilità di ciò che non si conosce menomamente. Forse, a sintetizzare conclusivamente ogni discorso sul libro in questione, non è inutile la citazione del visconte Jean-Étienne-Marie de Portalis (che non era certo propriamente un romanista), riportata dallo stesso Alessandro Somma (p. 184) anche se, ovviamente, egli lo fa avvertendo con nella consueta prospettiva dietrologia che qui «il riferimento al diritto romano» sarebbe «funzionale a neutralizzare la valenza antipositivistica del diritto naturale»:

La maggior parte degli autori che censurano il diritto romano, con pari amarezza e leggerezza offendono ciò che ignorano.

E si può solo aggiungere che oggi, molto peggio, lo offendono non solo ignorandolo o censurandolo, ma soprattutto parlandone con una ottusa saccenteria che non sente neppure il bisogno almeno di un più onesto sguardo preventivo a un manuale elementare o anche solo a un «bigino» relativo alla materia trattata (o, meglio, maltrattata).

Resta solo da osservare, in generale, come purtroppo i romanisti non sembrano affatto pronti a rispondere in maniera sufficientemente efficace a tali assurde critiche mosse alla loro disciplina da posizioni improntate, prima ancora che ad una critica, ad una preconetta e tetragona ostilità verso il diritto romano.

E questo non solo perché, sovente, le loro risposte rimangono improntate ad un *bon ton* accademico che, forse anche per una inconfessabile riottosità ad ogni dura polemica che implichi il rischio di farsi dei nemici, tende a levitare su aspetti metodologici generali rifiutandosi di colpire tali detrattori in quella che viceversa è la loro manchevolezza di fondo, ossia le incredibili assurdità circa il diritto romano su cui edificano le loro polemiche, e rinuncia quindi a quella che sarebbe la risposta ovviamente più efficace e definitiva. Ed accade così che il garbato articolo di Eva Cantarella – che evita credo volutamente di sottolineare gli evidenti errori su cui si fondano le critiche al diritto romano contenute nel saggio *Black Gains*, quasi che una simile pur doverosa correzione dovesse essere considerata non sufficientemente *à la page* ed insomma *comme il faut* – possa tranquillamente venire beffeggiato, oltre che ignorato nei suoi argomenti, dalla tetragona sicumera di comparatisti che, convinti della propria superiore onniscienza giuridica, pensano di essere in qualche modo i soli capaci e legittimati a giudicare dall'alto della loro aerea prospettiva globale qualsiasi ordinamento, va-

lutandolo quindi meglio degli stessi specialisti di tale disciplina; e si legga infatti la veloce e scontata replica dedicata con sufficienza a tale autrice dal ricordato peana apologetico di Cristina Costantini, p. 2 e nt. 3: «Un'interpretazione *autenticamente critica* di *Black Gaius* consente di coglierne gli indubbi meriti scientifici, che si pongono ben oltre il piano dell'arbitraggio o dell'agone, rappresentati od allestiti per decidere a quale tra i diritti antichi spetti uno statuto di pretesa superiorità ed originarietà. D'altra parte, orientare la lettura verso la mera 'attribuzione del primato' (come vorrebbe la Cantarella, tacendo o ponendo ai margini del ragionamento le vere questioni in gioco) pare in collisione di rotta con il percorso prescelto dall'Autore per la propria ricerca che è – come espressamente dichiarato nel sottotitolo – una indagine sulle origini '*multiculturali*' della *Western Legal Tradition*». Si vedano, del resto, anche le invero anodine pagine dedicate al saggio di Pier Giuseppe Monateri ed in genere a tali questioni da Felice Mercogliano, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, in «Index», XXXIII, 2005, p. 86 ss. e 89 s.

Ma la reale ragione credo di fondo di tale sorta di incapacità di reazione dei romanisti sembra, molto di più, consistere nella loro riottosità ad uscire dal proprio concluso ambito specifico, in cui si limitano a scrivere per altri romanisti, in quanto tali già pronti ad accettare simili difese del diritto romano, e per i quali del resto i gravi errori storico-giuridici su cui si fondano simili polemiche anti-romanistiche sono di per sé evidenti senza alcun bisogno di spiegazione; mentre sarebbe molto più faticoso spiegare, magari in inglese, tali prospettive a chi non conosce il diritto romano, pubblicando su una rivista che esuli dal nostro specifico ambito e tentando di convincere di tali ragioni studiosi di diritto che non sono affatto bendisposti verso la nostra disciplina: impresa in cui, del resto, si dovrebbe innanzitutto avere un minimo di cognizione della disciplina ai cui cultori ci si rivolge, per poter impostare un discorso capace di raggiungerli effettivamente nella loro peculiare visione del diritto. Ma forse, se si vuole rispondere adeguatamente a tali critiche, è proprio ed anzi soltanto questo ciò che si dovrebbe fare.

Per altro verso, se ci si volge a quanto il volume in esame può, pur nella sua negatività di massima, insegnare ai romanisti, sembra che in effetti esso possa evidenziare un problema basilare di ordine per così dire comunicativo, e quindi in certa maniera metodologico, riguardo il generale modo di porsi della giusantichistica rispetto ai cultori di altre discipline: e sotto tale aspetto, sembra, che quanto il libro in questione insegna non sia affatto da trascurare, poiché, al di là dei suoi contenuti, il disagio di fondo verso un certo modo di presentarsi proprio del diritto romano risulta indubbiamente un dato reale che influenza decisamente le possibilità di successo nella nostra materia nel quadro dell'odierno dibattito cosiddetto interdisciplinare.

Infatti, indulgendo ad una parentesi autocritica, sembra che se la romanistica ha davvero la volontà di entrare in maniera definitiva nei processi di elaborazione più o meno unitaria di un futuro diritto europeo, imponendo ai cultori delle altre discipline un'accettazione delle sue prospettive che divenga inevitabile in quanto naturale sfociare in un tale contesto di presupposti da tutti finalmente percepiti nelle loro coordinate di fondo come indubitabili, parrebbe necessario che essa voglia una volta per tutte rinunciare non solo a troppo facili ricerche di radici e di germi in cui il diritto romano finisce col fare un po' la parte di un coacervico magazzino di polverosi residuati multifunzionali dove secondo la bisogna è sempre possibile trovare tutto e il contrario di tutto, quasi che la matrice romanistica fosse un facile ed anodina ascendenza nobilitante di cui qualsiasi figura o posizione giuridica si possa nel caso imbellettare, ma soprattutto superare la tentazione – che inevitabilmente finisce con l'apparire ai cultori di altre discipline protervia saccente quanto unilaterale nel suo rinunciatario solipsismo – di rinvenire pretese spiegazioni risolutive di istituti moderni direttamente nelle corrispondenze che essi possono presentare con le analoghe figure presenti nell'ordinamento romano, senza rendersi conto che, quand'anche vere, tali corrispondenze possono tutt'al più rappresentare non certo una soddisfacente soluzione del problema, ma, al massimo, un punto di partenza per una ben più laboriosa ricerca in tal senso, ove i romanisti, se vogliono effettivamente trasmettere qualcosa ai cultori delle altre discipline, dovrebbero, oltre al proprio, conoscere un poco anche il linguaggio di queste ultime, almeno quanto è inevitabile per trovare un comune terreno di in-

tesa con esse: e divenendo d'altronde capaci, quando occorra, di entrare altresì nel territorio altrui per comunicare efficacemente, in una minima sintonia con i canoni generali delle altre branche del diritto, il punto di vista proprio del romanista (purtroppo – o forse per fortuna – i tempi in cui il diritto romano costituiva un sostrato comune pressoché di ogni disciplina e rappresentava una sorta di lingua franca del sistema giuridico sono ormai finiti, ed è inevitabile prenderne sino in fondo atto).

In particolare, quanto in effetti sembra da evitare è il vezzo, facile quanto sgradevole per gli altri, di risolvere ogni problema gettando immediati quanto improbabili ponti onniesplicativi tra il diritto romano e il diritto vigente, rinunciando cioè alla sicumera di ignorare come irrilevante tutto ciò che è accaduto nel periodo intermedio tra le antichità romane ed il mondo contemporaneo, quasi che il fatto che vi sia una pur certo perdurante ed ininterrotta tradizione romanistica, che in linea di massima collega senza soluzione di continuità l'oggi all'altrieri, dispensi del tutto dall'indagare se gli eventi dell'ieri abbiano in qualche modo potuto influenzare e determinare in maniera particolare tale corrispondenza di fondo (penso in particolare, quali esempi di segno opposto, a ricerche come il volume sulla *remissio mercedis* di Luigi Capogrossi Colognesi o il lungo articolo di Lauretta Maganzani sulla *'diligentia quam suis'* del depositario dal diritto romano alle codificazioni moderne, pubblicato nel numero precedente di questa rivista).

In effetti – superando altresì la piuttosto limitata propensione degli storici del diritto ad occuparsi di simili aspetti delle vicende intermedie degli istituti privatistici – questa parrebbe una prima condizione per presentare ai cultori dei diritti positivi una prospettazione compiuta degli aspetti romanistici degli ordinamenti vigenti, tale da affrontare la questione in maniera esaustiva e da non lasciare spazi vuoti in cui lo scetticismo gli avversari possa rifugiarsi in una negazione «a monte» della metodologia romanistica, invocando ambiti più generali e recenti non considerati dall'antichista, e così rifiutare pregiudizialmente tali corrispondenze euristiche e costruttive: ma è certo possibile andare oltre tale prima ed immediata necessità di comunicazione interdisciplinare, osando persino pensare che lo studioso del diritto antico, per dimostrare conclusivamente le precise impostazioni romanistiche riscontrabili nei diritti attuali, debba farsi altresì carico di fornirne una prova non solo positiva, ma eziandio negativa, mostrando al cultore dei diritti positivi non solo la perdurante attualità del modello romanistico e come in realtà il diritto vigente si fondi ancora su di esso, ma anche, quale controprova, un minimo esame degli altri possibili modelli che in ordine a tale istituto o gruppo di istituti si sono presentati in una prospettiva storica generale, e come questi siano appunto non poco distanti da quelli, invece romanistici, seguiti dai legislatori negli ordinamenti contemporanei.

Così, ad esempio, non sembra soverchio ritenere che, per mostrare nella maniera più compiuta ed efficace i canoni romanistici su cui in massima parte si fonda nel vigente diritto italiano ed europeo il sistema della proprietà, si debbano in ultima analisi considerare non solo le vicende di tale istituto dalle origini di Roma al diritto giustiniano, ma altresì i suoi lontanissimi precedenti nei popoli antichi sino ai Greci nonché il diverso modello dell'appartenenza medioevale in cui sulla stessa cosa coesistono diversi *dominia*, e come esso venga poi superato dalle legislazioni moderne: mentre d'altra parte non sembra neppure inutile, sempre per giungere ad una visione d'insieme più completa e dunque probante, prendere altresì in considerazione le ancor più lontane prospettive dei popoli «tradizionali» o «primitivi» in cui non è la terra ad appartenere agli uomini, ma semmai questi ultimi ad un territorio che spetta alla divinità stessa. In effetti, inquadrare in tali remoti modelli di appartenenza in cui la proprietà – quando esista come cosciente istituto e d'altra parte non si confonda con la sovranità stessa – non si differenzia dal possesso ed in ogni caso tende a perdere la sua dimensione individualistica, ecco che le corrispondenze tra i diritti moderni e l'impostazione romana risulterebbero alquanto più definitive, e soprattutto non sarebbe più possibile dare per scontata quell'idea fondamentale di «proprietà» che di norma invece rischia nella prospettiva occidentale di divenire tanto ovvia da identificarsi con la nozione stessa di tale istituto, e di essere proprio per questo trascurata quando, confrontando i diritti vigenti con i loro precedenti antichi, si tende a fermarsi a prospettive di minor ampiezza che rinunciano a vedere la centralità di tale risalente unitarietà di fondo.

Certo, una simile un po' eterodossa impostazione potrebbe apparire persino pericolosa nell'at-

tuale panorama degli studi romanistici, dove ogni apertura ad altre discipline, anche se tenuta distinta dallo studio del diritto romano in senso proprio, rischia di essere tacciata di costituire un cedimento nella difesa del diritto romano puro e duro, quasi un rinunciatario indulgere a mode odierne che compromettono la specificità della nostra materia (chi scrive, ad esempio, non ha visto certo riconoscere come merito il fatto di aver tenuto per un paio d'anni un incarico di antropologia giuridica, anche se tale insegnamento, lungi da ogni contaminazione con i pur sempre centrali studi di diritto romano, costituiva in realtà nient'altro che un modo di occuparsi, oltre che di tale specifica disciplina etnologica, di diritti antichi comparati e, *ante litteram*, di tradizione romanistica e di fondamenti del diritto europeo): ma d'altra parte non è facile comprendere perché mai oggi, mentre si è tanto pronti a lanciarsi in più o meno improvvisati paragoni unilaterali tra il diritto romano e quello moderno, manchi pressoché del tutto nell'ambito dei nostri studi un qualsiasi interesse per le indagini sui diritti antichi comparati, che in primo luogo metterebbe alquanto meglio in luce la specificità del diritto romano rispetto agli ordinamenti precedenti e coevi e quindi scorperebbe in modo ancor più evidente la linea che lo ricollega immediatamente ai diritti moderni, evitando così che, di fronte a romanisti pronti a paragonare a quelli contemporanei il sistema romano dei contratti ma perlopiù del tutto ignari di ogni rapporto e differenza tra quest'ultimo e quello ad esempio greco, i cultori di altre discipline possano sospettare – e magari tentare, come nel caso del libro qui in esame, di dimostrare – che in realtà gli ordinamenti odierni devono per tal verso molto di più al diritto mesopotamico o a quello egizio che al sistema romano dei contratti, con le tristi conseguenze che si sono viste.

In realtà, questa diffidenza non solo per discipline estranee all'ambito dei nostri studi, come nel caso dell'antropologia giuridica, ma anche per impostazioni di tipo comparatistico nello studio giusantichistico, sembra in linea di massima fenomeno piuttosto recente, che con ogni probabilità risale all'imperversare, specie nei decenni scorsi, di quella *nouvelle vague* che tendeva a stemperare la specificità del diritto romano in studi di ordine, in particolare, storico-sociologico, mentre anche in momenti più recenti l'assedio cui il diritto romano si trovò sottoposto specie nella deprecata riforma degli studi universitari dovette del pari condurre ad una non dissimile diffidenza verso ogni mutamento dell'attuale *status quo* delle indagini romanistiche, anche se per converso veniva accettata con troppa facilità, proprio perché appariva immediatamente strumentale alla sopravvivenza del diritto romano, la propensione ad attualizzare il diritto romano appunto come «fondamento» dei diritti europei, tollerando per tal verso anche le non poche affrettate superficialità cui tale moda indulgeva.

Tuttavia, se ad un qualsiasi più serio esame della questione appare piuttosto ovvio, anche senza scomodare nomi come ad esempio quello di Riccardo Orestano, come in realtà l'approfondimento comparatistico dei diritti antichi appartenga a pieno titolo allo studio del diritto romano nel suo senso più ampio e profondo, anche per quanto riguarda il rapporto tra la nostra disciplina e i sistemi giuridici moderni sembra che una simile prospettiva comparatistica non possa far altro che favorire l'accettazione della tradizione romanistica da parte dei cultori di altre discipline, la cui ostilità di fondo appare in effetti trovare una delle sue più specifiche ragioni nella riottosità dei romanistica a accettare di parlare con essi un linguaggio diverso dal proprio: senza tentare di trovare, come si diceva, un comune piano su cui intendersi con essi. E per tal verso, dunque, non sarebbe forse inutile che il romanista fosse più disposto a superare le sue abituali impostazioni di ordine si potrebbe dire istituzionale, in cui gli istituti sono semplicemente riordinati secondo prospettive dogmatiche di tipo ottocentesco – non troppo dissimili da quelle usate dal diritto positivo ma che quest'ultimo tende sempre più a superare –, ed abituarsi a considerare l'ordinamento romano e la sua storia non solo dall'interno, come è uso fare e come del resto è spesso inevitabilmente strumentale ai nostri specifici studi, ma, specie quando deve comunicare con cultori di altre discipline, anche dall'esterno, ossia in una prospettiva altresì *lato sensu* comparatistica, ove il «sistema giuridico» romano venga visto non più nei suoi vari istituti considerati nella loro positiva ed immediata autoevidenza, ma, in maniera più problematica, nei tratti che per tal verso lo distinguono e lo caratterizzano nel suo complesso rispetto ad ogni altro ambito giuridico storicamente concretizzatosi nel mondo e nella storia, in una prospettiva di sintesi che così ne metta innanzitutto in luce gli aspetti più generali che lo differen-

ziano rispetto ad altri modelli quali ad esempio quello greco, quello giapponese o musulmano o ancora di *common law*. Seguendo del resto, in ciò, le falsarighe costruttive in cui tendono oggi a porsi i cultori del diritto vigente, specie quando si pongono in una prospettiva cosiddetta *de iure condendo*.

Questa prima e pur generica prospettazione di massima, in effetti, permetterebbe di stabilire innanzitutto un contatto con i cultori di altre discipline su di un più vasto e decisivo terreno comune, consentendo per tal verso non solo una successiva più facile accettazione dello specifico punto di vista romanistico, e d'altra parte sarebbe soprattutto capace di imporre alla considerazione anche di chi è estraneo ai nostri studi quelle caratteristiche di fondo che riavvicinano inevitabilmente il diritto romano agli ordinamenti europei vigenti: cosicché, grazie alla preventiva accettazione di tali pur ovvie prossimità macrocomparative, per essi possa poi divenire più difficile rifiutare quelle più specifiche corrispondenze costruttive che mostrano il preciso rapporto genetico tra le visuali e le figure antiche e gli schemi riordinanti e gli istituti attuali; e per altro verso tutto ciò sarebbe può darsi tale da far percepire anche agli stessi romanisti legami più profondi tra l'antichità ed il diritto vigente che oggi forse tendono ancora a sfuggire a chi cerca in maniera troppo improvvisata e sbrigativa di gettare semplicistici ponti tra gli elementi giuridici romani e quelli contemporanei.

Certamente, si tratta soltanto di alcune prime e d'altronde estemporanee notazioni forse neppure troppo rimediate, ma l'assenza di un punto di vista più vasto e generale che consenta di coordinare secondo prospettive più ampie i contributi che il diritto romano è senz'altro in grado di fornire allo studio del diritto moderno (così da giungere ad una sorta di *reductio ad unum* ove ogni sistema giuridico venga valutato nei suoi elementi primi e quindi in un più immediato e semplice rapporto con gli altri, di qualsiasi epoca essi siano) sembra in effetti costituire il problema nodale di ogni rapporto tra la romanistica e le altre discipline, e poiché queste ultime non sembrano soverchiamente disposte a compiere passi verso una migliore comprensione con gli storici dei diritti antichi, sembra inevitabile che siano appunto questi ultimi, nel loro stesso interesse, a farsi carico di tale necessità.

E questo, d'altra parte, consentirebbe forse di superare anche un non secondario problema psicologico che sembra avere non poca parte nella diffidenza e nell'antipatia che molti cultori di altre materie hanno per il diritto romano e, si potrebbe dire, ancor più per i romanisti; un atteggiamento che – se per vari versi è senz'altro dovuto alla scarsa conoscenza che tali studiosi ormai hanno di tale ordinamento e della tradizione che vi si ricollega, che finisce con il rappresentare ai loro occhi una dimensione sconosciuta del diritto e quindi una lacuna che si tende a temere e ad ignorare negandone alla radice la stessa rilevanza – d'altra parte tende in non poca parte ad essere confortato in tale ostilità dal mondo a se stante in cui agli estranei sembrano vivere i romanisti, paghi della grandezza di un passato che essi sono portati ad implicare come scontato ed autoevidente senza per nulla preoccuparsi di comunicarlo e nel caso di imporlo agli altri, usando un linguaggio ormai obsoleto che solo con difficoltà viene ormai compreso dai cultori delle altre discipline, cui anzi finisce con l'apparire proprio per questo possibile trascurare senza problema tali aspetti legati a un diritto ormai morto: cosicché il romanista rischia facilmente di finire con il sembrare un macchietistico nobile decaduto che senza badare ai mutamenti intervenuti nella storia continui a parlare di *mirabilia* polverosi senza più attinenza alcuna con la realtà, e, incapace di mettersi in sintonia con il resto del mondo, non riesce a far altro che pretendere che siano gli altri a rinunciare al proprio punto di vista per seguire le sue prospettive ormai fuori del tempo.

Inserire gli aspetti romanistici pur sempre attuali in un quadro più moderno, in cui il diritto romano smetta di essere autoreferenziale per divenire punto di vista privilegiato nella visione storica e quindi evolutiva dei problemi contemporanei, e venga in tal modo accettato dai cultori delle altre discipline, non sarebbe quindi impossibile se solo i romanisti volessero collocarsi anch'essi, pur mantenendo intatto il loro patrimonio di conoscenze, in una prospettiva meno remota dal mondo coevo, imparando nuovi linguaggi per comunicare con gli altri e sapendo finalmente comprendere ed almeno in parte condividere le visuali in cui gli altri si collocano, per proporre ad essi in modo una volta per tutte accettabile, secondo impostazioni da tutti condivise, il loro più ampio punto di vista.

Forse sarebbe così superato quell'equivoco di fondo in cui il romanista, forte di una grandezza

di cui è certo ma che tuttavia non sempre riesce a esprimere, si arrocca sempre più in posizioni polemicamente unilaterali in cui ignora, disprezzandolo, il punto di vista delle discipline moderne, rinunciando a trasmettere ai cultori di queste quel sapere che, specie in un'epoca di non lievi mutamenti giuridici quale parrebbe dover essere il nostro prossimo futuro, appare basilare per ancorare l'evoluzione del diritto europeo ad una visione sistematica che solo la più ampia prospettiva storica può dare, e di cui, anche se a taluno può dar fastidio, il romanista appare ancora oggi restare l'unico detentore: una prospettiva immediatamente sistematica che – di fronte a quella mera dogmatica a cui ogni altra disciplina, nella più angusta parzialità della sua visuale, risulta senza alternative fermarsi – sembra ancora oggi, nella sua matrice romanistica, l'unica falsariga efficace in cui qualsiasi trasformazione del diritto, per non scadere a mera normazione, deve giocoforza inserirsi.