

## L'ITINERARIO SCIENTIFICO DI GAETANO SCHERILLO

di *Manlio Sargenti*

1. – L'attività scientifica di Gaetano Scherillo (della quale i volumi che ora si pubblicano, dopo gli *Scritti sulle fonti* apparsi nel 1992, per la memoria iniziativa dei suoi allievi, offrono un completo panorama) «esplode» – è il caso di usare questa espressione – alla fine degli anni Venti con un impeto, una varietà di interessi e di tempi ed un'ampiezza di orizzonti che non possono non destare l'ammirazione in chi ne ripercorra oggi il cammino nella prospettiva del tempo e nel bilancio dei risultati.

In due anni, dal 1928 al 1930, il giovane studioso (era allora tra i ventitré ed i venticinque anni) pubblica una serie di studi, quasi tutti di ampio respiro, che occupano i più vari ed impegnativi settori della ricerca romanistica: dalle primizie papirologiche, come il PSI 1075, di cui pubblica e commenta il testo in anteprima in una comunicazione all'Istituto Lombardo, agli scoli bizantini dei Basilici in materia di *exceptio pacti* e di *exceptio doli*; dai rapporti patrimoniali tra coniugi, per i quali il papiro egiziano sopra ricordato gli offre l'avvio ad un'ampia trattazione del tema della donazione nuziale nel tardo Impero, anch'essa tutta intessuta su materiale papirologico, apparsa in due puntate sulla «Rivista di storia del diritto italiano», al problema della trasmissibilità della *stipulatio in faciendo* («BIDR», 1928), cui si collega quello della forma e degli effetti della *stipulatio* compiuta dal servo o dal *filius familias* (*Studi Bonfante*, 1930); dai rapporti tra locazione e precario («RIL», 1929) alla natura della *possessio naturalis* («RIL», 1930).

È, come si vede, un panorama ben ampio e vario quello su cui spazia lo sguardo del giovane studioso. Ma sono poi i risultati di queste sue indagini che vanno segnalati per la padronanza dei problemi, per la conoscenza del materiale testuale e per la perspicua chiarezza dell'esposizione.

Gli anni successivi segnano il rivolgersi dell'attenzione di Scherillo allo studio delle fonti, evidente necessaria preparazione all'approfondimento dei

problemi di sostanza, i cui risultati sono stati raccolti nel primo volume di questi *Scritti*. Si va, così, dallo studio *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla Cost. Deo auctore*, a quello sui *Tractatus de gradibus cognationum*, da quello su *I cataloghi delle fonti del diritto e Inst. Graeca Paraphr. 1.2*, ai due importantissimi studi «*Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*» e «*Il sistema del Codice Teodosiano*», che costituiscono tuttora indispensabili punti di riferimento e strumenti di ricerca su quella che è la principale fonte per la conoscenza del diritto del tardo Impero; dallo studio *Sul valore della consuetudine nella Lex Romana Wisigothorum* a quello su *L'ordinamento delle Sententiae di Paolo*, a quello *Sulle origini dell'Authenticum*, ai *Contributi alla storia delle Novelle postteodosiane*, per non citare che i maggiori. Ed in queste ricerche si va affinando il metodo e si profilano quelle che saranno anche in seguito caratteristiche salienti dell'attività scientifica dello studioso: la costante attenzione alla concreta realtà testuale ed il rilievo dato alla collocazione dei singoli problemi e delle loro soluzioni nel tessuto sistematico delle opere della giurisprudenza romana. Gli scritti fondamentali su questo tema verranno più tardi, con *Il sistema civilistico*, del 1953, con *Gaio e il sistema civilistico*, del 1966, con le *Annotationes gaianae*, del 1968. Ma la loro trama si era andata tessendo proprio nel decennio 1930-1940, attraverso le indagini particolari che abbiamo sopra ricordate.

Senza abbandonare gli studi sulle fonti, che anzi daranno i loro frutti più maturi, come si è accennato, proprio negli anni successivi, Scherillo tornava negli anni Quaranta a dedicare la propria attenzione ai grandi problemi di diritto sostanziale. Sono di questo periodo, un periodo lungo e fecondo che attraversa tutto un trentennio, gli scritti più indicativi della personalità dell'Autore raccolti in questi volumi: quello sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi, attuale nel 1941, quando apparve, poco dopo che tale divieto era stato ribadito, pur fra molti contrasti, nel nuovo codice civile italiano, ma non meno attuale, a mio avviso, oggi, quando quel divieto è stato cancellato dalla nostra legislazione come inadatto alla nuova realtà sociale; il gruppo di studi in materia successoria, culminati nelle *Osservazioni e considerazioni storico-dogmatiche di Successione ed estinzione dei rapporti giuridici* e negli *Appunti* (così modestamente qualificati) *sulla differenza tra eredità e legato*; le *Considerazioni storico-dogmatiche* (si noti il significativo ricorso di questo binomio) sul concetto di diritti reali; i vari contributi in materia di obbligazioni; per conchiudersi con i due originalissimi articoli sulla *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem* vista come radice del processo formulare, apparsi dopo la Sua morte.

2. — Non sono stato tra i discepoli di Gaetano Scherillo né posso dire di aver mai osato considerarmi Suo amico. Anche se non moltissimi anni ci dividevano, anche se ci avvicinavano comuni esperienze della guerra da entrambi vissuta come ufficiali degli alpini, anche se, fin dal primo nostro incontro nei tardi mesi del 1945, Egli mi dimostrò la più grande benevolenza, la Sua personalità mi ispirò sempre una sorta di timore reverenziale, come da allievo a Maestro. E devo dire che questo sentimento si è rinnovato nel rileggere, per preparare queste righe, la massa dei Suoi scritti, tanto notevole mi è apparsa, nel ripercorrerla in una visione d'insieme, la Sua produzione scientifica. Una produzione di cui è essenziale per le giovani generazioni di romanisti un'attenta e meditata conoscenza, non solo e non tanto per i singoli risultati, che, come sempre avviene nella ricerca scientifica, possono essere discussi e superati, quanto per le idee di fondo che la sorreggono e la sostanziano, facendone un indispensabile strumento di formazione e di orientamento.

Un aspetto fondamentale della ricerca romanistica di Gaetano Scherillo, che va subito rilevato per la sua importanza di indirizzo e di metodo, sta nella costante attenzione ai rapporti fra diritto romano e diritto moderno, anzi meglio, nel senso della continuità ed unitarietà di un ordinamento giuridico che affondi nel diritto romano le proprie radici. Ed in questo intimo legame Egli vede il significato e la giustificazione degli studi romanistici.

Ho ricordato sopra l'attualità, di allora e forse anche di oggi, dello studio sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi. Si veda come questo studio prende le mosse: dalla compiaciuta constatazione che l'appena pubblicato libro delle successioni e donazioni del nuovo codice civile italiano, allontanandosi dalla tendenza emersa durante i lavori per la riforma, aveva mantenuto il principio della nullità e che «le ragioni addotte nella relazione del Guardasigilli a favore del mantenimento del divieto erano in sostanza ancora quelle indicate dalla giurisprudenza romana». E da questa constatazione sorge per lo studioso l'interesse a riesaminare il problema delle origini del divieto, riesame che viene condotto, peraltro, con rigoroso metodo storico e che porta a mettere in luce, in contrasto con la diffusa tesi dell'attribuzione del divieto alla legislazione augustea, la sua origine arcaica, addirittura nella giurisprudenza pontificale. Dove si vede quanto l'Autore fosse lontano da fallaci sovrapposizioni di prospettive e come la sensibilità per la continuità della tradizione non si risolvesse affatto in un appiattimento della visuale storicistica.

È soprattutto negli scritti di carattere dichiaratamente storico-dogmatico (ho già notato il ricorrere di questa espressa qualifica) che si può apprezzare

zare pienamente la vigile consapevolezza dell'intreccio, ma anche dell'indipendenza, delle due prospettive.

Dedicando a Francesco Carnelutti l'ampio studio sulla *In iure cessio hereditatis*, l'Autore avvertiva:

«Anche in una raccolta di scritti dedicati ad un insigne Maestro del diritto moderno può legittimamente trovar posto uno studio dedicato a indagar la natura di un istituto risalente al più vecchio nucleo del diritto romano, già un rudere nell'epoca dei giureconsulti romani, *se le indagini possano portar qualche contributo alla critica di concetti generali ritenuti valevoli ancora oggi*» (il corsivo è mio);

ed aggiungeva: «E del resto dai cultori del diritto moderno e, più, della teoria generale del diritto non debbono svalutarsi in blocco, quasi si trattasse di archeologia giuridica oggetto di mera curiosità erudita, le indagini storiche dei romanisti, giacché gli apporti che esse possono recare e alla scienza del diritto moderno e alla teoria generale del diritto non sono né pochi né piccoli né tanto meno trascurabili». Nel caso, la ricerca sulla *in iure cessio* dell'eredità consentiva all'Autore (e può consentire utilmente a chi ne rilegge le pagine) «... di studiare il fenomeno successorio prescindendo dall'eredità e di coglierne l'essenza originaria, e insieme di trarre conseguenze preziose circa l'aspetto originario della figura preminente, ed ancor oggi viva, di *successio*, la successione ereditaria».

Ancora, alcuni anni più tardi, in un altro studio dedicato anch'esso ad un cultore del diritto positivo, il De Francesco, studio «storico-dogmatico», appunto, sulla *Successione ed estinzione dei rapporti giuridici*, che corona le indagini precedenti sulla *in iure cessio hereditatis*, sulla *sectio bonorum* e sulla «*Bonorum venditio*» come figura di «*successio*», Scherillo scriveva: «L'indagine sarà prevalentemente romanistica, poiché, qui come altrove, il diritto romano offre allo studioso una larghissima messe di osservazioni, ma non sarà esclusivamente romanistica, giacché quanto diciamo è pienamente valido anche per diritto attuale, né, a nostro credere, potrebbe essere diversamente, *data la continuità tra diritto romano e diritto attuale, che a torto si sogliono concepire come entità al tutto distinte e incomunicanti*» (anche qui il corsivo è mio).

Potrei continuare nella citazione di queste espressioni di vedute su cui Scherillo non si stanca di insistere: per esempio quando, delineando la differenza tra eredità e legato, scrive che il cultore del diritto attuale non può sottrarsi ai risultati dell'indagine romanistica «non bastando certo il mero decorso del tempo a mutare la configurazione dogmatica di un istituto»; o quando, applicando arditamente i concetti di successione ed estinzione ai

rapporti facenti capo alle persone giuridiche, ed affermando che «la successione è un fenomeno generale, che può avere presupposti anche diversi dalla morte», chiosa «È questo il grande insegnamento che scaturisce dal diritto romano, il quale conosce le successioni conseguenti a *capitis deminutio* accanto alla successione *mortis causa*»; o ancora quando acutamente afferma che «Il diritto romano permette al giurista l'applicazione del metodo sperimentale, giacché è lì che si vede come si son venuti formando ed elaborando concetti, dogmi, principi generali, quegli stessi dogmi, concetti, principi generali cui si può pervenire anche in via deduttiva partendo da determinate premesse» e conclude: «È questa, a mio modesto avviso, *l'utilità perenne degli studi di diritto romano* (corsivo sempre mio), obliata purtroppo da coloro i quali ritengono potersi il diritto romano tranquillamente relegare nel limbo delle materie storiche, di cui, ovviamente, si potrebbe benissimo fare a meno».

Potrei continuare. Ma preferisco soffermarmi piuttosto sulla sostanza delle idee esposte in questi studi sulla successione, idee che mi sembrano di fondamentale importanza; in particolare su quella che ne costituisce il cardine: la distinzione, cioè, espressamente formulata nel titolo di quello che ne raccoglie e sviluppa i risultati, ma presente anche, come un *Leitmotiv*, in tutti gli altri, tra successione ed estinzione dei rapporti giuridici quali conseguenze coesistenti ma opposte dell'estinzione (non solo della morte, come si è visto) di un soggetto giuridico. Di fronte a questo evento sono teoricamente possibili, rileva lo Scherillo, due soluzioni: o la continuazione dei rapporti che facevano capo al soggetto estinto, mettendo al suo posto un nuovo soggetto, o la loro estinzione. Ed è alla luce di questa duplice possibilità, sulla quale ogni ordinamento giuridico orienta le proprie scelte, che si chiariscono la funzione e la natura giuridica dei singoli istituti, così del diritto antico come di quello moderno. Si chiarisce innanzi tutto il fondamentale concetto di successione, inteso come subentrare di un soggetto *in locum, in locum et ius* di un altro: indicazione non nuova, bene inteso, che già il Bonfante aveva enunciato e che si può dire divenuta patrimonio comune dei romanisti, ma che in Scherillo acquista una particolare evidenza proprio attraverso la contrapposizione fra successione e liquidazione dei rapporti giuridici già facenti capo al soggetto scomparso. Acquista una particolare evidenza, ad esempio, la distinzione tra eredità e legato, tra eredità che implica, appunto, la *successio in locum et ius* ed il legato che, ecco l'aspetto originale della costruzione, è, invece, uno strumento di liquidazione del patrimonio (di parte del patrimonio), non successione nei, ma estinzione dei rapporti. E si illumina la natura degli antichi istituti della *in iure cessio hereditatis*, della *sectio bonorum*, della *venditio bonorum*, della *bonorum possessio*. Ma

anche quella di fenomeni propri del diritto vigente, come la sorte dei rapporti facenti capo alle persone giuridiche o quella che inesattamente si qualifica come «successione» dello Stato nei beni di chi muoia senza lasciare eredi. Si chiarisce, attraverso lo studio della struttura della *in iure cessio hereditatis* la differenza fra *successio* ed acquisto in blocco di un patrimonio, che non è, in sé, successione, ma solo effetto, e non necessario, della successione, donde il rifiuto del concetto di successione particolare. E si scorge, così, quanto può essere feconda la conoscenza di un antico istituto, pressoché desueto nello stesso diritto romano, per la retta comprensione di istituti giuridici ancora vivi e per la loro costruzione dogmatica.

Altri rilevanti esempi della validità di tali impostazioni storico-dogmatiche dei problemi si ha in quello dei terreni in cui più intima è, direi, la contiguità tra diritto romano e diritti moderni di tradizione romanistica, il terreno, cioè, delle obbligazioni. Ed a questo proposito, senza dilungarmi ulteriormente, voglio richiamare l'attenzione sui due studi paralleli in materia di obbligazioni naturali, quello romanistico, pubblicato nel 1968 nel prestigioso Archivio Giuridico «Filippo Serafini», e quello civilistico, apparso l'anno seguente negli *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*. Sono due scritti nei quali, data l'identità dell'argomento, si rivela nella maniera più evidente la speculare corrispondenza delle due visioni, l'osmosi tra l'elaborazione concettuale che muove dal diritto romano e le conseguenze che se ne possono trarre sul terreno del diritto moderno.

Il discorso, peraltro, non vale solo per la *successio* o per le obbligazioni e per gli istituti e concetti connessi. Non meno efficacemente, Scherillo applica l'idea della continuità, di una continuità di esigenze e di fenomeni sociali che non può non trovare eco nel campo del diritto, su un terreno apparentemente ancora più lontano dalle strutture socio-economiche e giuridiche attuali: la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* dell'antico diritto romano, quella distinzione che nello stesso ambiente giustiniano era apparsa così superata da venire abolita come *sane antiqua, inutilis ambiguitas* (C. Iust. 7.31.1). Ebbene, Scherillo non ha timore di affermare, un po' paradossalmente: «Se, per ipotesi assurda, Gaio volesse riscrivere oggi le sue Istituzioni per adattarele al diritto italiano vigente..., giunto che fosse alla distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* non troverebbe gravi difficoltà ... osserverebbe che la sua distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* è, in buona sostanza, viva e vitale anche oggi, ed anche come l'aveva formulata egli stesso, quantunque si celi sotto la distinzione, legislativamente consacrata, tra beni immobili e beni mobili».

Queste affermazioni saranno apparse eretiche, quando venivano scritte,

nel 1964, a più di un romanista, avvezzo a considerare la distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* appunto come un arcaismo superato nello stesso diritto romano, e per converso estranea al diritto romano, introdottavi solo tardivamente, la distinzione fra cose immobili e mobili, posta al centro del regime delle cose nell'ordinamento giuridico moderno. E non meno ostica sarà apparsa ai civilisti la pretesa di accostare ed in un certo senso di assimilare la distinzione a loro familiare a quella, apparentemente così lontana nel tempo e nel costume sociale, degli antichi romani. Ma dietro l'apparente paradosso si svelava, nel pensiero di Scherillo, una duplice verità. Da un lato, che i Romani non avevano affatto ignorato la distinzione tra beni immobili, *res soli*, e *res mobiles*, anche se «non pare la enunciassero esponendo la classificazione delle cose», che, anzi, «la stessa formulazione del concetto di *res soli*, comprensivo del suolo e di ciò che vi si incorpora – e conseguentemente la contrapposizione tra *res soli* e *res mobiles* – è frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, di cui vediamo ancora le tracce, e di cui, a ben vedere, l'attuale art. 812 c.c. è l'ultimo risultato». D'altro lato, che la *magna differentia* tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* veniva additata da Gaio nel maggior rigore del regime di circolazione delle prime (la necessità della forma solenne della *mancipatio*) rispetto alle seconde (per le quali era sufficiente la semplice *traditio*) e che, a sua volta, tale maggior rigore si fondava sul presupposto, pure nettamente enunciato da Gaio, della maggiore importanza sociale delle une (fondi, schiavi, bestiame da lavoro) rispetto alle altre; lo stesso presupposto, in definitiva, che è alla base, in una società moderna, o meglio era, si dovrebbe dire, in una società pre- o protoindustriale qual'è quella riflessa nelle codificazioni, della distinzione tra beni immobili e beni mobili. Alla quale, però, ben notava Scherillo, un'altra se ne è venuta sovrapponendo: quella tra beni registrati e beni non registrati. E la *magna differentia* di cui parlava Gaio, il maggior rigore del regime di trasferimento, esistente nell'antico diritto romano fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, sussiste anche oggi, e forse ancora più accentuata, tra quelle due categorie di beni. Non si potrebbe cogliere meglio, a mio avviso, la persistenza di esigenze socio-economiche che sono alla base degli istituti giuridici e la vitalità, conseguentemente, di concetti che sono espressione di tale permanente esigenza, anche se si traducono, secondo le società ed i tempi, in forme giuridiche diverse.

Potrei continuare a lungo nel porre in evidenza il costante impegno di Scherillo nel ricercare, nella vita del diritto, la continuità, che ne costituisce ai suoi occhi la trama e che forma la ragion d'essere dello studio storico del diritto. Ma credo di aver detto abbastanza per chiarire uno degli aspetti

fondamentali, il più importante, a mio avviso, della posizione scientifica e dell'insegnamento del Nostro.

Voglio solo aggiungere, a questo proposito, un'altra notazione che vi si connette strettamente: l'atteggiamento di fronte al problema, tanto dibattuto in quegli anni, dell'uso degli strumenti dogmatici nello studio del diritto romano. Scherillo lo affrontava, significativamente, proprio negli *Studi in onore di Emilio Betti*, che era stato, come si sa, uno dei protagonisti del dibattito, e, dichiarando di voler con ciò rendere omaggio «al Maestro cui dobbiamo l'orientamento metodologico che qui professiamo di seguire», si opponeva alla critica verso quelle che un altro eminente studioso immaturamente scomparso, Rodolfo Ambrosino, aveva proprio allora qualificato in senso spregiativo «esercitazioni di dogmatica moderna». Per conto nostro è un grave errore, Egli scriveva, ritenere che la dogmatica odierna sia qualcosa di estraneo e di avulso dalla dogmatica dei giuristi romani, così come del resto è un grave errore separare con un taglio netto il diritto romano e il diritto attuale. «Dai classici a Giustiniano, da Giustiniano ad Irnerio, da Irnerio a noi non vi sono soluzioni di continuità». E, se anche i giuristi romani non hanno, o non hanno compiutamente elaborato o apertamente enunciato determinati concetti dogmatici, «... bisogna ugualmente usare degli strumenti logici, e giungere a quelle generalizzazioni che sono possibili e legittimate dalla elaborazione, sia pure frammentaria ed analitica, che già i giuristi classici ci hanno lasciato, in quanto proprio da questo materiale delle fonti romane gli interpreti posteriori hanno ricavato quei principi e quei criteri generali di distinzione che si sono poi sviluppati fino a noi nella dogmatica moderna».

Il discorso così avviato riguardava, in specie, il concetto di diritti reali e Scherillo dimostrava, poi, con l'usuale chiarezza di argomentazioni e rigore storicistico, che in realtà i Romani avevano bene individuato la categoria e indicato con somma precisione il criterio distintivo tra diritti reali ed obbligazioni, anche se nelle fonti romane manca la terminologia corrispondente, manca addirittura un termine per individuare la categoria dei diritti reali. Che anzi uno dei meriti della giurisprudenza romana è stato proprio quello dell'elaborazione di concetti giuridici.

Scherillo non ignorava di trovarsi, con il suo atteggiamento, in contrasto con la tendenza invalsa negli studi romanistici in epoca recente. Lo aveva scritto nel 1956, prendendo posizione in un'inchiesta promossa dalla rivista «Labeo» sul tema *Studio e insegnamento del diritto romano*. Prima di rispondere ai quesiti propostigli, Egli teneva a sottolineare di aver «la piena consapevolezza di andar contro quella che oggi mi sembra la corrente do-

minante nei nostri studi e, pertanto, di enunciar proposizioni che da più d'uno saranno ritenute altrettante perniciose eresie»; ma teneva anche ad affermare orgogliosamente «come ciò, in definitiva, non abbia alcuna importanza» ed a ribadire i concetti ed i criteri metodologici a Lui cari: l'inammissibilità dell'assimilazione, in un'indifferenziata *antike Rechtsgeschichte*, dello studio del diritto romano e degli altri diritti dell'antichità, l'equivoco insito nella distinzione tra una dogmatica moderna ed una dogmatica degli antichi e nel conseguente rifiuto di ogni strumentario dogmatico attuale nello studio del diritto romano. I concetti ed i criteri, insomma, di cui aveva fatto e faceva ed avrebbe fatto fino alla fine utile applicazione nelle Sue indagini e dai quali io credo che nessun romanista, che voglia essere autenticamente giurista e storico del diritto, non sociologo e storico delle istituzioni sociali, dovrebbe distaccarsi.

3. — Ho detto «nessun romanista che voglia essere autenticamente giurista e storico del diritto». Scherillo aveva sicuramente in alta misura entrambe queste qualità, che non sono, poi, se non due aspetti e momenti inseparabili della funzione di uno storico del diritto. E lo si rivela nella Sua sensibilità alla problematica storica, non meno che a quella dogmatica.

Ho già detto della Sua costante attenzione all'opera della giurisprudenza romana. Devo dire meglio: all'opera ed alla personalità dei giuristi ed insieme all'elaborazione sistematica del loro pensiero.

Negli anni in cui Egli scriveva, segnatamente nei primi della Sua attività scientifica, era facile indulgere ad una visione generalizzante della produzione della giurisprudenza «classica» vista, appunto, come un tutto uniforme, al quale si contrapponeva, non meno genericamente, il diritto postclassico-giustiniano. Lo strumento diagnostico della distinzione tra i due momenti era fornito dalla critica interpolazionistica. Esagererei se dicessi che Scherillo fu sin dall'inizio immune da tale visione schematica dell'esperienza giuridica romana e dall'uso della critica interpolazionistica. Nei suoi primi scritti è frequente, al contrario, il ricorso ad essa ed evidente l'influsso dei più convinti rappresentanti di quell'indirizzo, in prima linea del Suo maestro Carlo Longo. In alcuni casi, del resto, sarebbe stato e sarebbe ancor oggi impossibile sottrarsi alla necessità di valutare criticamente i testi, come quando, ad esempio, a proposito della trasmissibilità della *stipulatio in faciendo*, si è di fronte ad una precisa riforma attuata da Giustiniano con la c. 13 C. 8.37, che non può non essersi tradotta in una serie di modifiche dei passi dei giuristi classici utilizzati nel Digesto. O quando si affronta lo studio delle formule bizantine in tema di *exceptio pacti*

e di *exceptio doli* e non si può a meno di constatare la tendenza ad integrare l'una con l'altra, che è propria appunto degli interpreti bizantini e si riflette, inevitabilmente, nella manipolazione delle fonti giurisprudenziali classiche.

Non si può e non si deve dimenticare, del resto, che la modifica del materiale impiegato nella Compilazione per adattarlo alla diversa situazione sociale ed alla diversa realtà giuridica è un fatto voluto e denunciato dallo stesso Giustiniano; che può essere difficile, e qualche volta impossibile, individuare con sicurezza in che cosa la modifica consista, ancor più difficile stabilire se ed in quale misura le trasformazioni si fossero già, almeno in parte, attuate nel corso del processo storico attraverso il quale era passata la società romana e per riflesso il suo ordinamento giuridico; che è necessario sottrarsi, perciò, all'illusoria prospettiva di un taglio netto e di una netta contrapposizione tra classico e postclassico o giustiniano (tutte nozioni oggi ovvie, che non lo erano, però, negli anni della prima attività scientifica di Gaetano Scherillo), ma che il fenomeno interpolazionistico non può essere ignorato, come oggi si fa, quasi non esistesse e che devono essere cercati, se mai, nuovi strumenti critici, più perfetti, meno ingenui, se così è consentito definirli (con il massimo rispetto per i Maestri che li hanno usati), di quelli della critica interpolazionistica, di stampo soprattutto filologico, dei decenni a cavallo dei secoli XIX e XX.

Direi, però, che l'atteggiamento di Scherillo anche negli anni del massimo fervore nell'uso del metodo interpolazionistico fu sempre piuttosto prudente, non solo e non tanto nel considerare genuini testi che altri riteneva interpolati, quanto nell'affermare molto spesso (in ciò concorde con il Riccobono della seconda maniera) il valore puramente o prevalentemente formale delle alterazioni e nel dare risalto al pensiero dei giuristi classici, alla differenziazione delle loro opinioni, al processo storico, insomma, sboccato nella compilazione giustiniana e di cui questa è la conclusione e la sintesi.

Attenzione all'opera dei singoli giuristi, ma anche alla sua posizione nel sistema. Non dimentichiamo che una parte cospicua degli studi di Scherillo sulle fonti era stata dedicata, appunto, alla ricostruzione del c.d. sistema civilistico ed ai rapporti con esso di singoli giuristi, come Gaio. Questi contributi non rimangono fine a se stessi, aprono allo Studioso la via per meglio inquadrare e comprendere il pensiero dei giuristi e per meglio ricostruire la struttura e la storia degli istituti. Esemplare è, al riguardo, lo studio sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi, nel quale l'ordine della trattazione in opere isolate come i *Tituli ex corpore Ulpiani* e soprattutto l'esame delle sedi da cui provengono i frammenti che formano il titolo

24.1 del Digesto costituiscono strumento essenziale per avvalorare la tesi a cui lo scritto si ispira, la tesi, cioè, dell'alta antichità del divieto, che la dottrina dominante riteneva, invece, introdotto dalla legislazione matrimoniale augustea. E se questo è l'esempio più cospicuo, non è, però, l'unico di applicazione di un criterio di indagine che sempre ritorna negli scritti dell'Autore. Prezioso insegnamento, anch'esso, che da quegli scritti può essere tratto.

4. — Molto vi sarebbe ancora da dire sull'opera scientifica di Gaetano Scherillo. Rilevare, ad esempio, l'invidiabile conoscenza delle fonti papirologiche, di cui dava prova nei due studi sulla donazione nuziale e che è da rimpiangere non abbia poi utilizzato nell'ulteriore Sua produzione. Richiamare le notazioni marginali che affiorano nel contesto di trattazioni più generali, e che non hanno spesso minore interesse del tema di fondo: quelle, ad esempio, sulla funzione del testamento *in procinctu*, che troveranno più tardi un organico sviluppo nell'apposito studio dedicato all'argomento; quelle sul problema dell'oralità del testamento; quelle sul valore della clausola *uti legasset* delle XII Tavole; quelle sulle *Res cottidianae* pseudogaiane o sul Libro di diritto Siro-romano e via dicendo. Ma non voglio dilungarmi troppo e non voglio sottrarre al lettore il gusto di scoprire o di riscoprire i tanti apporti di questi *Scritti*, generali o specifici, alla problematica romanistica.

Non posso, però, chiudere queste note senza accennare all'apporto di Scherillo alla conoscenza del processo.

Fra i Corsi di diritto romano nei quali si sostanziò l'attività didattica dell'Autore ve n'è uno, del 1960, il cui titolo può trarre facilmente in inganno sull'ampiezza e la sostanza del suo contenuto. È presentato modestamente come una *Introduzione* alla «*cognitio extra ordinem*», ma si tratta, in realtà, di un'introduzione che abbraccia in una vasta panoramica buona parte della storia del processo romano, privato e pubblico, ed in particolare affronta il delicato problema del passaggio dal processo *per legis actiones* al processo formulare. Ho voluto richiamarlo perché in esso è, *in nuce* e forse più che *in nuce*, l'idea che verrà sviluppata dieci anni più tardi nei due fondamentali studi che chiudono questo volume e che chiusero, purtroppo, prematuramente, l'attività scientifica di Gaetano Scherillo: i due studi che mirano a collegare la nascita del processo formulare alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

È superfluo sottolineare qui l'importanza e la difficoltà del problema, che affatica la mente dei romanisti da quasi due secoli, da quando, cioè, la scoperta del manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio gettò, sì, una

luce inattesa sulla storia del processo romano, offrendo un'indicazione precisa sul passaggio dalle *legis actiones* alle formule, ma, nello stesso tempo, fece sorgere una serie di interrogativi sui tempi e sui modi di quel passaggio, sulla reale portata della *lex Aebutia*, sull'epoca della sua emanazione, sull'enigma delle *duae leges Iuliae* e del loro rapporto con la legge più antica. Superfluo anche ricordare come pochi ormai, fra i romanisti, credano che il processo formulare sia stato in realtà introdotto *ex novo* dalla *lex Aebutia* (benché, si potrebbe osservare, si venga, così, a mettere in forse la credibilità di Gaio, sulla quale di solito si fa grande affidamento; ma non è questo il luogo per simile discorso), il che, peraltro non risolve e neppure semplifica il problema, anzi lo complica, moltiplicandone le possibili ed ipotizzate soluzioni.

Ora, quella proposta da Scherillo (che non è nuova in assoluto, ma riprende e sviluppa in forma originale gli spunti già proposti dall'Arangio Ruiz) è, fra le tante affacciate negli ultimi decenni, non dico la più sicura, ché su questo terreno la sicurezza mi pare impossibile da raggiungere, ma almeno la più lineare. L'Autore era, del resto, perfettamente consapevole di presentare solo una congettura, e che, perché essa diventasse ipotesi storicamente accertata, sarebbe stato necessario «dimostrare come e per quale via si sia giunti a tralasciare i *certa verba* della *legis actio*, spostando il fulcro sui *concepta verba* prima della *sponsio* poi della formula». A questa dimostrazione è dedicato il più ampio dei due saggi lasciati da Scherillo sull'argomento, ed è una dimostrazione che riesce veramente suggestiva nella ricerca del collegamento fra *legis actio per iudicis arbitrive postulationem, agere per sponsionem* e formula. Certo, il passaggio, anzi la serie di passaggi che la dimostrazione comporta è ardita. Non è facile spiegare, per esempio (e l'Autore lo riconosce), perché Gaio, nel parlare abbastanza ampiamente dell'*agere per sponsionem* non faccia alcun cenno proprio della *legis actio* nella quale Scherillo vuole vedere lo strumento naturale di quella procedura. Non è neppure così sicuro come l'Autore vorrebbe che si possa identificare con la nostra *legis actio*, applicata attraverso il meccanismo della *sponsio*, l'*arbitrium* suggerito da Sesto Elio e da Livio Druso per il recupero delle spese di mantenimento dello schiavo venduto e non consegnato per mora del compratore (D. 19.1.38.1). Ma non è certo questo il luogo per discutere a fondo il problema, la cui soluzione resta, come ho già osservato, estremamente opinabile. Forse Scherillo avrebbe meglio chiarito il proprio pensiero se la vicenda della Sua vita non si fosse conclusa prima ancora che quello scritto vedesse la luce. Esso, resta, comunque, un punto di riferimento al quale occorrerà rifarsi ogni volta che si vorrà tornare a riflettere su uno degli aspetti più

controversi ed anche più vitali della storia, non solo del processo, ma anche del diritto sostanziale romano, se si pensa all'importanza che gli istituti processuali hanno avuto per lo sviluppo e la trasformazione di quel diritto e, specificamente, quanti istituti e problemi di diritto sostanziale sono legati alla genesi del processo formulare.

Resta anche, quello scritto, un accorato e dolente addio di Gaetano Scherillo all'attività scientifica di romanista, dalla quale si sentiva allontanato, oltre che dal prevalere di interesse verso il diritto moderno, da un «disgusto e disdegno» dovuti, Egli diceva, a cause facilmente intuibili. Non sapremo mai da Lui quali fossero quelle cause; ma possiamo almeno intravederle nei Suoi scritti degli anni precedenti, nella Sua battaglia per dare, per conservare, allo studio del diritto romano un'impostazione di metodo, un'apertura di orizzonti che lo rendessero ancora valido strumento per la preparazione del giurista moderno. Forse, nell'affievolirsi delle forze fisiche, Scherillo sentiva, credeva di sentire, che questa battaglia fosse perduta.

Noi vogliamo credere che non lo sia. Rileggendo i Suoi scritti, additandoli ai giovani studiosi come esempio di rigore di metodo e di fecondità di idee vogliamo non rendere uno sterile omaggio allo Studioso scomparso, ma fare del Suo pensiero, insieme a quello di altri che lo precedevano e lo accompagnavano sulla stessa via, un punto di riferimento e, l'espressione non sembri fuori luogo, una bandiera per la prosecuzione di quell'azione il cui esito lo aveva deluso, ma alla quale, ne siamo certi, non si sarebbe veramente sottratto se la sorte glielo avesse consentito.