

GAETANO SCHERILLO (1905-1970): IL RUOLO DEL DIRITTO ROMANO TRA ANTICHITÀ E DIRITTO POSITIVO

GAETANO SCHERILLO (1905-1970): THE ROLE OF ROMAN LAW BETWEEN ANTIQUITY AND MODERN LAW

Francesca Pulitanò
Università degli Studi di Milano

Abstract English: Gaetano Scherillo was a scholar of Roman law, but also a connoisseur of modern law. His method of research and teaching, as it appears from his whole scientific and didactic production, was affected by this double inclination. In view of the Centenary of the Statale, the essay analyzes the numerous courses that he wrote for students (things, succession, trial, obligations, will): in them it is possible to identify the testimony of a use of Roman law not only as a historical matter, but also – and, sometimes, above all – as an instrument for a better understanding of the present. We then focus on the role of the scholar as a precursor of the debate, still alive today, on the contents and function of Roman law as the root of European legal systems.

A) On the didactic courses the following can be observed.

Le cose (1945). The meaning of ‘thing’ is such for the social consciousness of a given age so that the notion of it becomes fluid and can include or exclude an entity regardless of the objectivity of its physical, or chemical composition or of its philosophical representation. Among the general issues addressed in the volume, the concept of ‘patrimony’ deserves specific attention and, already from the first pages, is strictly connected with the concept of ‘thing’. Overall, the course is conducted with a strong exegetical sensibility and with a traditional method for reading the sources: however, a more general conceptualization is also adopted. In fact, the language used by Scherillo is that of the contemporary jurist: he analyzes the phenomena and frames them in clear and ‘geometric’ mental schemes, which are used to synthesize the complexity of historical and jurisprudential developments.

La successione (1954; re-edition of Gnoli, 1997). In this volume the common thread is that of the distinction between succession in the strict sense and the mechanism of extinction and liquidation of legal relationships. As already mentioned, it is certainly Scherillo’s most significant contribution to the studies on the subject of succession, as well as the framework within which he inscribes the whole examination of the subject.

The Trial (1969). The analysis is intended to be included in a more complete manual of private law: it is therefore striking that it devotes ample space to the analysis of the criminal trial. Also in this case the description of phenomena prevails on the dogmatic approach (for instance, the *iurisdictio praetoria* is described starting from the modern notion of jurisdiction). In this volume Scherillo describes his particular thesis on the

- ❖ Italian Review of Legal History, 8 (2022), n. 16, pagg. 559-589
- ❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>
- ❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.54103/2464-8914/19260. Articolo pubblicato sotto Licenza CC-BY.

genesis of the *per formulas* trial from the *agere per sponsionem*.

Lezioni sulle obbligazioni (1962, re-edition Gnoli, 1994). Here the structure is systematic. Examples are the description of the default with reference to the difference between the primary and secondary precept of a rule, the notion of negative obligations, the use of the Schuld-Haftung theory. The latter, together with the distinction between primary and secondary precepts, further contributes to the description, according to the modern approach, of some categories of obligations: natural obligations, solidary obligations, ancillary obligations (also with reference to personal guarantees). Despite this, it can still be said that in this, more than in other works, the historical sense and the mind of the jurist inclined to conceptual construction find a balanced harmonization.

Il testamento (1965, then 1967 and then re-edition Gnoli, 1995). The will is analysed as a legal transaction and as a document. Scherillo reiterates, in a more concise form, what he had already exposed in the monographic course on succession; here he describes the general backbone of the 'succession system' and inserts the single institutes into it. The study includes also the punctual and direct reading of the sources, such as that of the will of Antonio Silvano.

B) As for Scherillo's contribution to the debate on the role of Roman law in relation with the European legal systems, the essay briefly recalls the famous opposition between Betti's more dogmatic vision and De Francisci's more historical one, highlighting the influence that Scherillo's method received from both these approaches. The essay terminates with some references to the current debate on the function of Roman law as the root of European legal systems and with the mention of some authors who have been studying the issue in recent times. In 1956 Scherillo had expressed himself on the importance of Roman studies with respect to contemporary law and teaching. We can affirm that he was an attentive historian and at the same time a precursor of future methods: precisely the modernity of the ideas that he supported makes them still today a fruitful subject for reflection on the issue of the relationship between Roman law and European legal science.

Keywords: Centenary of the Statale; Scherillo; dogmatic; didactic; roots of European legal systems

Abstract italiano: Gaetano Scherillo fu uno studioso di diritto romano, ma anche un attento conoscitore del diritto positivo. Il suo metodo di ricerca e di insegnamento, così come risulta da tutto l'arco della sua produzione scientifica e didattica, risenti di questa duplice inclinazione. In occasione dell'approssimarsi del Centenario della Statale, nel contributo si analizzano le linee portanti dei numerosi corsi che Egli scrisse per gli studenti (le cose, la successione, il processo, le obbligazioni, il testamento): in essi è possibile individuare copiose testimonianze di un uso del diritto romano non solo come materia storica, ma anche – e, a volte, soprattutto – come veicolo per una migliore comprensione del presente. Ci si sofferma, poi, sul ruolo dello Studioso come precursore del dibattito, oggi ancora vivo, sui contenuti e sulla funzione del diritto romano quale radice degli ordinamenti europei.

Parole chiave: Centenario Statale; Scherillo; dogmatica; didattica; fondamenti del diritto europeo

Sommario: 1. Trattati di una personalità autentica – 2. Dalle cose al patrimonio – 3. La successione – 4. Il processo – 5. Le obbligazioni – 6. Il testamento – 7. Alle radici della coscienza giuridica – 8. Conclusioni

1. Trattati di una personalità autentica

In un mondo accademico in cui molti scrivono più *per scrivere* che perché abbiano qualche cosa di significativo da dire; [...] per aumentare le loro *opere* così che possa dirsi che la loro bibliografia raggiunge le centinaia di numeri [...] Gaetano Scherillo scriveva solo se e quando gli urgeva dentro l'esigenza di dire qualcosa che gli sembrasse degno di essere detto: affidatolo allo scritto lo guardava con l'occhio distaccato – quasi disincantato – di chi sa dare il giusto valore agli scritti, altrui e propri.

Così parlava Gabrio Lombardi, in occasione della commemorazione di Scherillo all'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, poco tempo dopo la morte del collega¹.

Il discorso di Lombardi contiene parecchi elementi degni di essere sottolineati: osservazioni che tratteggiano la cifra di uno studioso del diritto antico, che del diritto antico apprezzava e valorizzava il valore culturale e formativo, ma anche la modernità di un approccio volto a sostenerne la funzione strumentale rispetto ad una più profonda comprensione del diritto vigente². Fa eco quanto sottolineato da altri Maestri contemporanei: Biscardi, nella *Prefazione* agli *Studi in onore*, sottolinea che egli «non amava mai dissociare lo studio del diritto romano dalla problematica del diritto vigente»; Sargenti, nell'introduzione alla raccolta degli *Scritti*, evidenzia la «costante attenzione ai rapporti fra diritto romano e diritto moderno, anzi meglio, nel senso della continuità ed unitarietà di un ordinamento che affondi nel diritto romano le proprie radici»³.

Anche la lettura degli *Scritti* stessi, divisi in scritti sulle fonti (vol. I) e altri scritti di natura storico-dogmatica (vol. II) rende evidenti come essi siano, per usare le parole di Cascione, «spesso orientati a cogliere aspetti critici di concetti generali fin nell'esperienza giuridica moderna [...]»⁴.

¹ Lombardi, 1970, p. 575. Per un'articolata ricostruzione dei puntisalienti dell'insegnamento del diritto romano nella storia della Facoltà di Giurisprudenza milanese, cfr. Gagliardi, 2018, pp. 491 ss. (su Scherillo, nello specifico, cfr. pp. 517, 521, 530 ss.); sulla romanistica della Statale cfr., in precedenza, anche Cantarella, 2006, pp. 9 ss.

² Si vedano, a tal proposito, le parole dello stesso Scherillo (ed. Gnoli), 1995, p. 211): «quanto mi propongo dire è pienamente valido anche per diritto attuale, né, a mio credere, potrebbe essere diversamente, data la continuità tra diritto romano e diritto attuale, che a torto si sogliono concepire come entità distinte e comunicanti».

³ Biscardi, 1972, p. IX. Si veda anche Pastori, 1992, pp. 7 ss.

⁴ Cascione, 2013, p. 1827.

Non è agevole aggiungere, *a posteriori*, qualcosa di ulteriore e di originale a quanto già sottolineato in letteratura. Premesso, perciò, che la via da percorrere è necessariamente già tracciata, si sceglie di soffermarsi su qualche profilo della concezione che Scherillo aveva del rapporto tra il diritto romano e gli ordinamenti positivi, così come emerge dal complesso dei *Corsi* didattici di natura monografica. Questi ultimi rappresentano una parte rilevante della produzione del Maestro, la cui opera è contrassegnata da quella che è stata definita come una «rilevante circolarità tra didattica e ricerca»⁵. Lo stesso Scherillo, in più occasioni, aveva manifestato la propria passione per l'insegnamento, dal quale traeva quotidianamente nuovi e proficui spunti di riflessione: «un'esperienza ormai lunga mi suggerisce che la lezione è il miglior modo per esporre idee nuove»⁶.

Proprio per la ragione appena esposta dalla voce diretta del Maestro, non è sempre immediato distinguere, all'interno di quest'area della sua produzione, i diversi piani di lettura. Idee originali e innovative fanno capolino dalle pagine dei manuali; esegesi apparentemente rapide, rivolte alla comprensione di discenti inesperti, contengono spunti che si rivelano frutto di accurata valutazione critica. All'interno di un medesimo volume, è sufficiente orientare lo sguardo verso l'uno o l'altro punto di osservazione, per cogliere squarci di prospettive multiformi⁷.

In questa sede ci si concentrerà non tanto sul versante propriamente isagogico, quanto sul dibattito, ciclicamente riproposto dagli studiosi, relativo alla relazione tra studio storico del diritto e uso delle categorie dogmatiche, che a propria volta si riverbera sulla questione, mai completamente risolta, del ruolo del diritto romano rispetto alla comprensione del diritto positivo⁸. Le opinioni di Scherillo sul tema sono racchiuse in modo specifico in uno scritto del 1956, al quale ci si richiamerà più avanti⁹. Ma si può senz'altro affermare che i corsi didattici rappresentino, di quelle, una significativa applicazione concreta e pratica.

⁵ Cascione, 2013, p. 1827.

⁶ Scherillo, 1960, p. 3. La medesima idea è stata espressa, in tempi assai più recenti, da Carlo Augusto Cannata, nella sua proposta di un insegnamento dei Fondamenti del diritto europeo necessariamente condotto sugli esempi, in modo che essi possano costituire oggetto di discussione tra docente e studenti (Cannata, 2005, 3).

⁷ Lo stesso Scherillo dichiarava apertamente questa plurivalenza delle sue opere. Si veda *infra*, nt. 78.

⁸ Si veda Cannata, 2001, p. 4 s.: l'autore si dichiara «convinto che il giurista attuale possa trarre dal diritto romano un profitto, adatto alla sua formazione ed al modo in cui è chiamato ad operare, non tanto da un suo studio analitico, quanto piuttosto assumendo rispetto ad esso l'atteggiamento di Faust rispetto al chiaro di luna: *in deinem Tau gesund mich baden!*».

⁹ Si vedano i contributi di De Francisci, 1923; De Francisci, 1936 e di Betti, 1928; Betti, 1933. I testi sono stati editi da Luraschi, 1997. Ha ripreso il tema, in tempi più recenti, Banfi, 2019, 39 ss. Sulla scia di queste osservazioni, oggi l'attenzione si appunta anche su metodologia e funzioni dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo, come si vedrà più avanti (*infra*, § 7).

Di seguito si proporrà allora una lettura – anche se necessariamente selettiva – dei principali *Corsi*, funzionale all'emersione del pensiero di Scherillo relativamente alla funzione 'viva' del diritto romano nell'ambito della riflessione giuridica anche del proprio tempo.

Tralasciando la disamina dei manuali di Istituzioni¹⁰, si prenderanno in considerazione le altre opere dedicate agli studenti. Esse apparvero secondo la seguente cronologia¹¹:

- *Lezioni di diritto romano. Le cose. Parte prima. Concetto di cosa – cose extra patrimonium*, Milano, 1945;
- *Corso di diritto romano. La successione (parte generale)*, Milano, 1954;
- *Corso di istituzioni di diritto romano, 2, Il processo*, Milano, 1960 e 1969;
- *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* (a cura di A. Cenderelli), Milano, 1962;
- *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano, 1966 e II, Milano, 1967.

Di ciascuna ci si limiterà, com'è nella natura del presente contributo, a mettere in evidenza qualche aspetto che si ritiene significativo nell'ambito del discorso che si va qui dipanando. Conviene da subito segnalare che lo scopo principale delle presenti note è quello di far parlare direttamente la voce del Maestro: per questo le citazioni bibliografiche di altri autori, relative ai singoli (per la verità, non pochi, né marginali) argomenti sono ridotte al minimo, essendo escluso in questa sede l'intento di presentare una trattazione organica sui temi coinvolti nella rassegna.

2. Dalle cose al patrimonio

Il corso più risalente nel tempo è quello sulle cose del 1945, volume denso e articolato che tocca parecchi aspetti critici¹²; ci si vuole soffermare, in particolare, sulle pagine di esordio. Balza immediatamente in primo piano, già dalle righe della

¹⁰ Esse apparvero in due edizioni, nel 1947-48 e nel 1962; in seguito si aggiunse come parte integrante il trattato sul processo, edito in un volume autonomo, dapprima nel 1960, poi nel 1969. Successivamente, essi furono adottati, con ulteriori edizioni, da Franco Gnoli per il corso di *Istituzioni di diritto romano* nella stessa Facoltà milanese: cfr. Scherillo G. (ed. F. Gnoli), 1999; 2003, 2005; Gnoli-Fargnoli, 2018.

¹¹ Tratta da Gnoli, 1970, pp. 585 ss. Sempre alla curatela di Franco Gnoli si devono anche le riedizioni di alcuni di questi volumi: *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* (a cura di A. Cenderelli), Milano, 1994; *Corso di diritto romano. La successione*, Milano, 1997; *Corso di diritto romano. Il testamento*, Milano, 1999. A queste riedizioni degli anni '90, Franco Gnoli volle aggiungere delle appendici contenenti la traduzione italiana delle fonti, perseguendo l'obiettivo della fruibilità dei corsi avanzati di Diritto romano a una platea di studenti il più possibile ampia. Dai corsi ripubblicati da Gnoli, che ricalcano esattamente gli originali, si desumeranno, per lo più, le citazioni.

¹² Come ben risulta dalla densità dell'indice, al quale si rimanda: Scherillo, 1945, pp. 215-216.

Prefazione, la preoccupazione del docente di fornire un chiarimento sull'oggetto stesso delle lezioni, che coincide con quello che egli denomina «il concetto tecnico-giuridico di cosa»; a quest'ultimo è, poi, specificamente dedicato il primo capitolo¹³.

Osserva Scherillo che i Romani non paiono essersi mai occupati di definire il concetto tecnico di *res*: è vero che nel Digesto si trovano due descrizioni di *res*, ma esse, una più particolare e l'altra più generale, sono riprodotte, fuori contesto, nel titolo generale D. 50.16. Poiché nelle opere originali i testi avevano la funzione di spiegazione lemmatica delle rispettive clausole edittali, la portata dei medesimi deve essere circoscritta a quell'ambito, senza potervi scorgere in alcun modo una testimonianza di sensibilità dei giuristi in senso stretto definitoria¹⁴.

Per contro, l'Autore precisa che non definire un concetto non implica che esso non sia conosciuto: e infatti, «quel concetto doveva essere tanto intuitivo, che nessuno sentì mai il bisogno di definirlo». Un modo di esprimersi solo apparentemente *tranchant*, che non impedisce a Scherillo di spendere, in seguito, un certo numero di pagine per chiarire che si può intendere come 'cosa' soltanto ciò che è tale per la coscienza sociale di una data epoca: cosicché la nozione di cosa diventa fluida, potendovisi ricomprendere o escludere un'entità, indipendentemente dall'oggettività della sua composizione fisica, o chimica, o dalla rappresentazione filosofica di essa¹⁵.

Tra le questioni generali qui affrontate, merita una specifica attenzione la digressione sul concetto di 'patrimonio', che già dalle prime pagine viene individuato come strettamente legato a quello di cosa: sulla scorta di Betti, Scherillo definisce il patrimonio di una persona come «il complesso di beni che ad essa spettano sotto la protezione del diritto e delle aspettative dirette a conseguirne altri, concepito come facente capo a un centro comune, il titolare, e suscettibile di spostarsi da una persona ad un'altra»¹⁶. Egli legge la famosa fonte ulpiana tramandata in D. 50.16.49 (Ulp. 49 *ad ed.*)¹⁷ nella prospettiva della distinzione tra beni in senso economico e beni in senso giuridico; subito dopo pone però in discussione la distinzione stessa, attraverso il richiamo a due diverse serie di frammenti, che offrono soluzioni contrastanti rispetto alla comprensione dei debiti nel concetto di patrimonio¹⁸.

¹³ Intitolato, appunto, *Il concetto di cosa*. Scherillo, 1945, p. 1.

¹⁴ Scherillo, 1945, p. 2.

¹⁵ Scherillo, 1945, pp. 19 ss.

¹⁶ Scherillo, 1945, pp. 4 ss.

¹⁷ *'Bonorum' appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*

¹⁸ Scherillo, 1945, p. 4 ss.

Scherillo riteneva che nel diritto classico il patrimonio identificasse i beni al netto dell'*aes alienum* e che fosse giustiniana l'idea dell'*universitas* comprensiva dei debiti. Questa differenza sarebbe dipesa da una diversa concezione della *successio* nelle due epoche: in diritto classico essa corrispondeva a un subingresso complessivo di colui che aveva il titolo di *heres* in tutte le posizioni giuridiche del defunto, e dunque da questo fenomeno e non dalla successione – che era solamente un acquisto in blocco del patrimonio – dipendeva l'accollo dei debiti; in età giustiniana, venuta a coincidere la successione con l'acquisto derivativo, si giunge a distinguere tra *successio in singulas res* e *successio in universum ius*, determinandosi di fatto anche un mutamento della nozione di patrimonio. È in questo momento che esso viene ridisegnato come una *universitas* comprensiva anche dei debiti, anche se limitatamente alla successione a causa di morte.

Questi brevi richiami racchiudono l'intera impostazione del *Corso*: in generale, nell'insieme, esso è condotto con una forte sensibilità esegetica, che si traduce in un metodo tradizionale di disamina delle fonti, ma che tuttavia non si configura come rinuncia alla concettualizzazione di respiro più ampio. Infatti, non si può fare a meno di notare che il linguaggio usato da Scherillo è quello del giurista positivo, che analizza i fenomeni e li inquadra in schemi mentali chiari, quasi 'geometrici', come tali idonei a sintetizzare la complessità degli svolgimenti storici e giurisprudenziali.

Su alcuni temi Scherillo avrebbe continuato a meditare anche negli anni successivi, riversando a più riprese le proprie considerazioni in ulteriori opere didattiche.

3. La successione

Alcuni anni dopo, nel 1954, lo Studioso dedicherà proprio alla successione un corso specifico, materia rispetto alla quale manterrà sempre una decisa predilezione. Il titolo, al singolare, vale a dimostrare l'esistenza di un concetto ampio di successione, qual è quello del diritto romano, comprensivo anche di figure di successione *inter vivos*. Nello svolgimento critico del tema, Scherillo distingue poi, opportunamente, le diverse forme, usando per ciascuna il singolare¹⁹ e ricorrendo invece al plurale per comprenderle tutte, secondo una valutazione complessiva del fenomeno giuridico.

Sargenti, nella prefazione al primo volume degli *Scritti*²⁰, ricorda il grande interesse di Scherillo per questa branca del diritto, annoverando tra quelle di «fondamentale importanza» l'idea della distinzione tra successione ed estinzione dei rapporti giuridici «quali conseguenze coesistenti ma opposte dell'estinzione [...] di un soggetto giuridico»: su di essa, in effetti, Scherillo insisteva ogni volta

¹⁹ Ad esempio (283 ss.) per la *bonorum possessio*.

²⁰ Sargenti, 1995a, XI.

che se ne presentava l'occasione²¹. Più di quarant'anni dopo, la prefazione di Franco Gnoli alla nuova edizione del *Corso* avrebbe messo in evidenza come la trattazione del suo Maestro avesse fatto «oggetto di revisione i dogmi della dottrina civilistica», con specifico riguardo alla distinzione tra successione a titolo universale e successione a titolo particolare²².

Immergendosi nello specifico nella trattazione, si coglie molto della personalità di Scherillo: il volume inizia infatti con la nozione di successione nel diritto moderno, che viene indicata dallo studioso come «quella branca del diritto privato che regola il fenomeno della successione, ossia il subingresso di un soggetto nella identica posizione giuridica di un altro soggetto per effetto della sua scomparsa e in base a un rapporto che intercorre esclusivamente con lui»²³.

Da qui prende avvio un riepilogo delle grandi distinzioni legate al fenomeno successorio: quella, accolta anche nel diritto moderno, tra successione *mortis causa* e acquisto *mortis causa*; quella, concettuale, tra diritto di successione e diritto ereditario²⁴; quella, già richiamata, tra successione a titolo particolare e successione a titolo universale, per finire²⁵ con l'enumerazione delle singole figure di *successio* attraverso i secoli.

Ci limitiamo anche in questo caso alla sottolineatura di qualche elemento specifico, emergente dalla struttura del volume. Nel capitolo secondo, il titolo stesso, *Il concetto di successione*, è impostato in modo fortemente dogmatico. Scherillo tratta preliminarmente le nozioni di acquisto e di perdita del diritto subbiettivo²⁶: essi sono definiti rispettivamente come unione del diritto al soggetto e distacco del diritto dal soggetto, cui si aggiunge la limitazione di un diritto, consistente nell'intervento di un peso di carattere, per così dire, 'anormale' (ad esempio, un diritto reale minore). Ma, continua lo Studioso, acquisto e perdita non implicano necessariamente e rispettivamente la nascita o l'estinzione del diritto stesso, perché può accadere che esso passi da un titolare all'altro, potendo talvolta rimanere anche privo di titolare per un certo lasso di tempo, come accade nell'eredità giacente. E ancora, l'estensione e le prerogative del diritto trasferito derivano da quelle che erano proprie del medesimo diritto quando esso apparteneva al titolare precedente: è questo il fondamento dell'acquisto derivativo. Solo dopo aver chiarito questi passaggi, Scherillo si volge all'analisi delle fonti, citando dapprima, un po' cursoriamente, quelle fondamentali sul

²¹ Su di essa, cfr. anche Scherillo, 1967a, pp. 3 ss. (= Scherillo 1995a, pp. 211 ss.)

²² Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), p. 9. A questa edizione faranno riferimento le citazioni nel prosieguo del testo.

²³ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), p. 12.

²⁴ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), p. 21. Ma aveva già anticipato, a p. 12, che diritto ereditario e diritto di successione non sono equivalenti, perché il primo si riferisce alla sola successione a causa di morte.

²⁵ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), pp. 153 ss.

²⁶ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), pp. 47 ss.

piano generale, e lasciando spazio nel prosieguo della trattazione all'esegesi più puntuale, sempre però sorretta da una trama tracciata con chiarezza.

Dopo essersi occupato della successione *inter vivos* e della *in iure cessio hereditatis*²⁷ (quest'ultima non viene connessa, come usualmente accade in letteratura, con l'origine dell'eredità, ma, di nuovo, con il concetto generale di successione), dedica un capitolo conclusivo alle successioni pretorie (*bonorum possessio* e *bonorum venditio*)²⁸. In esse Scherillo individua «l'essenza originaria del fenomeno successorio», impostando la disamina secondo linee concettuali che finiscono per distaccarsi dalla specificità del diritto romano. Pur non potendosi prescindere dal presupposto storico, cioè quello dell'opposizione tra *ius civile* e *ius honorarium*, il tema viene affrontato in termini di uguaglianza del diritto trasferito a quello precedente, con l'inevitabile sottolineatura che in questo caso si ha solamente un passaggio dei beni, ma non delle qualifiche familiari. È in queste osservazioni che appare evidente la ripresa del filo conduttore di tutta la trattazione, volta a distinguere tra successione in senso stretto e meccanismo di estinzione e liquidazione dei rapporti giuridici. Come già ricordato, è certamente questa distinzione il contributo più significativo di Scherillo agli studi in tema di successione, oltre che lo schema ordinante all'interno del quale egli iscrive tutta la disamina dell'argomento.

4. Il processo

Le lezioni sul processo, coerentemente con quanto accade anche altrove, cominciano con un paragrafo intitolato *Concetti fondamentali: l'espressione*, più che essere riferita alle linee fondamentali del processo romano, rimanda semmai ai concetti relativi al processo in quanto tale, definito in apertura dall'autore come «il complesso dei mezzi intesi a superare la resistenza opposta alla realizzazione del diritto»²⁹. A questa definizione si abbinano quelle di difesa del diritto, ragione, azione, rapporto processuale, rapporto litigioso, tanto da dare l'impressione di trovarsi tra le pagine di un qualunque manuale moderno di diritto processuale civile.

Impostato il tema secondo la sua convinzione della priorità logica e storica del processo di esecuzione rispetto a quello di cognizione³⁰, Scherillo circoscrive, almeno all'inizio, i riferimenti romanistici alle note, ritenendoli comunque funzionali all'esposizione di nozioni generali. Il primo richiamo a una fonte nel

²⁷ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), rispettivamente pp. 157 ss. e pp. 191 ss.

²⁸ Scherillo, 1997 (ed. Gnoli), pp. 251 ss.

²⁹ Scherillo, 1969, p. 9: (*Corso di istituzioni di diritto romano*, II, *Il processo*, Milano). Cito dall'edizione del 1969, la più matura, di poco precedente alla scomparsa di Scherillo, anche se essa era stata preceduta da una primissima versione, nel 1960, alla quale si compirà qualche richiamo nel testo.

³⁰ Scherillo, 1969, p. 15.

quale ci si imbatte è quello a Ulp. 3 *de off. cons.* D. 42.1.15pr.³¹, ove si precisa che i magistrati del popolo romano debbono dare esecuzione alle sentenze dei magistrati e degli arbitri da loro nominati: esso ha lo scopo di esplicitare, in via di principio, che il processo è possibile solo in tanto in quanto esista un'autorità nominata dalla collettività, della quale è organo, e dalla quale ricava il potere di emanare le pronunce munite di forza coattiva.

Colpisce come la trattazione, destinata ad essere inserita in un più completo manuale privatistico, dedichi ampio spazio all'esposizione del processo penale³²: Scherillo ne sottolinea l'evoluzione parallela rispetto a quello civile, fino alla confluenza dei due, sul piano procedurale, nella *cognitio* magistratuale. Anche sull'appello il richiamo al processo penale viene da lui considerato imprescindibile, nel momento in cui afferma l'incompatibilità del processo formulare con l'appello stesso e valorizza, invece, l'esigenza, sorta molto presto, di un gravame contro la sentenza di condanna penale, per 'compensare' in qualche modo le «gravissime ed irreparabili conseguenze derivanti dall'esecuzione della pena»³³.

Tutta la prima parte del Corso è impostata secondo uno schema di inquadramento dei fenomeni più squisitamente storici in categorie generali, riconducendosi ogni argomento al 'contenitore' dogmatico dell'autodifesa: autodifesa privata e relativa stilizzazione nelle *legis actiones*³⁴, autodifesa reattiva, autodifesa preventiva³⁵, autodifesa consensuale³⁶.

In questa modalità circolare di concepire la didattica tra storia e diritto vigente si inserisce anche la spiegazione della *iurisdictio* pretoria, che viene tracciata partendo dalla nozione moderna di giurisdizione³⁷.

Un punto che merita una specifica sottolineatura è quello del richiamo ad uno dei temi che gli furono, forse in assoluto, più cari: quello del passaggio dalla *legis actiones* alla formula attraverso il meccanismo dell'azionabilità delle pretese di ogni genere per mezzo della *sponsio praeiudicialis*: in altri termini, l'*agere in rem per sponsionem* come elemento perturbatore della nettezza della distinzione tra azione *in rem* e azione *in personam*³⁸, ma anche come strumento evolutivo di rilevanza centrale.

³¹ *A divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicium a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt.* Scherillo, 1969, p. 16.

³² Scherillo, 1969, pp. 23 ss., ma anche Scherillo, 1960, pp. 29-74 ss. nell'ultima riedizione del Manuale (cfr. Gnoli-Fargnoli, 2018, p. 358) gli autori hanno ritenuto più consono all'oggetto del corso, che è il solo diritto privato romano, evitare i richiami al processo penale.

³³ Scherillo, 1969, p. 250.

³⁴ Scherillo, 1969, p. 55.

³⁵ Scherillo, 1969, p. 57 ss., con numerosi esempi legati alla tutela della proprietà.

³⁶ Scherillo, 1969, p. 59 (ne sono esempi le *stipulationes praetoriae* o il sequestro convenzionale).

³⁷ Scherillo, 1969, ancora 59.

³⁸ Scherillo (ed. F. Gnoli), 1994, p. 176.

La tesi scherilliana è quella che vede l'origine del processo formulare non necessariamente nel *ius gentium*, ma nell'evoluzione del procedimento strutturato sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*³⁹. Questa procedura era il mezzo di tutela deputato, appunto, all'azionabilità delle pretese nascenti da *sponsio*:

Questo assunto è confermato dalla struttura della formula. Essa, nella sua più semplice espressione, è *intentio* più *condemnatio*, nel senso che l'*intentio* è posta come una condizione cui viene subordinata la condanna o l'assoluzione del convenuto. Si tratta a ben vedere di uno schema da cui traspare abbastanza evidentemente il primitivo meccanismo della *sponsio praeiudicialis*: basti osservare quanto sia facile trasformare le parole di una *intentio* (p. es. *si paret ex sponsione centum dare oportere*) in quelle della *interrogatio* di una *sponsio* (p. es. *centum dari spondes?*), e viceversa⁴⁰.

Si tratta di uno spunto di ricerca destinato a permeare la produzione di Scherillo lungo tutto il corso della sua vita, e che costituì anche l'ultima riflessione scientifica del Maestro milanese. In occasione della pubblicazione del volume celebrativo del ventennale di "lura", venne infatti dato alle stampe, postumo, un articolo nel quale Scherillo ripercorreva le tappe salienti di questa sua teoria. Pur non particolarmente popolare alla sua epoca⁴¹, la ricostruzione dell'emersione della formula attraverso lo schema della *sponsio* non è mai stata, nel tempo, del tutto abbandonata, pur godendo di credito decisamente minore rispetto ai tradizionali studi di Wlassak sull'origine arbitrale del processo formulare. A quella ricostruzione si collega direttamente l'enigma dell'interpretazione del primo paragrafo del libro IV delle Istituzioni giurine, nel quale si ricorda l'esistenza di un'antica classificazione delle azioni che avrebbe preceduto quella in azioni *in rem* – azioni *in personam* e che sarebbe stata basata, appunto, sui *genera sponsonum*. Attraverso l'onda lunga degli studi romanistici succedutisi per più di un secolo, il dibattito ha ancora una rilevanza nel momento presente, traendo nuova linfa dalle ultime scoperte archeologiche, che, portando in primo piano la presumibile esistenza di una formula muciana di cruciale rilievo nell'elaborazione della tecnica formulare, hanno indotto gli studiosi a interrogarsi – di nuovo – sui meccanismi genetici dell'*agere per formulas*⁴².

³⁹ Scherillo, 1969, p. 146.

⁴⁰ Scherillo, 1969, p. 147.

⁴¹ Lo si desume dalle parole dello stesso Studioso, laddove Egli tiene a sottolineare che quelle che avanza sono solamente ipotesi, ancorché formulate nella piena convinzione del loro fondamento, ma aggiunge un rilievo che fa pensare all'esistenza di una solida corrente avversa: «toccherà ai lettori valutare se le prove da me offerte a corredo siano convincenti o no: vorrei solo che non ci si limitasse a opporvi l'opinione dominante» (Scherillo, 1995, p. 538).

⁴² In questo senso è fondamentale il contributo offerto da Costabile, 2021. Ma anche in precedenza, l'allievo di Scherillo, Franco Gnoli, se ne era occupato in un saggio focalizzato

Meno originale, dal punto di vista delle idee espresse, la lunga disamina del processo formulare, che procede analiticamente a descrivere struttura e funzioni delle formule⁴³, oltre che le vicissitudini storiche del processo fino all'emersione del gravame⁴⁴. Un ultimo capitolo del lavoro si occupa dei poteri magistratuali considerati emanazione dell'*imperium*⁴⁵.

5. Le obbligazioni

Procedendosi nella rassegna, si arriva al 1962, anno al quale risale il corso sulle obbligazioni⁴⁶, ispirato fin da subito all'idea che quello delle obbligazioni sia uno «studio di primaria importanza in qualunque diritto, storico o vigente che sia»⁴⁷. L'obiettivo che il Maestro espressamente si prefigge, una volta fissata la nozione di *obligatio* accoglibile in sede romanistica, è quello di stabilire se essa «non sia accettabile, almeno nelle sue linee fondamentali, anche per il diritto moderno». In questo modo Scherillo mostra, una volta di più, di non temere le concettualizzazioni, né l'imputazione di esse alle stesse fonti romane: ne nascono affermazioni come quella secondo cui i giustinianeî sentirono il bisogno di una sistematica, una teoria generale delle obbligazioni, della quale posero concretamente le basi nel titolo D. 44.7⁴⁸.

L'approccio di Scherillo alla materia è dunque, anche qui, quello del giurista positivo. Il ricorso ai concetti generali permea infatti tutta la trattazione: ne sono esempi l'esposizione dell'inadempimento rifacendosi alla differenza tra precetto primario e precetto secondario di una norma⁴⁹, la nozione di obbligazioni negative⁵⁰, il ricorso alla teoria Schuld-Haftung come strumento ordinante⁵¹. Quest'ultima, insieme alla distinzione tra precetto primario e precetto secondario, concorre ulteriormente alla descrizione, secondo l'inquadramento moderno, di alcune categorie di obbligazioni: obbligazioni naturali⁵², obbligazioni solidali⁵³, obbligazioni accessorie⁵⁴, anche sul versante passivo delle garanzie personali.

sui *genera sponsionum*: Gnoli, 1972. In seguito, i contributi più significativi sono quelli di Silla, 2012, e, in tempi recentissimi, Platscheck, 2022 e Zuccotti, 2022.

⁴³ Scherillo, 1969, p. 171 ss.

⁴⁴ Scherillo, 1969, p. 240 ss.

⁴⁵ Scherillo, 1960, p. 266 ss.

⁴⁶ Anche di questo Corso Franco Gnoli ritenne utile una riedizione per gli studenti. Da questa, apparsa nel 1994, saranno tratte le citazioni.

⁴⁷ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, p. 11.

⁴⁸ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, p. 15.

⁴⁹ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, pp. 39 ss., 48 ss., 57.

⁵⁰ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, p. 58.

⁵¹ Scherillo (ed. Gnoli), p. 65.

⁵² Scherillo (ed. Gnoli), pp. 69 ss.

⁵³ Scherillo (ed. Gnoli), pp. 77 ss.

⁵⁴ Scherillo (ed. Gnoli), p. 90.

Quasi provocatoriamente, lo studioso sembra addirittura manifestare una sorta di fastidio per certi formalismi arcaici, indulgendo a frasi dal forte impatto, come quando dichiara «tralasciamo di occuparci di tutta la parte relativa al rituale della *manus iniectio*, pittoresco se si vuole, ma di scarso significato giuridico»⁵⁵.

L'inclinazione dogmatica si manifesta ancora, nel prosieguo, a più riprese: ne sono ulteriori esempi il richiamo alla costruzione della quota ideale come portato del diritto odierno⁵⁶ o l'osservazione secondo cui sia corretto parlare di tipicità delle fonti delle obbligazioni, ma non si possa dubitare, anche nel mondo romano, dell'esistenza di un «concetto unitario» di obbligazione⁵⁷.

Non si tratta, tuttavia, di una rinuncia alla storicità: a quest'ultima, anzi, il Maestro appare sempre sensibile, anche quando si arrende all'evidenza delle difficoltà ricostruttive che derivano dalla risalenza dei fenomeni. In questa direzione, si pone l'affermazione per cui l'obbligazione non si presta ad essere analizzata sotto il profilo delle origini, perché rappresenta uno di quegli «istituti la cui funzione economico-sociale nella vita di relazione umana è essenziale, e per essi è, correlativamente, vana ogni ricerca di origine»⁵⁸. Egli dedica inoltre un lungo capitolo alla questione, per lui importante, dello stabilire la priorità tra l'obbligazione da contratto e quella da delitto⁵⁹. È, questo, un altro elemento cardine del suo metodo di lavoro, che si ritrova anche altrove: così, trattando del processo, si è visto che Egli si era posto il quesito della priorità dell'esecuzione rispetto all'accertamento e, a proposito della successione, si era occupato della priorità tra successione testamentaria e successione intestata.

Si può forse affermare che in questo, più che in altri lavori, il senso storico e la mente del giurista incline alla costruzione concettuale trovino un'equilibrata armonizzazione: ad esempio, proprio nel contesto delle obbligazioni solidali, con una virata metodologica sorprendente, Scherillo ritiene opportuno soffermarsi particolarmente anche su questioni di pura critica testuale, come testimonia l'esegesi di Ulp. 47 *ad Sab.* D. 45.2.3.1⁶⁰ e di Pap. 27 *quaest.* D. 45.2.9⁶¹, rispetto

⁵⁵ Scherillo (ed. Gnoli), p. 41.

⁵⁶ Scherillo (ed. Gnoli), p. 89.

⁵⁷ Scherillo (ed. Gnoli), pp. 114 s.

⁵⁸ Scherillo (ed. Gnoli), p. 126.

⁵⁹ Scherillo (ed. Gnoli), pp. 127 ss.

⁶⁰ *Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. Et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus. Utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur, ab altero liberatio contingat.*

⁶¹ *Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: 'Titius et Maevius Sempronio decem dato'.*

ai quali egli riesce, in poche righe, a condensare osservazioni interpolazionistiche illuminanti e ancora oggi condivisibili⁶². Rileva, poi, la descrizione delle obbligazioni da delitto, ove Scherillo usa senza alcun imbarazzo espressioni come «fattispecie criminosa» e «persona offesa»⁶³, proseguendo poi con assoluta naturalezza a commentare, sul piano puramente storico, la tesi della prigionia redimibile⁶⁴.

Infine, per accennare al lungo capitolo conclusivo che ripercorre le vicende delle classificazioni delle fonti delle obbligazioni, accanto alla classica sequenza bipartizione-tripartizione-quadripartizione egli si occupa anche di altre fonti solitamente estranee al 'circuito' didattico, ma fondamentali rispetto all'evoluzione storica e giurisprudenziale del tema⁶⁵, accompagnandole con esegesi brevi, ma sempre puntuali. Ne scaturisce un'analisi completa e funzionale a mettere in evidenza, allo stesso tempo, le fasi evolutive della questione attraverso i secoli e le ricadute dalla tradizione romanistica sull'ordinamento vigente.

Resta indubitabile, ad ogni modo, la predilezione del Maestro per una 'fruibilità' nell'oggi delle costruzioni dei giuristi romani, sebbene non come diritto vigente in senso pandettistico, ma come miniera da cui attingere categorie ordinanti utili al giurista di ogni tempo. Ad esempio, riferendosi al diritto romano, egli sottolinea la mancanza, talvolta, di netta separazione tra modi di acquisto e di costituzione dei diritti reali e delle obbligazioni, con una descrizione degli strumenti idonei, indifferentemente, a creare effetti reali ed effetti obbligatori (i *gesta per aes et libram*, le *pactiones et stipulationes*, la *conventio* e la *traditio*)⁶⁶. Anche in questo snodo, sono applicate categorie dogmatiche moderne allo studio di istituti tipicamente romani, senza, però, mai perdere la consapevolezza critica.

6. Il testamento

Del corso sul testamento abbiamo a disposizione più di una versione a stampa: quella del 1965⁶⁷, dichiaratamente composta raccogliendo le lezioni di Scherillo,

⁶² Scherillo (ed. Gnoli), 1994, pp. 82 ss. A p. 87 egli torna, comunque, a preferire il tentativo di inserire le obbligazioni solidali «nello schema concettuale di obbligazione che avevamo in precedenza trattato».

⁶³ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, rispettivamente 142 e 143.

⁶⁴ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, pp. 164 ss.

⁶⁵ È il caso di Pomp. 4 ad *Q. Muc.* D. 46.3.80, sulla simmetria tra creazione e scioglimento del vincolo obbligatorio, Mod. 2 *reg.* D. 44.7.2, Claud. Sat. *lib. sing. de poenis* D. 48.19.16, questi ultimi due ancora sulla enumerazione delle fonti delle obbligazioni: cfr. Scherillo (ed. Gnoli), 1994, pp. 191 ss.

⁶⁶ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, pp. 116 ss.

⁶⁷ Scherillo, 1965. Anche nella *Successione*, Scherillo aveva richiamato la definizione di testamento di cui all'art. 587 c.c.): in occasione dell'affermazione che per il diritto romano, come per quello attuale, la successione è un diritto patrimoniale, anche se la questione viene ritenuta meritevole di approfondimento relativamente alla natura originaria della successione stessa, che risente necessariamente della peculiare struttura familiare.

seguita da una seconda parte nel 1967: quest'ultima è stata ripresa da Franco Gnoli un trentennio più tardi e da lui adottata, in una nuova veste editoriale, per il corso di diritto romano⁶⁸.

Il testo si apre con le definizioni di testamento, che vengono desunte da più fonti: quella di Servio, richiamata da Aulo Gellio (*Noct. Att.* 7.12.1), quella delle Istituzioni giustiniane (I. 20.10 *pr.*), quella di Ulp. 20.1 e quella di Modestino, contenuta nel Digesto⁶⁹. Ad esse vengono fatte seguire, immediatamente, quelle dei Codici del 1865 e del 1942, accompagnate da qualche osservazione di confronto diacronico⁷⁰.

Si passa, poi, alla descrizione del testamento come 'negozio giuridico', anzi, più precisamente, come paradigma 'del' negozio giuridico in generale; segue la parte relativa al contenuto e, in chiusura di capitolo, la disamina sul volto documentale del testamento stesso. L'analisi è condotta con metodo costante, consistente in un continuo passaggio dal diritto romano all'attuale, secondo l'andamento che Scherillo prediligeva⁷¹.

Non per questo viene tuttavia trascurata la lettura profonda delle fonti: un breve capitolo dedicato ad una spiegazione essenziale del contenuto del testamento di Antonio Silvano rappresenta la preparazione a quello, più ampio, che approfondisce la sistematica delle fonti romane in tema, appunto, di testamento, attraverso richiami puntuali ai titoli della Compilazione e commenti a diversi passi del Digesto, riportati in latino con la corrispondente esegesi⁷².

Il terzo capitolo funge da cerniera tra le due parti del volume, quella generale e quella più specifica sul testamento, ma si presenta anche come un'autocitazione di studi precedentemente compiuti sulla successione, riproponendo il *Leitmotiv* delle differenze tra successione ed estinzione dei rapporti giuridici, tra successione e acquisto, tra diritto successorio e diritto ereditario⁷³. Scherillo ribadisce, in forma più essenziale, quanto aveva già esposto nel corso monografico sulla successione, delineando un'ossatura generale del 'sistema successorio', al fine di inserirvi, poi, le singole figure⁷⁴.

Scherillo (ed. Gnoli), 1997, pp. 29 ss.

⁶⁸ Scherillo (ed. Gnoli), 1995. Da quest'ultima, come si è fatto in precedenza, saranno tratte le citazioni.

⁶⁹ Si tratta di definizioni più che note: Gell. *Noct. Att.* 7.12.1: [...] *testamentum verbum esse duplex scripserit [...] Nam compositum esse dixit a mentis contestatione*; I. 2.10*pr.*: *testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*; Ulp. 20.1: *testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*; Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

⁷⁰ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 12 ss.

⁷¹ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 18 ss.

⁷² Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 55 ss. e pp. 66 ss.

⁷³ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 81 ss.

⁷⁴ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 90 ss.

Prima di passare senz'altro alla trattazione del solo testamento, egli ritiene utile dirimere un'altra questione generale, cioè quella dell'ordine di priorità tra successione testamentaria e successione intestata. Con argomentazioni di natura logica e storica propugna la precedenza di quella intestata, rivedendo criticamente l'opposta opinione avanzata in letteratura⁷⁵.

Tutta la seconda parte del *Corso* è poi dedicata alle varie figure di testamento e alle caratteristiche peculiari di ciascuna: dopo essersi soffermato sugli aspetti puramente storici legati alle origini delle due forme più antiche, quella *calatis comitiis* e quella *in procinctu*, si passa alla più corposa trattazione del testamento *per aes et libram*, per finire con il testamento orale, quello militare, quello nato dalla *bonorum possessio* e, infine, l'evoluzione dell'istituto in età postclassica⁷⁶. Concludono il testo un approfondimento sull'istituzione di erede e la discussione sulla nascita della successione necessaria attraverso la *querela inofficiosi testamenti*⁷⁷.

Una valutazione complessiva del volume, piuttosto corposo perché derivante dall'unificazione delle due parti delle quali originariamente si componeva il corso, permette di osservare come siano concentrati nella prima parte, fino all'inizio del terzo capitolo, i richiami al diritto positivo, mentre nel prosieguo appare preponderante il metodo di studio più spiccatamente storico-giuridico-esegetico, con lettura e commento delle fonti.

La motivazione di questa cesura va probabilmente cercata nell'intento di Scherillo, forse giunto a definizione compiuta nei due anni che separano il primo volume dal secondo, di esporre in questa sede le proprie idee anche scientifiche sull'argomento, per un pubblico che già dall'inizio egli forse immaginava più di colleghi che non di studenti. In questo senso risulta emblematica la dichiarazione esplicita fatta in premessa⁷⁸:

il presente corso riproduce le lezioni da me impartite nell'anno accademico 1964/1965 presso la Università degli Studi di Milano: come tale, è destinato principalmente agli studenti, ma anche, al di là degli studenti, ai Colleghi romanisti, cui potrebbe interessare conoscere alcune mie idee in proposito, e in generale ai cultori del diritto privato che volessero acquistare sull'importante istituto, una cognizione storica qualche po' approfondita.

Sui rimandi al diritto attuale non si può che rinviare nuovamente alle parole dello stesso Autore, quando definisce il diritto romano «strumento indispensabile per la educazione e la formazione del giurista [...], presupposto necessario per la comprensione del diritto attuale; il quale dal diritto romano

⁷⁵ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 168 ss. Sul punto, cfr. Amelotti, 1967, pp. 2 ss.

⁷⁶ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, pp. 179 ss.

⁷⁷ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, p. 271 ss. e p. 299 ss.

⁷⁸ Scherillo, 1966, p. 1.

non è avulso, essendone meramente il continuatore»⁷⁹. E ancora, la disciplina del testamento romano viene da lui indicata come conferma del «nesso genetico tra diritto romano e diritto attuale»⁸⁰. Scherillo, dunque, non rinuncia nemmeno qui a professare quella che Gnoli, nella prefazione all'edizione del 1995, definirà come una «scelta di campo, notoriamente non condivisa da molti romanisti», del suo primo Maestro⁸¹. Una scelta tanto convinta, da ispirare a Scherillo una dichiarazione che, ancora agli occhi dei moderni, non può non apparire dettata da uno spirito completamente indipendente, oltre che nemmeno troppo velatamente polemico: «a me lo studio puramente storico del diritto romano – quasi fosse una specie di diritto assiro-babilonese non hai mai detto niente»⁸².

Si conclude così la rassegna, sebbene rapida e necessariamente filtrata anche dalla sensibilità di chi scrive, sugli aspetti salienti dei corsi monografici di Scherillo. Nelle prossime pagine ci si dedicherà a qualche riflessione d'insieme, che terrà presente quanto fin qui descritto ma avrà come oggetto precipuo la relazione tra diritto romano e diritto positivo.

7. Alle radici della coscienza giuridica

Nel contesto di un'indagine sul metodo dello studio e dell'insegnamento del diritto romano, in risposta ad alcuni quesiti elaborati dal comitato scientifico di "Labeo", nel 1956 Scherillo esponeva una serie di interessanti riflessioni. Rinviando allo scritto originale per l'opportuno approfondimento e per la formulazione letterale dei quesiti (essi si desumono agevolmente dalla lettura delle risposte)⁸³, riporto di seguito gli snodi principali della sua presa di posizione.

Lo Studioso ritiene, innanzi tutto, che sia inevitabile e indispensabile servirsi della dogmatica giuridica moderna per l'insegnamento e lo studio del diritto romano (in risposta al quesito 1); coerentemente con questa considerazione, egli mette in guardia da coloro che ritengono che i giuristi romani fossero alieni dalle costruzioni dogmatiche e sostiene, invece, che la dogmatica, oggi come ieri, sia strumento di conoscenza (2). Proprio argomentando dalla complessità e profondità del diritto romano, fornisce inoltre, come meglio si esplicherà, risposta negativa ad un quesito relativo alla possibilità di accomunare il diritto romano agli altri diritti antichi, considerandoli assolutamente non paragonabili tra loro (3); partendo poi dal presupposto che la figura del giurista in generale si differenzia dalle altre proprio perché nella sua formazione entra il diritto romano, ritiene importante rimarcare come alcuni grandi civilisti del suo tempo avessero intrapreso la via dello studio accademico come romanisti (4); con

⁷⁹ Scherillo, 1966, p. 2.

⁸⁰ Scherillo, 1966, p. 3.

⁸¹ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, p. 10.

⁸² Scherillo, 1966, ancora p. 2.

⁸³ Scherillo, 1956, p. 11.

un'osservazione più che lungimirante – si avrà modo di ribadirlo – valuta i corsi approfonditi come passi fondamentali proprio per la formazione del giurista di cui sopra si è occupato, a condizione che tali corsi non si esauriscano in «meri esercizi interpolazionistici» (5). In questo punto Scherillo richiama anche la necessità di inquadrare la formazione giuridica nell'appropriata cornice storica, cosa che valuta possibile solo mettendo a frutto l'insegnamento di Storia del diritto romano. Quanto al corso di Istituzioni, continua a sostenere come in esso non si possa che adottare un ordine sistematico (6).

I quesiti proposti da “Labeo” si fermavano qui, ma egli considerò importante aggiungerne anche un settimo:

se si ritiene, o no, che lo studio del diritto romano abbia diritto di cittadinanza tra le scienze giuridiche. Parrebbe un paradosso, ma purtroppo non lo è: affermazioni non rare nella odierna romanistica costringono seriamente a meditare al riguardo⁸⁴.

Parole, queste ultime, che danno occasione di riflessione ancora oggi.

Vi sono altre considerazioni, desumibili dal medesimo saggio, che meritano di essere ulteriormente riprese. Come si è appena visto, Scherillo aveva affermato recisamente l'inopportunità di porre sullo stesso piano lo studio del diritto romano e quello degli altri diritti antichi, operando tra essi una distinzione fondata sulla *ratio*. L'*iter* argomentativo è il seguente: se lo studio degli altri diritti antichi appare mosso da un interesse prevalentemente storico, quello del diritto romano è invece sorretto dall'obiettivo di «pervenire alle radici stesse della coscienza giuridica odierna. E se è diverso l'interesse, diversa deve essere la funzione dei due studi, sì che non è assolutamente possibile metterli sullo stesso piano»⁸⁵. Da un altro punto di vista, egli si era dichiarato convinto che il diritto romano fosse «più vivo che mai», considerando anche che «siamo più vicini noi a Giustiniano di quanto Giustiniano non fosse vicino alle XII tavole». Quanto alla dogmatica, che il nostro Studioso indica quasi come un'esigenza dello spirito umano, nel contributo si legge quanto segue: «la tanto deprecata dogmatica moderna trae origine proprio dallo studio del diritto romano, e quindi è filiazione del diritto romano. Di qui la sua piena legittimità anche nello studio del diritto romano [...]»⁸⁶.

In questa presa di posizione si coglie, in maniera evidente, l'eco del dibattito che animava, nei primi decenni del Novecento, le coscienze degli studiosi. Si

⁸⁴ Scherillo, 1956, p. 201. In termini analoghi egli si era già espresso in occasione della celebrazione del centenario della nascita di Carlo Fadda, allorché aveva posto l'accento sulla «continuità storica tra diritto romano e diritto moderno, che si ha torto di considerare due sistemi distinti e non comunicanti» Scherillo, 1953, pp. 440 ss.

⁸⁵ Scherillo, 1956, p. 199.

⁸⁶ Scherillo, 1956, pp. 199 ss. Cfr. Gagliardi, 2018, pp. 508 ss. per una ricostruzione dei principali orientamenti sulla funzione del diritto romano a partire dalla fondazione della Facoltà milanese, nel 1924.

tratta delle più che note 'questioni di metodo', affrontate nel celebre scambio a distanza tra Betti e De Francisci e ciclicamente riprese, fino al nostro tempo, come sostrato ineliminabile dei nostri studi⁸⁷. Nell'impossibilità di riprodurre, in questo scritto dagli obiettivi circoscritti, l'interesse delle argomentazioni dei due studiosi, si ritiene utile riportarne, quanto meno, alcune suggestioni, dalle quali sarà possibile enucleare il debito che anche lo stesso Scherillo sicuramente sentiva verso la dialettica tra opposte concezioni degli studi romanistici. In questa prospettiva, si vogliono ora ripercorrere alcune di quelle riflessioni, ormai appartenenti a pieno titolo alla tradizione dottrinale della nostra materia (e non solo), per indagarne l'impatto sulla produzione dello Studioso qui ricordato.

È nota la propensione di De Francisci, che prendeva le mosse dalla provocazione relativa all'esistenza di «scritti che non hanno nessun potere», a operare una distinzione tra scienze storiche e scienze dogmatiche. Esse hanno «oggetti, in parte, distinti, metodi disparati, scopi immediati diversi». Ciò non significa, però, che non si possa tentare una composizione, ritenendo che entrambi gli approcci siano momenti imprescindibili dell'«educazione all'*ars boni et aequi*». Ciò premesso, occorre tuttavia diffidare, nel pensiero di De Francisci, da un eccesso di conoscenza dogmatica del diritto positivo, che, involgendo la necessità di uno stretto studio sistematico, rischierebbe di far «assomigliare la giurisprudenza alla geometria»⁸⁸. Un *modus operandi* di questo genere comporta infatti molteplici pericoli, tra i quali spiccano la supervalutazione della legge e l'astrazione assoluta. Proprio per evitare che questi due elementi negativi prendano il sopravvento, contravvenendo così all'ineliminabile funzione scientifica che va comunque riconosciuta ai principi generali, occorre applicare la conoscenza storica, latrice, tra l'altro, del necessario spirito critico⁸⁹. In questo senso, i giuristi romani rappresentano un grande insegnamento, perché sono dei «pratici che non si fanno dominare dalla logica astratta»⁹⁰.

A queste osservazioni ha fatto da contrappunto la speculazione di Betti, il quale, innanzi tutto, esprime il proprio punto di vista con la metafora dell'opera d'arte. Il giurista contemporaneo non può e non deve guardare alle manifestazioni anche artistiche del passato con gli stessi occhi degli osservatori di allora, perché la conoscenza consiste in una «elaborazione costruttiva»⁹¹.

⁸⁷ Si pensi alla già citata raccolta promossa da Luraschi, 1984 e alle recentissime riflessioni contenute in Banfi, Brutti, Stolfi, 2020, di cui si dirà brevemente. Si veda anche il volume dei Quaderni Fiorentini del 1978, con particolare riguardo al contributo di Costa, 1978, 315 ss.

⁸⁸ De Francisci, 1923, 378.

⁸⁹ De Francisci, 1923, 384.

⁹⁰ De Francisci, 1923, 391.

⁹¹ Betti, 1927, 132 ss. Si veda Nitsch, 2020 per qualche osservazione sull'influenza dell'*Estetica* crociana su questo paragone.

È significativo notare come Betti, di primo acchito, non distingua tra giuristi romani e giuristi positivi, ma, più genericamente, tra «giurista contemporaneo» e «giurista posteriore». Il primo ha «l'immediata intuizione della vita», il secondo conosce lo svolgimento successivo e vede cose che il primo non avrebbe potuto vedere. Quest'ultimo, inoltre, colma le lacune concettuali «col sussidio prezioso della sua più raffinata dogmatica».

Detto ciò, nemmeno per Betti il diritto romano va identificato con un diritto costruito sui dogmi. Bisogna infatti distinguerlo dalla elaborazione dottrinale, tanto contemporanea quanto successiva ad esso. Quest'ultima si presenta più facilmente come una «sovrastuttura» nelle mani del giurista positivo, ma, al contrario, nello studio dell'elaborazione coeva al diritto romano è fondamentale usare lo strumento dell'odierna dogmatica per assolvere a quello che l'autore considera un «importante ufficio d'integrazione e di correzione»⁹².

La specifica critica a De Francisci verte sul ribadire come la dogmatica non sia qualcosa di immobile e di cristallizzato, ma si presenti, anzi, come una risorsa articolata: un complesso di concetti e principi, che si nutre anche di elementi diversi, come la mentalità e la preparazione. Le stesse categorie non sono immutabili, rappresentando il frutto dell'evoluzione storica⁹³.

Tornando per un momento a Scherillo, sembra potersi affermare, *prima facie*, che il nostro studioso si ponesse più nel solco di Betti che di quello di De Francisci. Nei suoi lavori si vede bene l'idea secondo cui la preparazione del giurista (e a maggior ragione, del discente) non possa trascurare l'impegno della dogmatica; è inoltre largamente presente il ricorso alle categorie positive per la spiegazione dei fenomeni antichi, ma pare di potersi affermare che questo modo di procedere non derivi da una visione astorica del diritto romano, quanto, semmai, dalla consapevolezza che lo studente possa essere facilitato nella comprensione dall'uso di uno strumentario familiare. Il distacco da Betti appare più marcato se si osservi che non si trova, nell'esposizione scherilliana, l'intento di correggere o integrare l'elaborazione del giurista romano: l'obiettivo di Scherillo è piuttosto quello di semplificare. D'altro canto, la dimensione storica, come già messo in luce

⁹² Betti, 1927, 134 ss.

⁹³ Ancora Nitsch 2020, 201 mette in evidenza il legame tra questo modo di pensare e la filosofia crociana, in particolare quella della *Logica*. Sui rapporti stretti tra Betti e Croce, oltre che, più ampiamente, sulla di lui sensibilità filosofica, si rinvia allo scritto di Banfi, 2020: Betti restò piuttosto isolato nel suo tempo, forse per il difficile carattere e per l'esplicita adesione al fascismo. Forse anche per questo, i suoi scritti erano più frequentati dai filosofi, ai quali egli stesso dedicava molto spazio nella propria formazione, che non dai giuristi. Anche Banfi (120) mette in evidenza l'anima storica di Betti, nella peculiare configurazione dello studioso come filosofo della storia (120 ss.). L'influsso filosofico di Hegel e l'ispirazione tratta da Polanyi sarebbero alla base anche della concezione di Betti sui rapporti di tensione tra individuo e ordinamento («l'ordinamento precede il singolo», secondo la lettura di Banfi, 126 ss.): il primo mette la volontà, il secondo la regola senza la quale tale volontà non farebbe diritto.

in più occasioni, non è mai dimenticata. Si trovano perciò implicitamente accolti alcuni 'consigli' di Betti⁹⁴: ad esempio, il fatto che non si debba sistematizzare il dualismo tra diritto civile e diritto pretorio, né applicare l'interpretazione analogica al diritto romano; la convinzione che, in generale, le categorie debbano sempre essere guardate con elasticità e dinamismo; la considerazione equilibrata della critica interpolazionistica⁹⁵; più nello specifico, il rifiuto della teoria secondo la quale l'obbligazione da delitto avrebbe preceduto storicamente quella da contratto⁹⁶.

Ma Scherillo appare anche particolarmente vicino al Betti più 'nascosto', secondo il ritratto recentemente disegnato da Stolfi, in un contributo volto a recuperare una dimensione casistica del Maestro. All'esame, infatti, dell'attività didattica e scientifica di Betti tra gli anni 1920 e 1930, si delinea un profilo di studioso che scolora quasi completamente «ogni presunta linea antitetica fra analisi casistica e tensione dogmatica»⁹⁷. Infatti, nel suo corso *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, edito nel 1930, l'analisi si muove su quello che Stolfi definisce un «duplice registro [...] fortemente integrato e reciprocamente funzionale»: da un lato nel testo si apprezza la presentazione delle fattispecie concrete come oggetto di analisi in sé, dall'altro «tutta dell'interprete, come giurista moderno e soggetto storicamente determinato, è la cornice teorica in cui i passi digestuali sono immessi; le opzioni dogmatiche, appunto, che ne orientano la selezione e l'accostamento; la struttura (visibile nella scansione in nove gruppi e 85 paragrafi) che in tal modo ne suggerisce e instaura decisivi nessi logici»⁹⁸.

In questo stesso solco, con prospettiva ribaltata e a testimonianza dell'impossibilità di schematizzare il pensiero di questi autori come espressione di due fazioni sempre e comunque contrapposte, inseriamo la sensibilità di De Francisci per le sistematizzazioni dei giuristi romani: di esse egli afferma non doversi trascurare l'ossatura, pur ritenendone il valore inferiore a quello dell'opera di creazione e applicazione del diritto⁹⁹. Un approccio, questo, caro anche allo stesso Scherillo, che alla sistematica dei giuristi appoggiò, in più di un caso, l'esordio dei *Corsi*¹⁰⁰.

Opinioni come quelle appena riportate si pongono, da un lato, come presupposti irrinunciabili per qualsiasi ragionamento che voglia inserirsi anche nel confronto, tuttora vivo, sul ruolo del diritto romano nella creazione di un diritto europeo¹⁰¹,

⁹⁴ Betti, 1928, 27 ss.

⁹⁵ Betti, 1928, 63.

⁹⁶ Betti, 1928, 51.

⁹⁷ Stolfi, 2020, 140.

⁹⁸ Stolfi, 2020, 156.

⁹⁹ De Francisci, 1930, p. 19.

¹⁰⁰ Cfr., ad esempio, Scherillo, 1994, p. 16; Scherillo, 1997, pp. 12 ss.

¹⁰¹ L'ambito di riferimento è precisamente quello, ancora più ampio, della funzione e dei contenuti della materia dei *Fondamenti del diritto europeo*, che rappresenta un terreno

dall'altro lato ne costituiscono, per qualche aspetto, la soluzione.

Si tratta peraltro di considerazioni fatte proprie già da Orestano, in un tempo nel quale non si poneva ancora la questione della declinazione dei fondamenti del diritto europeo, ma, riguardo al modo di concepire il ruolo del diritto romano nel corso dell'evoluzione successiva, si poteva parlare di «problema vivo e aperto»¹⁰². Orestano, in particolare, aveva messo in guardia verso i pericoli di un uso acritico del diritto romano, ravvisabile da parte di chi pretendesse di ricondurre ad esso nozioni astratte, nate, invece, nell'esperienza posteriore¹⁰³.

In tempi recenti, com'è noto, si è discusso sull'efficacia di impiegare la tecnica della comparazione verticale, o diacronica, per la rivalutazione del diritto romano come chiave ermeneutica del diritto europeo. Nella nostra realtà tale comparazione, secondo Solidoro, è importante per almeno due ragioni: tutti i moderni diritti privati europei sono forgiati sul modello del diritto romano giustiniano, e quindi «conoscerlo agevola la comprensione dell'attuale». In secondo luogo, perché in due momenti, III sec. a C. e III sec. d.C., i Romani realizzarono «alcuni elementi del diritto privato transnazionale»¹⁰⁴.

Su questa linea di pensiero, dovrebbe essere allora possibile perseguire l'obiettivo di una «ricostruzione unitaria» degli istituti. Come propugnato da Garofalo, si dovrebbe arrivare alla predisposizione di «apparati concettuali – che ben possono assorbire le sistematiche tradizionali – capaci di dar conto delle varie regole che oggi disciplinano la compravendita¹⁰⁵ nei diversi ordinamenti nazionali». Afferma testualmente l'Autore: «se i giuristi romani sono stati capaci di creare categorie ordinanti [...] per dominare un'esperienza giuridica multiforme, nulla impedisce di pensare che oggi si possa svilupparle ulteriormente per controllare un'esperienza giuridica multiforme come quella che connota l'intero spazio occupato dall'Unione»¹⁰⁶. Sulla stessa linea le considerazioni di Petrucci, allorché individua nel diritto romano, medievale e moderno, i «fondamenti su cui

d'elezione per veicolare il messaggio della persistente utilità del diritto romano come radice degli ordinamenti positivi. Per una ricognizione bibliografica sulla produzione in tema di fondamenti cfr. Franchini, 2013; Santucci, 2019, pp. 9 ss.

¹⁰² Orestano, 1987, pp. 10 ss. Lo Studioso aveva sottolineato chiaramente la volontaria espunzione dell'aggettivo 'storico' dal titolo della sua opera, non già per rinuncia alla prospettiva storica, ma, al contrario, considerando tale aggettivo un'inutile precisazione. Ogni studio è infatti, per natura, storico. Quanto al tema specifico della tradizione romanistica, Egli aveva individuato (49) tre direttrici fondamentali: interpretazione, disposizione e storicità. Da esse deve muovere la considerazione del diritto romano, al servizio di una ricognizione della scienza giuridica europea indipendente da condizionamenti aprioristici.

¹⁰³ Orestano, 1968, p. 404. Si può parlare, a tale proposito, di «falso diritto romano», come messo in luce anche da Santucci 2018, p. 38.

¹⁰⁴ Solidoro Maruotti, 2001, p. 5.

¹⁰⁵ Su questo istituto è infatti incentrata la riflessione di Garofalo.

¹⁰⁶ Garofalo, 2008 p. 54.

si innestano, con percorsi più o meno tortuosi, le architetture giuridiche moderne [...]»¹⁰⁷.

E ancora, sulla funzione formativa del diritto romano, lungi dal dover «finalizzare la ricerca storica, e la didattica che ne è necessariamente la proiezione, a scopi pratici attuali», Vacca ha ricordato come «la storia del diritto deve avere anche piena consapevolezza del presente e anzi deve porsi l'obiettivo di contribuire a formare gli strumenti tecnici e culturali necessari al moderno giurista per la costruzione del futuro 'diritto europeo'»¹⁰⁸. Così, per citare ancora Solidoro, «il diritto romano conserva intatto il suo valore formativo e la sua attualità nell'ambito della lettura del caso, nel ragionamento giuridico, nella mediazione tra *scientia iuris* e legislazione, nella sinergia tra giuristi dotti e magistrati»¹⁰⁹.

Si tratta di brevi richiami ad un dibattito di ben più ampie proporzioni, ma questi pochi accenni paiono sufficienti, in questa sede, per rendere evidente la persistente rilevanza delle idee che Scherillo aveva già concepito alla metà del Novecento.

8. Conclusioni

Tornando per qualche istante sulla testimonianza offerta dai *Corsi*, si è già avuto modo di osservare come la tendenza di Scherillo fosse quella di accostarsi al tema trattato da diversi punti di vista, non necessariamente in sequenza tra di loro, ma anzi, di regola, in alternanza continua: tra essi spiccano quello dell'esposizione della nozione indagata, spesso (e preferibilmente) avvalendosi di terminologia moderna, e quello dello stato delle fonti nel (puro) diritto romano.

Ciò posto, in relazione all'angolo visuale che si è inteso illuminare in queste pagine, riveste un curioso interesse seguire, nel tempo, l'impiego di un vocabolo emblematico rispetto allo spirito espositivo del Maestro: si tratta della parola 'concetto'.

Scorrendo gli indici dei lavori qui considerati, si nota che l'uso di essa, quasi eccessivo nel corso sulle cose¹¹⁰, viene via via ridimensionato, andando

¹⁰⁷ Petrucci, 2018, p. XIII. La citazione è tratta dalla premessa di un testo concepito per la didattica dei *Fondamenti*. Si veda, in questo ambito e a titolo meramente esemplificativo, anche Santucci, 2018, pp. 11 ss.; anche Lambrini, 2021 pp. 11 ss. mette in luce, a scopi didattici, la funzione del diritto romano come fenomeno storico, utile anche alla comprensione degli schemi giuridici attuali (cfr. anche quanto precisato in *Premessa*: si intende permettere «allo studente di vedere in prospettiva i problemi e di capire le strutture del diritto vigente»).

¹⁰⁸ Vacca, 2005, p. 62. Nello stesso contesto Gallo, 2005, pp. 11 ss., poneva l'accento sulla necessità di una «rifondazione della scienza giuridica», valorizzando in particolare il ruolo dell'interpretazione.

¹⁰⁹ Solidoro, 2005, p. 208.

¹¹⁰ Nel volume sulle *Cose*, il capitolo 1 è intitolato *Concetto di cosa*, e all'interno di esso il § 2 usa ancora il termine: *Constatazione dell'esistenza di un concetto tecnico di res*; e

avanti nel tempo¹¹¹, fino a scomparire completamente nell'esposizione del testamento¹¹². Questo mutamento stilistico potrebbe essere letto, da un lato, come consapevolezza dei rischi di un approccio al diritto romano basato sui concetti, dall'altro – o meglio, conseguentemente – come una concessione di Scherillo all'impostazione storicistica dello studio del diritto romano stesso. Una concessione solo 'esterna', che si osserva nei titoli: lo stesso non accade infatti nei contenuti interni, ove la tendenza all'uso delle categorie dogmatiche anche per il diritto romano emerge, talvolta orgogliosamente, a più riprese¹¹³.

Anche qui si riconoscono parecchi echi bettiani: l'irrinunciabilità, da parte del giurista, della propria specificità¹¹⁴, da acquisirsi con una preparazione largamente dogmatica¹¹⁵ e da cui discende la necessità di «ricostruire la concezione romana

ancora, il § 3 è dedicato al *Concetto di patrimonio*, il § 4 ad *Altri concetti di patrimonio*. Nel capitolo 3, sulle *res divini iuris*, il § 1 si intitola *Il concetto*, il § 6 *Concetto e requisiti* (delle stesse *res divini iuris*); Nel capitolo 4, relativo alle *res communes omnium*, si trovano il § 1, *Concetto e ambito della categoria. La nostra opinione* e il § 9, sulle *res publicae*, di nuovo intitolato *Il concetto*.

¹¹¹ Il capitolo 2 è intitolato *Il concetto di successione*. Al suo interno, il § 7 riprende l'espressione, con il titolo *Il concetto generale di successione*, il § 8, *Critiche al concetto generale di successione* e il § 11, *Il concetto tecnico-giuridico di successione*. Nel capitolo 4, sulle successioni *inter vivos*, il § 13 ne delinea *Il concetto e le figure*.

Nel testo sul processo, il capitolo 6, sulla difesa dei diritti, esordisce con il § 32, *Concetti fondamentali*; a p. 61 quello della giurisdizione viene come «concetto fondamentale».

Nelle *Obbligazioni*, i capitoli 2 e 3 sono entrambi intitolati *Il concetto di obbligazione*, con le seguenti, rispettive, specificazioni: A) *considerazioni ed osservazioni generali* B) *in merito ad alcune categorie particolari di obbligazioni*. Nel capitolo 5, si segnala il § 7, *Considerazioni conclusive sul concetto di contratto*.

¹¹² Nel *Testamento* la parola 'concetto' scompare dai titoli, ove si nota, invece, un'impostazione più dinamica, in termini di 'problema' (tre le ricorrenze: nel capitolo 3, chiamato *Successione ed estinzione dei rapporti giuridici*, il § 3 parla di *Problema pratico del diritto di successione*; il capitolo 4, in tema di priorità tra la successione testamentaria ed intestata, al § 1 affronta *Il problema*; nel capitolo 5, *Origini del testamento*, cfr. il § 1, *Il problema e le ipotesi*).

¹¹³ Nel trattato sulle obbligazioni, egli arriva ad affermare che «fin da quando si può riscontrare l'esistenza di una società umana [...], si deve anche ammettere la sussistenza di un rapporto giuridico che presenti le caratteristiche concettuali del rapporto di obbligazione», e ancora si dice certo che i Romani avessero «presente tutta una serie di istituti giuridici essenziali» (Scherillo, 1994, p. 126). A questo si collega anche la convinzione, espressa a partire da p. 174, che anche per i rapporti di *ius honorarium* si possa parlare di vere e proprie obbligazioni, pur nella ovvia differente denominazione, che dipende dalla reticenza ad attribuire a fenomeni di *ius honorarium* gli stessi nomi di quelli di *ius civile*.

¹¹⁴ Betti, 1927, 141.

¹¹⁵ Betti, 1928, 45.

coi mezzi della nostra mente»¹¹⁶. Betti usava largamente la parola 'concetto' e si era spinto, addirittura, ad un'elencazione dei concetti da lui ritenuti fondamentali per lo studio del diritto romano¹¹⁷.

La pericolosità dei concetti è stata ben esplicitata in un recente saggio di Cardilli, che, sebbene non presenti, anche a motivo dell'importante distanza cronologica, alcuna esplicita connessione con la produzione di Scherillo, sembra, a tratti, rappresentarne la voce critica. Afferma Cardilli che l'intento di «ricollocare l'esperienza romana al centro del dialogo con il diritto europeo» non può basarsi sui concetti: essi sono infatti, nella migliore delle ipotesi, dei «falsi amici» da cui guardarsi, perché «la continuità delle parole nasconde spesso una profonda complessità connessa ad una significativa differenza dei contenuti»¹¹⁸. Per questo la strada da seguire è comunque quella della storia: «il diritto nella storia è l'unico modo di fare diritto, e ciò vale anche per il diritto del futuro».

Scherillo avrebbe forse ribattuto con una frase tagliente, anch'essa presente nel contributo del 1956: «mi attendo l'addebito di mancar di senso storico, o di mettermi in una posizione antistorica. È però di tutta evidenza come ciò, in definitiva, non abbia alcuna importanza»¹¹⁹. A dispetto di questo atteggiamento particolarmente schierato, c'è da osservare che egli, pure nella copiosità dei richiami, non pare usare 'concetto' nell'accezione di sovrastruttura astratta, ma sempre con una profonda consapevolezza dell'evoluzione temporale. Sia sufficiente un esempio tra tanti: nel corso sulle obbligazioni, il senso storico lo aveva portato, in apertura, ad una dichiarazione programmatica sulla ricerca di un temperamento armonico tra la complessità del divenire e le esigenze di sistematizzazione dogmatica:

non potremo accontentarci di formulare conclusioni dogmaticamente valide o quanto meno accettabili, ma dovremo anche preoccuparci di giustificare storicamente tali conclusioni, di affrontare i vari problemi concettuali in sede storica, ed in sede storica di risolverli.¹²⁰

Dunque, sembra di potersi affermare che l'uso del 'concetto' da parte di Scherillo sia legato per un verso all'immutabilità del concetto stesso, inteso come schema ordinante del fenomeno giuridico, ma solo in funzione dell'efficacia didattica. I corsi non potevano essere la sede per recepire considerazioni più profonde

¹¹⁶ Betti, 1927, 147.

¹¹⁷ Betti, 1927, 142 s. Si tratta, in fondo, di attestazioni di quella «unità fondamentale del fenomeno giuridico» che può ben essere eletta a motore di impostazioni come quella dello stesso Betti, ma anche di Scherillo.

¹¹⁸ Cardilli, 2019, p. 77.

¹¹⁹ Scherillo, 1956, p. 198.

¹²⁰ Scherillo (ed. Gnoli), 1994, p. 12. Nonostante ciò, anche in quest'opera affiorano, di tanto in tanto, le costruzioni astratte quali schemi irrinunciabili dell'esposizione. Si deve poi ricordare che il corso si chiude con le parole «Codice civile del 1942» (p. 236).

rispetto al ruolo generale nei concetti nello svolgimento della scienza giuridica, né è questa la sede per potersi addentrare nello specifico in tale dibattito. Sia sufficiente ricordare come esso abbia conosciuto un momento di nuova considerazione attraverso una raccolta curata da Natalino Irti¹²¹: la provocatoria frase di esordio della presentazione del volume, «i concetti giuridici non hanno pace», rende bene la complessità del tema. Ci si limiti qui a qualche suggestione. Il dibattito si svolge soprattutto tra due contraddittori, Pugliatti e Jemolo: il primo, partendo dal presupposto che «il dato è la norma», ragionava sull'eventuale opposizione tra concetto e norma e sugli strumenti logici atti a fronteggiarla, sancendo di fatto il primato della logica. Jemolo riteneva che tale primato non fosse che un portato del diritto positivo, e che quindi tutte le figure giuridiche si dovessero intendere come frutto di un'attività pratica. Pur mostrando anch'egli, per qualche aspetto, un eguale ossequio nei confronti delle concettualizzazioni astratte, riteneva che un sistema di concetti già formati fosse in sé debole, perché gli istituti rappresentano un sistema che non può autoreggersi: egli individuava perciò come compito del giurista quello di muoversi, pur nella propria specificità, nel solco tracciato dal politico.

Nel sintetizzare le posizioni dei due autori, Calogero metteva in luce come, nella scienza del diritto, «il quantum della scientificità, della validità teorica, della funzionalità conoscitiva [...] è proporzionale al grado di aderenza all'oggetto dell'indagine, all'ampiezza e alla sagacia con cui è stato colto e penetrato, alla concreta fecondità pratica che gli stessi risultati dell'indagine dimostrano di possedere, e non già all'astratta rispondenza di questi ultimi alle norme e agli schemi formali di una 'logica' preconcepita»¹²². La dialettica fu ripresa poi da Cesarini Sforza, che vide un falso problema nella contrapposizione tra relatività e assolutezza: egli propose invece l'idea che la scienza giuridica sia frutto di una complessa interazione tra giurista e legislatore, secondo dinamiche di prevalenza ora dell'uno, ora dell'altro, dalle quali originerebbe, appunto, la contrapposizione tra assolutezza (incarnata dai primi) e relatività (incarnata dai secondi) dei concetti¹²³.

Scherillo non poteva, né voleva, affrontare specificamente queste questioni nella propria produzione didattica: si può osservare, per tentare una sintesi sul punto, che dai suoi scritti traspare una combinazione virtuosa tra un approccio più marcatamente dogmatico, fondato, appunto, sui concetti, intesi come categorie ordinanti, e una spiccata sensibilità critica attraverso la quale i concetti stessi vengono analizzati nella fluidità del proprio divenire, attraverso le diverse fasi del diritto romano.

Non a caso Biscardi, nel 1972, scrivendo la prefazione degli *Studi in onore di*

¹²¹ Irti, 2004, con scritti di Calogero, Cesarini Sforza, Jemolo, Pugliatti. Sul tema dei concetti giuridici, cfr. anche Italia, 2010; Cappellini, 2010, pp. 1 ss.; Catania, 2015.

¹²² Calogero, 1947, in Irti, 2004, p. 96.

¹²³ Cesarini Sforza, 1941, in Irti, 2004, p. 157.

Scherillo, ne ricordava la poliedricità di studioso, filologo e papirologo, legato alla storia e profondamente fiducioso nel messaggio delle fonti, convinto sostenitore della funzione formativa del diritto romano e per questo sempre attento al diritto attuale¹²⁴: ne è dimostrazione ulteriore il fatto che, dei cinquantotto contributi contenuti nella raccolta, molti sono di giuristi positivi, appartenenti ad ambiti diversi.

Scherillo, insomma, fu uno storico attento e allo stesso tempo un precursore di metodi futuri: fu tra i primi a mettere in discussione gli eccessi dell'interpolazionismo, adottando criteri più rispettosi dell'autenticità delle fonti; ma fu anche, come si è visto, sostenitore di idee che a pieno titolo possono entrare ancora oggi nel dibattito sulla relazione tra diritto romano e diritto positivo e, più ampiamente, tra diritto romano e ordinamenti europei. Per questo, pare particolarmente opportuno concludere queste note con una sua frase, che, ancora una volta, rende perfettamente, in un insieme equilibrato, la sua convinzione di una persistente funzione scientifica dello studio storico¹²⁵:

Il diritto romano permette al giurista l'applicazione del metodo sperimentale, giacché è lì che si vede come si sono venuti formando ed elaborando concetti, dogmi, principi generali, quegli stessi dogmi, concetti, principi generali cui si può poi pervenire anche in via deduttiva partendo da determinate premesse. È questa, a nostro modesto avviso, l'utilità perenne degli studi di diritto romano, 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.

Bibliografia

Amelotti M., 1966: *Le forme classiche di testamento*, 1, Torino, Giappichelli

Amelotti M., 1967: *Le forme classiche di testamento*, 2, Torino, Giappichelli

Banfi A., 2019: *Qualche considerazione sull'attualità del pensiero di Giorgio Luraschi*, in *L'applicazione del diritto romano nelle realtà locali* (Cattedra Giorgio Luraschi, quaderno 1), Bari, Cacucci, pp. 39-49

Banfi A., 2020: *Volontà, individuo e ordinamento. Alcune riflessioni sul pensiero di Emilio Betti*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma, RomaTrE-Press, pp. 117-133

Betti E., 1928: *Diritto romano e dogmatica odierna*, "Archivio Giuridico", 100, pp. 26-66, ora in Betti E., 1991: *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* (ed. G. Crifò), Milano, Giuffrè, pp. 59-133

¹²⁴ Biscardi, 1972, p. X.

¹²⁵ Scherillo (ed. Gnoli), 1995, p. 92.

- Betti E., 1933: *Questioni di metodo*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano V. Scialoja", 41, pp. 270-281
- Biscardi A. 1972: *Prefazione*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Milano, Cisalpino La Goliardica, pp. IX-XI
- Calogero G., Cesarini Sforza W., Jemolo A.C., Pugliatti S., 2004: *La polemica sui concetti giuridici* (ed. N. Irti), Milano, Giuffrè
- Cannata C.A., 2001: *Istituzioni di diritto romano*, 1, Torino, Giappichelli
- Cannata C.A., 2005: *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, Giappichelli
- Cantarella E., 2006: *I romanisti*, in *Gli 80 anni della Facoltà di Giurisprudenza. Atti dell'Incontro del 14 ottobre 2004*, (ed. R. Clerici) Milano, Giuffrè, pp. 9-15
- Cappellini P., 2015: *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli
- Cardilli R., 2019: *Lo studio del diritto romano e i fondamenti del diritto europeo*, in *Atti del Convegno Trento 13-14 dicembre 2018*, Trieste, EUT, pp. 57-81
- Cascione C., 2013: *Scherillo, Gaetano*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, pp. 1826-1827
- Catania A., 2015: *Filosofia del diritto: introduzione critica ai concetti giuridici*, Torino, Giappichelli
- Costa P., 1978: *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni Fiorentini* 7, pp. 133-393
- Costabile F. (ed.), 2021: *La villa del giurista sull'Aniene e i suoi affreschi*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, 24, Roma, L'Erma di Bretschneider
- De Francisci P., 1923: *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 3, pp. 373-397
- De Francisci P., 1936: *Questioni di metodo* in *Studi in Onore di S. Riccobono*, vol. 1, Palermo, pp. 1-19
- Franchini L., 2013: *La formazione di un diritto comune europeo. Ruolo e utilità della tradizione giuridica romanistica: la dialettica delle opinioni a confronto; il punto sullo stato della dottrina*, Roma, APES.
- Gagliardi L., 2018: *Il diritto romano alla Statale di Milano: 1924-1968*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* (ed. L. Gagliardi), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, pp. 501-572
- Gallo F., 2005: *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo*, in *Fondamenti del diritto europeo, Atti del Convegno Ferrara 27 febbraio 2004*, Torino, Giappichelli, pp. 11 ss.
- Garofalo L., 2008: *Una nuova dogmatica per il diritto europeo*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, pp. 45-55
- Gnoli F., 1970: *Bibliografia di Gaetano Scherillo*, in "SDHI", 36, 585-588

- Gnoli F., 1972: *Nuovi spunti per l'interpretazione di Gai. 4.1*, in Studi in onore di G. Scherillo, 1, Milano, Cisalpino, pp. 67-92, ora in corso di ristampa in Gnoli F., 2022 (ed. C. Buzzacchi, I. Fagnoli, F. Pulitanò): *Scritti scelti di diritto criminale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre
- Gnoli F.-Fagnoli I., 2018: *Institutiones iuris romani*, Milano, Led
- Italia V., 2010: *I concetti giuridici*, Milano, Giuffrè
- Irti N. (a cura di), 2004: Calogero, Cesarini Sforza, Jemolo, Pugliatti, *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè
- Lambrini P., 2021: *Fondamenti del diritto europeo*, Torino, Giappichelli
- Lombardi G., 1970: *Gaetano Scherillo (1905-1970)*, in "SDHI", 36, pp. 575-585
- Luraschi G. (ed.), 1997²: *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di Pietro De Francisci e di Emilio Betti*, Como, New Press
- Nitsch C., 2022: *Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma, RomatrE-Press, pp. 193-215
- Orestano R., 1987: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino.
- Pastori F., 1992: Ricordo di Gaetano Scherillo, in G. Scherillo, *Scritti giuridici*, 1, Milano, Cisalpino, pp. 7-14
- Petrucchi A., 2018: *Fondamenti romanistici del diritto europeo. 1. La disciplina generale del contratto*, Torino, Giappichelli.
- Platscheck J., 2022: *Die genera actionum in Gai 4.1*, in "Iura", pp. 71-80
- Santucci G., 2018: *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino
- Santucci G., 2019: *Introduzione ai temi del convegno*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive* (ed. G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria), *Atti del Convegno Trento 13-14 dicembre 2018*, Trieste, EUT, pp. 9-24.
- Sargenti M., 1995: *L'itinerario scientifico di Gaetano Scherillo*, in Scherillo G., 1995a: *Scritti giuridici*, 2.1, *Studi di diritto romano*, Milano, Cisalpino, pp. VII-XIX.
- Scherillo G., 1947: *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, parte prima, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1948: *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, parte seconda, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1962: *Corso di istituzioni di diritto romano. Parte generale (1)*, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1953: *Carlo Fadda (nel primo centenario della nascita: 4 novembre 1953)*, in "SDHI", 19, pp. 440-448
- Scherillo G., 1954: *La successione*, parte generale, Milano, La Goliardica

- Scherillo G., 1956: *Studio e insegnamento del diritto romano*, in "Labeo", 2, pp. 198-201.
- Scherillo G., 1960: *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem. Corso di diritto romano*, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1960: *Comodato*, in "ED", 7, Milano, Giuffrè, pp. 981-992 (= Scherillo G., 1995b: *Scritti giuridici*, 2.2, *Studi di diritto romano*, Milano, Cisalpino, pp. 465-485)
- Scherillo G., 1965: *Il testamento*, volume primo, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1967: *Il testamento*, volume secondo, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1967a: *Appunti sulla differenza tra eredità e legato*, in "Archivio giuridico" 6 serie, 41, p. 3 ss., ora in Scherillo G., 1995a: *Scritti giuridici* 2.1, Milano, Cisalpino, p. 211-229
- Scherillo G., 1962: *Corso di istituzioni di diritto romano. Il processo*, Milano, La Goliardica
- Scherillo G., 1969: *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e la genesi del processo formulare*, in "Iura", 20, pp. 5-48 (= Scherillo G., 1995a: *Scritti giuridici*, 2.2, *Studi di diritto romano*, Milano, Cisalpino, pp. 537-575).
- Scherillo G., 1992: *Scritti giuridici*, 1, Milano, Cisalpino
- Scherillo G., 1994: *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* (ed. F. Gnoli), Milano Cisalpino.
- Scherillo G., 1995: *Corso di diritto romano. Il testamento* (ed. F. Gnoli), Milano, Cisalpino
- Scherillo G., 1995a: *Scritti giuridici*, 2.1, *Studi di diritto romano*, Milano, Cisalpino
- Scherillo G., 1995b: *Scritti giuridici*, 2.2, *Studi di diritto romano*, Milano, Cisalpino
- Scherillo G. (ed. F. Gnoli), 1999: *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, Led
- Scherillo G. (ed. F. Gnoli), 2003 e 2005: *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, Led
- Scherillo G., 1997: *Corso di diritto romano. La successione* (ed. F. Gnoli), Milano, Cisalpino
- Silla F.M., 2012: *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce, Grifo
- Solidoro Maruotti L., 2001: *La tradizione romanistica nel diritto europeo. 1. Dal crollo dell'impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Torino, Giappichelli
- Solidoro Maruotti L., 2018: *I fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, in *Atti del Convegno Trento 13-14 dicembre 2018*, Trieste, EUT, pp. 189-216
- Stolfi E., 2020: *Betti maestro di casistica, in Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E.

Stolfi, Roma, RomaTrE-Press, pp. 135-157

Vacca L., 2005: *I fondamenti del diritto europeo: prime riflessioni per un progetto didattico e scientifico*, in *Fondamenti del diritto europeo, Atti del Convegno Ferrara 27 febbraio 2004*, Torino, Giappichelli, pp. 57-63

Zuccotti F., 2022: *Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfenus Varo e in Aristone*, in "Rivista di diritto romano", 22, pp. 1-34

