

Felice Mercogliano, *'Fundamenta'*², Napoli, 2012

Rispetto alla prima edizione, che ha visto la luce nel 2007 (vd. 'Segnalazione bibliografica' in TSDP, I, 2008, sez. 'Segnalazioni bibliografiche'), questa raccolta di saggi presenta non poche differenze, indicate con precisione dall'Autore in apertura del volume: sono stati aggiunti cinque studi, di cui uno inedito; un altro è stato eliminato; sono stati inseriti gli indici degli Autori e delle fonti; è stata riformata la suddivisione tematica. Ne risulta così una distribuzione in due 'macroparti', intitolate 'Questioni' ed *'Exempla'*: la prima racchiude tre saggi, la seconda sette, suddivisi a loro volta in cinque sezioni (I. Diritto pubblico: Pisone e la *lesa maestà*; II. Diritto privato: la *diligentia quam in suis*; III. Storiografia romanistica: la condizione giuridica della donna; IV. Metodologia: Vittorio Scialoja; V. Tradizione romanistica: il diritto romano e la Cina).

I primi due studi, 'Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo' e 'Considerazioni brevi sui fondamenti romanistici del diritto europeo', erano già stati accolti nella prima edizione: in essi Mercogliano af-

fronta la problematica della metodologia da adottare per l'insegnamento della più recente tra le discipline romanistiche (i 'Fondamenti romanistici del diritto europeo', appunto), da un lato, analizzando in chiave critica il ruolo svolto dal diritto romano nella scienza giuridica europea e quello che esso, sempre all'insegna di un'«unità del pensiero storico» (p. 46), potrà svolgere nell'attuale e maggiormente vasto contesto geografico e culturale dell'Europa unita; dall'altro, suggerendo un «dialogo con i cultori del diritto positivo, sulla base della consapevole e responsabile riaffermazione dell'esperienza giuridica romana come lezione di metodo» (p. 54), in modo da consentire alla scienza romanistica di conservare altresì la propria autonomia di studi e di didattica.

Il terzo saggio, 'Trovare ovunque un minimo di legalità e di cultura... Diritti umani e fondamenti romanistici nell'Unione europea' costituisce invece una novità della seconda edizione: lo spirito con cui viene affrontato uno degli argomenti salienti del nostro tempo traspare sin dal titolo, ove riecheggiano le parole che Marguerite Yourcenar fa pronunciare all'imperatore Adriano nelle sue *Memorie* e che esprimono l'aspirazione ad un'Europa unita e in pace. Questa unione è stata inizialmente pensata e realizzata sul piano

dell'economia, ma, sostiene l'Autore, essa deve inoltre attuarsi mediante l'integrazione culturale dei cittadini dei vari Stati europei: a tal fine sarebbe opportuno cercare un'identità dell'Europa imperniata su valori cardine, identità non riconducibile a una base geografica, bensì costituitasi «sulle fondamenta principalmente di una comune cultura» (p. 70), la quale nasce in un «crogiolo di migrazioni ed emigrazioni, incontri e scambi, ma soprattutto forme di integrazione» (p. 71). In quest'ottica Mercogliano tocca la questione assai delicata della cd. 'paura-esclusione dell'altro': assaliti da una siffatta paura, si potrebbe invero essere indotti a negare il principio secondo cui a qualsiasi persona vanno riconosciuti i medesimi diritti umani, i quali, pur non ravvisabili nell'antichità come categoria – nel suo valore tecnico attuale –, rappresentano uno dei segni distintivi del diritto europeo, che così si differenzia da altre esperienze giuridiche lontane dal rispetto di valori e tutele fondamentali della persona. E l'Unione europea, recependo l'insegnamento della coincidenza tra essenza dei diritti umani e loro tutela, sembra decisa ad una strenua difesa di tali diritti, come dimostrato da atti quali la Carta dei diritti fondamentali del 2000 e il Trattato di Lisbona del 2007; ma – esorta l'Autore – di diritti come digni-

tà, libertà, uguaglianza, solidarietà, devono farsi paladini non soltanto gli organi dell’Unione, bensì tutti i cittadini che partecipano di quella «straordinaria ricchezza che è ... la ‘civiltà europea’» (p. 83).

Il medesimo tema viene brevemente toccato anche nel primo saggio (assente nella prima edizione), con cui si apre la seconda macroparte, quella degli *Exempla*. In esso l’importanza di guardare al mondo classico per scoprirne i presupposti intellettuali e culturali sui quali poggiava «una civiltà nei comportamenti umani, base per un successivo delinearli dei diritti umani» (p. 90), e non già per replicare dei presunti modelli, viene sottolineata ripercorrendo la vicenda del processo a Pisone, in cui sarebbe ravvisabile una configurazione giuridica romana di ‘umanità’ nella condotta della persona: il saggio è difatti significativamente intitolato ‘*Humanitas vs. maiestas* nelle accuse a Pisone’ e mostra come la ‘non umanità’ dell’atteggiamento assunto dall’accusato fosse così carica di disvalore da configurare un elemento di rilievo nella decisione di condanna. La vicenda *de qua* è poi ancor più dettagliatamente descritta, sulla base sia della testimonianza tacitiana sia del documento epigrafico noto come *senatus consultum de Cnaeo Pisone patre*, ritrovato in Andalusia negli

slazione, nonché la connessa educazione scientifica di un nuovo ceto di giuristi. Quindi, prendendo spunto dalle considerazioni di Rescigno, per il quale la legge sui contratti della Repubblica popolare cinese, ispirata alle fonti romane, «costituisce un documento di sicuro interesse per i giuristi europei», Mercogliano richiama il tema, caro a Betti, della valenza dello studio degli insegnamenti romanistici quale aspetto particolare del problema dell’importanza della cultura classica nella formazione mentale dell’Europa odierna; e ribadisce, così chiudendo il cerchio aperto all’inizio del volume, quanto il diritto romano vada sganciato dal canone della applicabilità pratica e visto invece, dal giurista che voglia sviluppare una corretta capacità critica ed esegetica, come la «sola tradizione scientifica che possa consentire di dialogare sulla base di un comune linguaggio, di un analogo metodo casistico-problematico per la soluzione delle controversie e di uguali parametri di riferimento concettuale nell’Europa unita» (p. 272-273).

[PAOLA PASQUINO]

grande lungimiranza il problema di fondo, incentrò il proprio discorso sulla ‘guerra’ tra equità e diritto positivo, ergendosi a paladino di quest’ultimo (difeso con aspri toni anche contro la «distorcente disapplicazione giurisprudenziale», p. 235), pur riconoscendone i difetti; difetti legati soprattutto alla ‘staticità’ dell’ordinamento di fronte ai mutamenti sociali, che rischiano di rendere talvolta il diritto «odioso formalismo senza sostanza». Per Scialoja spetta allora al giurista il compito di agevolare l’opera del legislatore, rendendosi interprete delle nuove esigenze, magari avvalendosi dell’ausilio dell’equità come strumento di temperamento del diritto positivo, sempre che in ciò venga legittimato dal codice o dalle leggi.

Sulla figura del giurista Mercogliano si sofferma altresì nell’ultima sezione in tema di ‘Tradizione romanistica: il diritto romano e la Cina’, novità della seconda edizione. Riflettendo su ‘Passato futuro. Intorno a fondamenti romanistici, libertà contrattuale, Cina’, l’Autore illustra in che senso e in che modo (determinante l’apporto del prof. Schipani e del suo gruppo di ricerca) il diritto romano, con i suoi principi di libertà, uguaglianza e umanesimo, sia penetrato in Cina, influenzandone la più recente e innovativa legi-

anni Ottanta, nel contributo successivo, ‘La guerra ‘domestica’ di Pisone’, ove si evidenzia la netta linea di demarcazione che per i Romani esisteva tra il *bellum iustum*, portato avanti contro i nemici esterni, e il *bellum civile*, il male interno (quale appunto quello ingenerato dalla corruzione ad opera di Pisone), ancor più pericoloso per la stabilità della nuova ideologia del principato, «edificata...intorno ai valori di *patria*, *domus* e rigenerazione morale e materiale dei cittadini» (p. 110).

La sezione successiva, dedicata al ‘Diritto privato’, si incentra sul concetto di *diligentia quam in suis*, intesa come la misura della diligenza spesa nelle proprie attività, adottabile quale canone di valutazione dell’adempimento di una obbligazione. L’Autore innanzitutto analizza il significato della ‘«*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici’: egli ripercorre la letteratura sull’argomento, soffermandosi specificamente sulle conclusioni di Hausmaninger (il primo romanista a studiare a fondo l’istituto), le quali, alla luce dei testi chiave in materia, vengono in buona parte ribaltate da Mercogliano, che individua una «flessibilità funzionale» della *diligentia quam in suis* (nel senso che essa poteva servire sia ad attenuare sia ad aggravare la responsabilità per *culpa*) e una sua persistenza anche nell’età tardoclassica (p. 170).

L’Autore quindi approfondisce la tematica con l’inserimento, in questa seconda edizione, della propria lettura critica (ampiamente positiva) – dal titolo ‘Itinerari di (dis)continuità dal diritto romano ai diritti europei’ – del libro di G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche romane*, Bologna, 2010. Santucci, invero, tra i «tre contributi diretti a comprendere figure giuridiche moderne alla luce delle fondamenta romanistiche» (p. 172) ne include anche uno sulla *diligentia quam in suis*, che Mercogliano considera fondamentale e al quale riserva ampio spazio di discussione, mettendo in luce le nuove prospettive esegetiche profilate dall’autore – concernenti soprattutto la condizione giuridica del cd. proprietario fiduciario –, pur senza celare il proprio punto di vista su diversi aspetti problematici.

‘La condizione giuridica della donna’, nell’ambito della ‘Storiografia romanistica’, è poi l’argomento della terza sezione, ove è racchiuso un unico saggio, dal cui titolo si può immediatamente intuire quale fosse il rapporto tra la componente maschile e quella femminile nella società dell’antica Roma: ‘«*Deterior est condicio feminarum...*»’. Il significato di queste parole, riprese da una *sententia* papiniana (Papin. 31 *quaest.* D.

1.5.9), viene ben specificato da Mercogliano, il quale ha cura di prospettare le diverse sfaccettature, in particolare sul piano giuridico: dopo aver sintetizzato le contrapposte posizioni di Bachofen (fautore del matriarcato) e di Maine (sostenitore di un’organizzazione patrilineare e patriarcale), l’Autore delinea infatti il duplice volto delle donne romane, relegate a «custodire e trasmettere la morale e la tradizione patriarcale, imposte loro dagli uomini» (p. 211) e perciò stesso costrette dall’ordinamento, in virtù della loro ‘*infirmitas sexus*’, a molteplici limitazioni di capacità in campo pubblico e privato (la cui eco è in parte risuonata sino al secolo scorso), ma nel medesimo tempo capaci sia di indurre svolte legislative e costituzionali sia di gestire attività economiche e commerciali.

Inedito è invece il contributo scelto per la sezione relativa alla ‘Metodologia’, paradigmaticamente simboleggiata da ‘Vittorio Scialoja’. In esso l’Autore si occupa dell’Italia «*legibus fundata*». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità’, prolusione pronunciata nel novembre 1879, in un clima dunque di incertezza circa il futuro giuridico di un Paese da poco unito e ancora alla ricerca di un’identità culturale nazionale. L’insigne romanista, cogliendo con