

P. Bonin, M. Brutti, E. del Prato, O. Diliberto, H.-P. Haferkamp, N. Hakim
J.-L. Halpérin, D. Heirbaut, N. Irti, A. Likhovski, G. Luchetti, M. Macnair
V. Marotta, A. Monti, F. Nasti, D. Quaglioni, A. Schiavone, E. Stolfi

PENSIERO GIURIDICO OCCIDENTALE E GIURISTI ROMANI

Eredità e genealogie

a cura di

Pierre Bonin, Nader Hakim, Fara Nasti, Aldo Schiavone



G. Giappichelli Editore

PENSIERO GIURIDICO OCCIDENTALE
E GIURISTI ROMANI

Eredità e genealogie



P. Bonin, M. Brutti, E. del Prato, O. Diliberto, H.-P. Haferkamp, N. Hakim
J.-L. Halpérin, D. Heirbaut, N. Irti, A. Likhovski, G. Luchetti, M. Macnair
V. Marotta, A. Monti, F. Nasti, D. Quaglioni, A. Schiavone, E. Stolfi

PENSIERO GIURIDICO OCCIDENTALE E GIURISTI ROMANI

Eredità e genealogie

a cura di

Pierre Bonin, Nader Hakim, Fara Nasti, Aldo Schiavone



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1933-8

ISBN/EAN 9788892182523 (ebook)

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
Questo libro ...	IX
Gli Autori	XI
<i>Pierre Bonin, Nader Hakim</i> Postmodernità e romanità del diritto: di quale eredità il pensiero giuridico ricostruisce la genealogia?	XIII

PER INTRODURRE

<i>Aldo Schiavone</i> I giuristi romani nel laboratorio del diritto moderno	1
<i>Natalino Irti</i> Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica	13
<i>Enrico del Prato</i> Categorie giuridiche e postmodernità	21

I

RISCRIVERE LA STORIA DEL DIRITTO EUROPEO CON I GIURISTI ROMANI

<i>Diego Quaglioni</i> <i>Marginalia</i> . I giuristi romani nell'apparato della <i>République</i> di Bodin (1576-1586)	29
<i>Valerio Marotta</i> Autocrazia o monarchia dinastica: usi e abusi della <i>lex 'quod principi'</i> (Ulp. 1 <i>inst.</i> D. 1.4.1) tra XVI e XVIII secolo	41

	<i>pag.</i>
<i>Emanuele Stolfi</i> Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne	59
<i>Oliviero Diliberto</i> L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al <i>Code Napoléon</i> (e viceversa)	89
<i>Massimo Brutti</i> Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier	105
<i>Giovanni Luchetti</i> Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana	135

II

*GENEALOGIE E DISTANZE:
SPOSTAMENTI, RIUSI, CONFINI*

<i>Jean-Louis Halpérin</i> L'insegnamento del diritto romano nella Francia del XVIII sec.: un declino?	163
<i>Dirk Heirbaut</i> L'oblio delle origini romane nella tradizione giuridica belga. L'esempio dei 'conflitti di vicinato'	179
<i>Mike Macnair</i> Institutional Taxonomy, Roman Forms and English Lawyers in the 17 th and 18 th Centuries	191
<i>Hans-Peter Haferkamp</i> The German Judge and the Roman Jurist. Antiquity as a Medium of Contemporary Reform in the 19 th and 20 th Century	209
<i>Fara Nasti</i> Pensiero giuridico romano e tradizione europea nei <i>Prinzipien</i> di Fritz Schulz	225

pag.

Annamaria Monti

Uso e riuso delle citazioni romane, medievali e d'età moderna
nel discorso dottrinale dei giuscommercialisti italiani (XIX-XX sec.) 249

Assaf Likhovski

The Eagle and the Dove: Jewish Law Scholars and Roman Law
During the Interwar Period 267

Indice dei personaggi e degli autori antichi, medievali e moderni 295

QUESTO LIBRO ...

Questo libro raccoglie gli Atti del Convegno “Pensée juridique occidentale et juristes romains: archéologie d’un héritage” tenuto a Parigi il 15 e 16 dicembre 2017, organizzato dal progetto *Scriptores iuris Romani* (ERC AdG 2014) e dall’*Institut des sciences juridique et philosophique* dell’Università di Paris 1 Panthéon-Sorbonne, con la collaborazione del *Berg Institute* dell’Università di Tel Aviv, della *Société pour l’histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, dell’*Institut universitaire de France* (Géraldine Cazals), del *Centre Aquitaine d’histoire du droit* dell’Università di Bordeaux.

Alla presente edizione si affiancherà al più presto una versione francese, che apparirà nella serie delle “Editions de la Sorbonne”, nella collana “Histoire et théorie du droit”.

Rispetto alle relazioni tenute al convegno, mancano i contributi di Antonio Palma, di Yifat Monnickendam, di Stefan Wilf, di Lena Salaymeh e di Florence Renucci.

Le traduzioni dal francese dei saggi di P. Bonin e di N. Hakim, di J.-L. Halpérin, di D. Heirbaut sono di Francesca Bononi e di Daniela De Lorenzo.

I curatori

GLI AUTORI

Pierre Bonin	École de droit, Vice Président à la recherche, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Massimo Brutti	Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza Università di Roma
Enrico del Prato	Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza Università di Roma
Oliviero Diliberto	Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza Università di Roma
Hans-Peter Haferkamp	Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte, Universität zu Köln
Nader Hakim	Faculté de droit et science politique, Université de Bordeaux
Jean-Louis Halpérin	École Normale Supérieure, Paris
Dirk Heirbaut	Faculteit Recht en Criminologie, Universiteit Gent
Natalino Irti	Prof. Emerito, Sapienza Università di Roma; socio nazionale Accademia dei Lincei
Giovanni Luchetti	Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna
Assaf Likhovski	Faculty of Law, Tel Aviv University
Mike Macnair	Faculty of Law, University of Oxford
Valerio Marotta	Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pavia
Annamaria Monti	Dipartimento di Studi giuridici, Università Bocconi, Milano
Fara Nasti	Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, Università di Cassino
Diego Quagliani	Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento
Aldo Schiavone	P.I. progetto <i>SIR</i> (ERC AdG 2014), Sapienza Università di Roma
Emanuele Stolfi	Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Siena

POSTMODERNITÀ E ROMANITÀ DEL DIRITTO: DI QUALE EREDITÀ IL PENSIERO GIURIDICO RICOSTRUISCE LA GENEALOGIA?

Pierre Bonin, Nader Hakim

1. In continuità rispetto al progetto *Scriptores iuris Romani* dell'*European Research Council* (ERC AdG 2014), diretto da Aldo Schiavone, e al convegno tenutosi a Roma il 14 e 15 ottobre 2016 (*Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis al progetto Scriptores iuris Romani*)¹, nonché nella prospettiva di un nuovo progetto internazionale di storia del pensiero giuridico occidentale, l'obiettivo del convegno tenuto a Parigi il 15 e 16 dicembre 2017 è stato quello di riunire romanisti e storici del diritto per discutere intorno all'eredità del pensiero giuridico romano.

Porre come premessa il legame di filiazione tra il diritto e i giuristi romani e quelli odierni, in particolar modo nell'area occidentale, potrebbe sembrare un truismo. Ma la sfida sta appunto nel sondare cos'è che fa sembrare così ovvio, se non addirittura tautologico, l'accostamento del diritto romano e del diritto occidentale contemporaneo, soprattutto continentale; cos'è che si cela dietro quest'illusione di somiglianza che sfiderebbe lo scorrere dei secoli. Una prima distorsione si determina attraverso l'effetto specchio giacché, per seguire la metafora genealogica, se il diritto romano è uno e uno solo (torneremo sulla questione del suo collocamento in una durata che non possiamo ignorare), ha conosciuto però numerosi eredi. Se è vero che – sebbene non siano mancati i tentativi in tal senso – il diritto e i giuristi romani non sono mai stati «nazionalizzabili», ovvero riducibili a uno degli insiemi territoriali sviluppatasi nell'area dell'impero romano o nei suoi margini – nemmeno in Italia, nel mondo bizantino o nell'impero germanico – mentre questi insiemi si cristallizzavano, il pensie-

¹I cui Atti sono stati pubblicati con il titolo *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017.

ro giuridico moderno si è costruito sia sul modello romano di una centralità organizzata, sia contro di esso in quanto portatore di universalità. Ne sono scaturite altrettante culture giuridiche distinte nel tempo e nello spazio. Per dirlo in termini più politici, il pensiero giuridico ha accompagnato la transizione dal paradigma dell'Impero al paradigma dello Stato.

Resta da determinare quanta unità permanga in tale diversità, quante cose in comune conservi l'eredità condivisa, quale sia questo passato collettivo e desiderato, se non altro fino alla metà del XX secolo. Questo modo di procedere non vuole in alcun modo condurre a un convegno di diritto romano né tantomeno sull'attualità del diritto romano, ma si concentra piuttosto sul pensiero giuridico occidentale. A titolo d'ipotesi, possiamo avanzare un primo elemento di definizione; quello di un modo di pensare specifico, ovvero di una specifica razionalità, per dirla alla Max Weber. Sarebbe illusorio sostenere l'esistenza di un'argomentazione giuridica che metta in moto meccanismi originali; le operazioni logiche del diritto (induzione, deduzione, argomenti a fortiori, *ex absurdo*...) non hanno nulla di specificamente giuridico. D'altro canto, le modalità della conoscenza, dell'esposizione e della decisione, ovvero in una certa misura il peso della forma, quel che si può definire grammatica, segnano un confine netto già tracciato (anche se con altri contorni) a Roma, e che è spesso romano. Lo stesso dicasi per le articolazioni interne del diritto, basti pensare alle *summae divisiones* tra pubblico e privato, o tra civile e penale.

Per comprendere questa razionalità e le sue trasformazioni, bisogna afferrare a pieno il funzionamento di ogni periodo, ogni strato della stratificazione cronologica, ogni ambiente giuridico, per quel che è, o meglio per come si mostra, in quanto sistema, coerente perché funzionante, anche se tale funzionamento spesso riposa sulla contraddizione tra le rappresentazioni e i discorsi da una parte, e le pratiche dall'altra. A questo punto è però necessario enunciare un rischio metodologico, quello di culminare in una quasi-tautologia: definire come legata al diritto romano qualunque logica giuridica che sia stata connessa al diritto romano, ovvero enunciando il diritto in termini romani. Ma significherebbe considerare ancora l'influenza romana secondo modalità discendenti, come se l'anteriorità garantisse la causalità, come se il riutilizzo, in particolar modo di riferimenti e parole, valesse come prova di continuità.

In un'ottica, forse un po' ingenuamente, foucaultiana, il cuore stesso del progetto del convegno *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani* propone dunque di rovesciare questa prospettiva, esaminando in che modo i diritti occidentali si ritengono eredi di Roma, in una genealogia più costruita che naturale. La metafora dell'archeologia è più che calzante: è in

effetti dagli strati più recenti che bisogna partire per risalire a quelli più antichi, e ciascuno di essi è testimone di un'epoca che ha potuto alterare le precedenti. Non si tratta pertanto di un confronto tra i diritti del qui e ora e di un «prima» la cui sede sarebbe il diritto romano, ma di un cammino che ripercorre le catene genealogiche dei riferimenti, instaurando un dialogo tra i testi, allo stesso modo in cui il progetto *Scriptores iuris Romani* restituisce la profondità del diritto romano al di là della sua compressione in un unico documento inevitabilmente situato nel tempo; «spiega» il Digesto in senso etimologico, ovvero ne apre le pieghe.

Un approccio metodologico del genere permette infatti di eludere la doppia difficoltà di rimanere imprigionati nei discorsi analizzati, i quali tendono a operare sia in un registro dogmatico, mettendo sullo stesso piano tutto il diritto e tutti i suoi riferimenti, sia in un registro verticale, sussumendo dai riferimenti utilizzati tutte le soluzioni presentate come prove tanto semantiche quanto concettuali. Si tratta di determinare nel modo più preciso possibile le modalità con cui i giuristi fanno appello al riferimento romano nel discorso giuridico, inserendolo non solo in una storicità completamente diversa, ma anche in un nuovo dispositivo o una nuova testualità. Metatestualità e intertestualità operano a pieno regime conformando la trama dei testi giuridici, che diventa l'oggetto del pensiero giuridico.

2. Diverse questioni si intrecciano tra loro. Innanzitutto, quella dell'area, la cui determinazione geografica condiziona la possibilità di far produrre al passato degli effetti nel presente. In altre parole, sapere se sia possibile convertire un Occidente solo relativo, e quindi variabile, in un'Europa determinata e situata, permetterebbe alla costruzione genealogica – pur nella consapevolezza che si tratta di un espediente – di condurre a un diritto europeo che avrebbe come fattore di unità l'essersi voluto considerare, o considerarsi ancora, l'erede di una romanità giuridica.

Ciò presuppone – è una seconda sfida più metodologica – lo sviluppo di una narrazione della storia del pensiero giuridico separata dalla storia del diritto sostanziale, illustrandone modalità e specificità. In questo caso, bisogna pensare insieme la lunga durata e le discontinuità per meglio valutare le risorse comuni del discorso occidentale sul diritto nel suo inserimento culturale, geografico e giuridico. Cronologie e ripartizioni vanno dunque interrogate alla stessa stregua dei luoghi comuni di una storia europea che tende talvolta a sopravvalutare le similarità o, al contrario, le singolarità nazionali. E i paragoni non possono ridursi ad assimilare somiglianze o analogie a identità nei concetti o, peggio, nel lessico, ma devono lavorare soprattutto sulle strutture del pensiero e dell'argomentazione: si

tratta infatti di analizzare l'utilizzo dei riferimenti romani, espliciti o meno, e non di limitarsi a constatarne la presenza. Una modalità sarà pertanto prendere sul serio la produzione dei discorsi nelle sue sedi (le facoltà di giurisprudenza, ad esempio), nelle sue forme (discorsi, pratiche discorsive, regolarità), nelle sue interazioni (circolazione e reti sono qui fondamentali), nelle sue eventuali strutture o schemi regolari (il riferimento al diritto naturale o al suo rifiuto, ad esempio, o a qualche nozione o concetto fondamentale), ma anche nei suoi rapporti con il potere (chiaramente la questione della democrazia) e con le culture nazionali.

Non dobbiamo fingere di non vedere la portata politica che questo rovesciamento di prospettiva comporta. Essa costituisce una pista molto promettente per rifondare la nostra disciplina, sebbene i suoi paradigmi, perlomeno in Francia, risalgano alla fine del XIX secolo. Smettere di supporre, o di contestare – come si fa da quasi un millennio – che nel *Corpus* di Giustiniano riposi un'istanza di verità implica la responsabilità di un agnosticismo intellettuale che revoca in dubbio la possibilità di disporre di un accesso diretto ai metodi di regolazione dell'impero romano. Esso ci permette però di eliminare l'ingombrante questione dell'origine e dunque dell'identità e della purezza, ovvero di rompere con la prospettiva di un'autopoiesi del diritto, della generazione di sé legata alla pretesa di formare un sistema chiuso autoreferenziale, di un'Immacolata Concezione della giuridicità romana, che fonda la sua partenogenesi, perché la sua fecondità genera la Codificazione, lo Stato, il consensualismo contrattuale ecc., poiché porta nelle sue viscere tutta la salvezza dell'Occidente, nella misura in cui ne conserva intatta la purezza.

E poiché, volenti o nolenti, è classico che il diritto venga concepito in questo modo, secondo forme e meccaniche religiose, la metafora può essere proseguita ponendo lo storico del diritto nella posizione del più positivista e anticlericale degli storici, che prende in considerazione, ad esempio, le persone che si spostano in massa verso i santuari: anche se la causa non è quella che afferma di essere, o risulta inaccessibile, le conseguenze sono invece ben tangibili o osservabili. La proposta è agire nello stesso identico modo con il diritto romano. Considerarlo non per ciò che dovrebbe essere, rispetto alla sua presunta natura, ma soltanto attraverso le sue presunte manifestazioni, le sue evocazioni, di conseguenza anche i suoi effetti, in un atteggiamento piuttosto fenomenologico, liberando i nostri studi da ogni super-io scientifico che fa riferimento a un'ipotetica realtà antica e ci imporrebbe la sua unità di misura e il suo dogma. Per sovvertire in modo radicale e risolutamente postmoderno questo atteggiamento, dobbiamo cercare di sbarazzarci delle false apparenze dei residui dello scientismo, ma

anche del riflesso dogmatico che induce la pretesa del diritto all'autoreferenzialità.

3. Bisogna però tentare di essere postmoderni in modo coerente. Non diamo più per scontata la natura delle cose, diffidiamo della provvidenza (che sia quella di Dio, la mano invisibile del mercato, la lotta di classe o le regolazioni spontanee e il governo dolce, che sono solo altri nomi del mercato), accettiamo, o sopportiamo, di vivere in un mondo disincantato, dove l'illusione di autenticità è svanita. Da un punto di vista gnoseologico, la sfida sta quindi nell'evitare la linea comoda che consiste da un lato nel decostruire alcuni schemi di pensiero sulla base del fatto che si fondano su una natura delle cose ricusata, ma nel sostituirci dall'altro altri schemi non meno essenzialisti.

Soltanto assumendo questo atteggiamento si può vincere la scommessa di esaminare il modo in cui agiscono e producono effetti i processi di manipolazione di un cosiddetto diritto romano. Ciò significa mettersi al centro della magia del diritto: senza più pretendere che esso disponga di virtù innate, legate alle sue caratteristiche specifiche; constatare che invocarlo trasforma la realtà, che esso agisce non per ciò che è, ma per ciò che gli si fa fare, e questo grazie alla potenza delle sue parole. Dire che il diritto esiste lo fa esistere. E così la forma genera significato: è forse questo il grande segreto. Per mezzo della forma, il diritto si astrae dalle condizioni in cui è stato prodotto, il che ne consente l'autonomia e l'impersonalità. Fenomeni che non danno alcuna informazione sull'essere di cui sono la conseguenza, la manifestazione, producono qualcos'altro, nella fattispecie ciò che viene costruito come un'eredità, che non si giustifica più in termini di trasmissione, giacché l'erede non è chi ha obiettivamente ricevuto, ma chi vuole ricevere, e sceglie cosa ricevere in un perenne beneficio d'inventario che fa dell'eredità una costruzione sempre nuova. Si può fare un confronto da un punto di vista sociale con i giuristi, il gruppo di coloro che basano il loro dominio sul monopolio dell'interpretazione e che, come ogni aristocrazia, come ogni nobiltà, usano la propria perpetuità come prova del possesso della verità. Anche questa dimensione di performatività della tradizione giuridica va studiata, in un procedimento regressivo.

Ovviamente, un elemento di questa complessità è che la logica stessa del rivendicare una filiazione punta a occultare che si tratta appunto di una rivendicazione, che la cultura viene fatta passare per natura, e nello specifico, che la romanità giuridica si inserisce in concatenazioni particolari, determinate. I romani erano già maestri della strumentalizzazione, del riassetto e della falsificazione del proprio passato, e la difficoltà sta nel fatto che

questa specificità si propone come universale, nega di essere particolare. Il diritto romano non è il nostro modello perché è il diritto per eccellenza, ma perché è l'unica specie del genere Diritto. Pensare in termini di diritto significa pensare nella lingua del conquistatore, dell'imperialista, accettare come normale ciò che vuole lui, ciò che gli è proprio. Anche i greci hanno tribunali, possiedono una riflessione – e che riflessione – sul giusto e sulla legge, *Dikaion* e *Nomos*, ma non fanno del diritto un oggetto di pensiero autonomo, o dei giuristi un gruppo sociale ben identificato; attenendoci alle parole, non conoscono il diritto. Pensare in termini di diritto significa dunque rifiutare di prendere in considerazione la sua non esclusività, il fatto che possa avere dei concorrenti, delle alternative.

L'approccio genealogico segna così il confine del riflesso del comparatismo, principalmente in senso geografico, per comprendere «oggettivamente» tutto quello che il diritto occidentale deve al diritto romano, effettuando un confronto con altre forme che non gli devono nulla. Il ricorso a un simile procedimento non può che essere parsimonioso, e soprattutto estremamente scrupoloso. Bisognerebbe innanzitutto, come precauzione metodologica generale, riuscire a comprendere i presunti diritti non occidentali nei termini e concetti che gli sono propri, senza occidentalizzarli con il pretesto del confronto. Bisognerebbe anche diffidare dal ritorno di qualunque inclinazione semplicistica fondata sulle essenze pure e sull'autonomia chiusa degli ordinamenti giuridici, preferendo invece determinare in che misura i sistemi giuridici interagiscano e si influenzino tra loro.

La comunità degli storici del diritto, se non dei giuristi in generale, deve pagare un altro prezzo indotto dalla procedura genealogica qui presentata. Lo svelamento del modo in cui si rivendica la filiazione fa perdere al lignaggio la forza che gli deriva dalla propria perpetuazione. Se il diritto romano ha inventato i giuristi, o se i giuristi hanno inventato il diritto romano, la rottura della fede nella trasmissione del diritto romano minaccia l'essenza stessa dei giuristi, la loro esistenza. Lo sconforto nello scoprirci non più romani, che minaccia la dissoluzione di un noi, è però ampiamente compensato dall'arricchimento della conoscenza. Priva del suo potere legittimante, la storia del diritto diventa in proporzione un fantastico repertorio di conoscenze ed esperienze, l'unico banco di prova di cui dispongono le scienze sociali per valutare le proprie costruzioni.

La posizione proposta procura un ulteriore vantaggio. I risultati straordinari degli ampi programmi di ricerca condotti sulla genesi dello Stato moderno negli anni '80 e '90 del XX secolo hanno fatto risalire di gran lunga nel tempo le origini dello Stato in Europa. Così facendo si è aperta però una voragine: se l'elemento determinante è la riscoperta della compi-

lazione giustiniana, se lo Stato esiste già completamente nel *Policraticus* (1159 ca.), se tutta la storia della gallina è in qualche modo nell'uovo, cosa succede dopo, come possiamo pensare la modernità giuridica? Ecco cosa ci permette di fare il procedimento regressivo, archeologico, de-essenzializzante. Sta proprio qui l'utilità del decentramento, del fare un passo di lato, che ci porta da una storia delle istituzioni a una storia del pensiero giuridico.

Respingere a priori gli schemi di intellegibilità significa anche rinunciare ad aspirare alla piena obiettività e alle folli speranze della scienza. Il rifiuto del dogmatismo, forse più che del giuspositivismo, sembra il metodo più pertinente per studiare il fenomeno giuridico nella postmodernità. Non possiamo più usare il diritto per colmare la vacuità di senso dell'assenza di Dio, della guerra dei valori o della crisi dello Stato. Il che ci costringe a non limitarci alla descrizione, ma a tentare di spiegare, a saper comprendere, a porci in qualche modo più dalla parte di Tucidide che di Erodoto. E poiché non possiamo descrivere in maniera obiettiva, e non crediamo più nelle essenze né nell'illusione positivista, le narrazioni del passato non possono che essere inevitabilmente l'esemplificazione di un presentismo moderato, se non proprio di un'ideologia.

Pertanto, poiché ogni epoca porge al suo passato le domande del proprio presente, tanto vale, per i nostri tempi, esibire i presupposti e metterli alla prova: qui e ora, qual è il diritto romano di cui abbiamo bisogno, il diritto romano che vogliamo, che pensiamo di darci?

PER INTRODURRE

I GIURISTI ROMANI NEL LABORATORIO DEL DIRITTO MODERNO

Aldo Schiavone

1. Il pensiero* giuridico contemporaneo è oggi chiamato a un compito cruciale: un autentico salto oltre i suoi vecchi confini, per riuscire a disciplinare e a dare una regola alla nuova realtà – economia, formazioni sociali, mentalità, culture – emersa dalla grande trasformazione che, almeno dall’ultimo decennio del ventesimo secolo, ha cambiato le nostre vite e il nostro mondo. Le cinque categorie intorno alle quali si è costruito per almeno tre secoli l’ordine giuridico dell’Occidente – sovranità, soggettività, legalità, proprietà, contratto – sono state completamente svuotate del loro significato storico, e si sono riempite di nuove determinazioni e di nuovi contenuti, indotti soprattutto dalla rivoluzione tecnologica, che ha anche mutato radicalmente il rapporto mondiale fra capitale e forze produttive, e gli equilibri della mediazione giuridica che regolavano questa relazione all’interno degli Stati e nell’ordine sovranazionale dell’Occidente: dunque l’essenza stessa del lavoro moderno, e la spina dorsale di ogni società.

Certo, sappiamo bene che il problema non è solo giuridico; è innanzi-

* La versione orale del mio contributo era stata preceduta da queste parole:

«Signor Vice Presidente, cari Colleghi, cari amici, considero un onore aprire i lavori di questo Incontro. Innanzitutto vorrei ringraziare Pierre Bonin e gli altri amici dell’Università di Paris 1 per la loro generosa ospitalità, e tutti i colleghi che hanno partecipato all’organizzazione di questo Convegno per il loro importante contributo: la “Société pour l’histoire des facultés de droit et de la culture juridique”, Géraldine Cazals e l’Institut universitaire de France”, il “Centre Aquitaine d’histoire du droit” dell’Università di Bordeaux, e i colleghi del “Berg Institute” dell’Università di Tel Aviv. Io personalmente, e tutti coloro che lavorano al progetto dell’European Research Council *Scriptores iuris Romani*, riteniamo che sia una felice opportunità poter discutere con voi di temi che sono al centro dei nostri studi e delle nostre riflessioni in questi anni, e poter verificare la possibilità di un futuro percorso comune, per integrare con sempre maggiore efficacia e rilievo la storiografia giuridica – le sue pratiche e le sue ricerche – all’interno della storia della cultura europea e occidentale, come ha detto Nader Hakim nelle pagine di presentazione che accompagnano il programma delle nostre due giornate».

tutto politico. E tuttavia, la politica da sola non è sufficiente. Si tratta anche di pensiero. Un nuovo ordine giuridico del mondo, capace di prendere il posto del vecchio *ius publicum europaeum* e dei vecchi diritti nazionali, va innanzitutto pensato come una essenziale questione di teoria, come un dato culturale, da costruire con coraggio e immaginazione. Si tratta di far nascere dalle fondamenta un laboratorio di non minore ampiezza di quello che ha prodotto, in poco più di due secoli, il moderno diritto europeo. Senza aver svolto questo compito, sarà sempre impossibile progettare in modo realistico un universo normativo che dovrà essere reso efficace attraverso la forza di una politica e di una democrazia che sappiano imporsi sui poteri proteiformi, inafferrabili e denazionalizzati della tecno-economia e del capitale finanziario. La globalità non è solo un affare dei mercati; deve esserlo anche della nostra riflessione teorica.

Questo obiettivo richiede una ricognizione severa sulla modernità che abbiamo appena dietro di noi, sulla lunga stagione che si sta concludendo. È indispensabile partire perciò da quella che ho chiamato altrove¹ una critica della ragione giuridica moderna, nel senso di Kant, prima ancora che di Marx, di Nietzsche, o di Foucault: i suoi limiti, le sue ombre, i suoi scacchi, e in particolare i suoi discorsi incompiuti sulla democrazia, sulla cittadinanza, sull'eguaglianza – quest'ultimo, forse, il più importante di tutti.

Ciò non sarà possibile senza fare fino in fondo i conti con il nostro passato: senza lacune e senza reticenze; senza aver riscritto, cioè, tutta la nostra storia. In questo senso, la funzione degli storici del diritto europei potrebbe rivelarsi oggi molto più importante di quanto, solitamente, noi stessi crediamo. Perché il nostro compito non è – come qualcuno si ostina ancora ciecamente a immaginare – di ripetere un'apologia sempre più stanca di una tradizione gloriosa ma ormai finita. Bensì di riportare alla luce quelle parti del nostro passato che avevamo sepolto senza davvero averle conosciute: per comprenderle e poter guardare avanti. Mai come adesso, saper capire vuol dire saper cambiare.

2. La ragione giuridica moderna si è costruita attraverso un processo complesso, che va da Cujas a Domat, a Leibniz, a Pufendorf, a Kant, a Savigny, fino al cuore del Novecento, con Weber e Kelsen, e, su un versante opposto, con Schmitt. Il suo sviluppo ha accompagnato processi imponenti: il trionfo dell'Europa capitalistica e borghese, e l'affermarsi dell'economia politica moderna, dai fisiocratici a Ricardo, e poi fino a von Hayek, Polanyi, Keynes. Questo paradigma di razionalità giuridica avrebbe con-

¹ *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 2017², 23.

tribuito in modo determinante a fissare per l'intero Occidente quella che possiamo definire come la forma individualistica della soggettività privata – della persona privata; e a fissarla come una forma essenzialmente giuridica: senza dubbio anche riflesso della nuova economia che stava producendo la rivoluzione industriale; ma un riflesso, se posso dir così, anticipato nel pensiero, come forma propriamente e autonomamente giuridica; un risultato di cui oggi incominciamo a vedere i limiti, ma dalla cui ombra siamo ancora ben lontani dall'uscire.

Questa razionalità, che ha costruito l'individualismo moderno prima ancora che esso diventasse un tema filosofico o letterario, si era tuttavia fondata interamente su un impianto che moderno non era; che era invece romano; e i suoi sviluppi – quella che si è rivelata come l'inaudita potenza formale dei suoi concetti, già intuita dal pensiero romano – rinviano per mille segni a un mondo interamente fuori della modernità. Anche nella politica sarebbe accaduto qualcosa di simile, e l'edificio moderno si sarebbe costruito integrando di continuo al proprio interno elementi antichi. Ma lì la modernità sarebbe stata più facile da riconoscere: e i nuovi paradigmi – prima quello della sovranità e poi quello della rappresentanza: Bodin, Hobbes, Locke – si imponevano come figure proprie della nuova stagione che si apriva. Nel diritto invece, l'ininterrotto *décalage* – o, se volete, il continuo contrappunto, fra antico e moderno, fra moderno travestito da antico, e antico sotto forma di moderno – creava subito molti problemi di identità e di riconoscimento, e ha finito con il rendere i giuristi europei quelli che ancora oggi sono, in gran parte: i custodi di un sapere che ha con il tempo e con la storicità un rapporto difficile e problematico. Sciogliere questo nodo è il nostro primo dovere.

3. Ma cos'era il diritto romano che si ritrovava in questo modo al centro della nuova Europa? Cos'era questa 'non-modernità' nel cuore del nuovo tempo? Quale immagine ne veniva consegnata alla cultura del mondo che si stava formando?

Da un punto di vista strettamente genealogico, è venuto il momento di ammettere che essa era il risultato di una vera e propria falsificazione, che avrebbe avuto conseguenze incalcolabili. La storia della percezione moderna (e medievale) del diritto romano è infatti innanzitutto la storia di un fraintendimento – una specie di capovolgimento prospettico – tanto grave quanto fortunato².

Il diritto romano veniva infatti identificato, secondo una tradizione qua-

² Presuppongo *Ius* cit., 20 ss.

si millenaria, iniziata in Occidente almeno nel tredicesimo secolo – con la figura imponente del *Corpus iuris civilis*, e in particolare con la sua parte principale, i *Digesta*, un’opera composta per sfidare i secoli, destinata a un successo strepitoso. Il diritto romano veniva identificato cioè con una codificazione: nulla o quasi appariva prima di essa, o al di fuori di essa. E sarebbe stato così per circa mille e cinquecento anni. Ancora oggi, quando i giuristi dei nostri giorni pensano al diritto romano, non lo vedono altrimenti che nella forma di un unico immobile blocco: un monumento fuori del tempo. E persino quando, nel corso del XX secolo, si cercò di introdurre un po’ di storia su questo sfondo pietrificato, non si riuscì se non a concepire un’altra falsificazione: quella del cosiddetto “diritto romano classico” incapsulato all’interno dei *Digesta*, anch’esso fermo in una staticità fuori del tempo – una specie di ‘pre-immagine’ della codificazione giustiniana, un altro mito cui gli studiosi di diritto romano si sono aggrappati, pur di non fare i conti con sé stessi. E devo dire che nell’intera storia della cultura occidentale io non conosco nessun altro episodio di importanza comparabile, in cui si sia potuto assistere a un così totale e ostinato annientamento della storicità dell’oggetto considerato, a vantaggio di una sua immagine del tutto distorta e fittiziamente cristallizzata, come quello del quale stiamo parlando. Le basi romane del diritto moderno non ci riportano così, come pure sembrerebbe a prima vista, verso la storia, ma verso una sua proiezione astratta e quasi metafisica.

A questo risultato contribuirono una serie di elementi sui quali non posso ora fermarmi; e prima di tutto, il fatto che noi non possiamo leggere gli scritti originali cui era stato affidato il pensiero giuridico romano, se non per quella parte raccolta proprio dal *Corpus iuris civilis*, il quale, prima di un codice, era anche un’antologia, che salvava almeno in parte quelle opere altrimenti perdute, nello stesso momento in cui, sovrapponendovi il modello per loro del tutto estraneo del codice, ne distruggeva l’intrinseca storicità e la peculiarità dei caratteri originali.

Si determinava in tal modo una situazione singolare: quanto più la cultura giuridica europea credeva di ritrovare nell’eredità romana il nucleo più vivo e più caldo del proprio pensiero, tanto più l’effettiva ricostruzione storica di quel lascito, il significato profondo della sua genealogia – in tutta la concreta ricchezza della sua origine e dei suoi sviluppi – spariva dagli occhi della modernità. Si lavorava sui *Digesta* come su un testo normativo da perfezionare, aggiornare e applicare, o da cui comunque ricavare regole e indirizzi per disciplinare il presente, e non come un documento attraverso il quale, se opportunamente decifrato, era ancora nitidamente percepibile la traccia variegata, per quanto intermittente, d’un eccezionale itinera-

rio intellettuale, e di un processo storico senza eguali. Si rimaneva fissati sul codice, e non si considerava l'antologia.

Per rovesciare finalmente questa veduta, e far emergere tutto il passato che essa ha tanto a lungo cancellato – per ritrovare la corretta genealogia del diritto moderno – bisogna separare, nel modo più radicale possibile, la storia del diritto romano dalla storia della sua tradizione e della sua fortuna tardomedievale e moderna, dall'età giustiniana sino al ventesimo secolo: un fenomeno, quest'ultimo, come abbiamo detto, di proporzioni quasi incalcolabili.

All'origine della tradizione e della sua millenaria vicenda c'è la codificazione di Giustiniano, il formidabile mosaico del *Corpus iuris civilis*. Al cuore, invece, della storia del diritto romano non c'è un codice, né qualcosa che gli somigli. Ci sono invece i giuristi antichi, che operavano all'interno di un modello di diritto giurisprudenziale – un *case law*, un “diritto consuetudinario vivente” (secondo l'espressione di Carl Schmitt)³, orientato dagli esperti e dai magistrati – nella loro duplice e congiunta funzione di inventori di una scienza, e insieme di costruttori di un ordine normativo al centro di un impero mondiale. Conoscenza e potere, sapere e dominio. Alla base del diritto moderno non c'era dunque una *ratio scripta*⁴ dai principi neutrali ed eterni, costruita miracolosamente dai romani e trasmessa intatta dalla codificazione di Giustiniano, ma un universo in costante movimento, un intrico di relazioni dove la scoperta progressiva di un ordine formale dei rapporti privati, cominciata a partire dall'età di Quinto Mucio Scevola, si intrecciava con l'accumulo di potere derivato dalla costruzione di una dominazione mondiale, e con la trasformazione dei cittadini della *Res publica* nei sudditi di un impero sterminato. Sebbene in un modo unilaterale e improprio, in un momento cruciale della storia d'Europa, solo Hegel aveva saputo cogliere la complessità di questo processo, sia pure legandola a una svalutazione del diritto romano che aveva evidenti intenti politici, rispetto alla scienza giuridica del suo tempo⁵.

4. «Il diritto, a Roma, non è tanto un comando dello Stato, quanto una

³ Questa formulazione, rielaborata da Savigny, era riferita da Schmitt al diritto inglese: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Berlin 1958, tr. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma 1966, 70 ss.

⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazioni del diritto*, Bologna 1976, 97 ss.

⁵ Presuppongo ancora un mio lavoro: *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari 1984, spec. 3 ss.

creazione dei giuristi»⁶. Questa lapidaria affermazione di Ronald Syme – uno dei maggiori storici dell’antichità del ventesimo secolo – riflette, come abbiamo appena visto, un incontrovertibile dato di fatto, ma anche (per i motivi che abbiamo ricordato) un’evidenza a lungo sconosciuta dagli stessi studiosi di diritto romano.

È stato solo dalla seconda parte del secolo scorso, e soprattutto dalla metà degli anni Sessanta, che si è cominciato a cercare con più convinzione, dovunque in Europa, orizzonti nuovi, e si sono ottenuti risultati significativi, dovuti in buona parte ai lavori pionieristici di alcuni studiosi italiani, senza dei quali un’impresa come quella degli *Scriptores iuris Romani* non sarebbe stata nemmeno immaginabile.

Al centro della coscienza dell’Occidente, intorno a un nodo decisivo della sua formazione – la genesi e lo sviluppo della propria vocazione giuridica, lo ‘stato giuridico’ dell’anima occidentale, si potrebbe dire – ha continuato a rimanere così un’inattesa e sorprendente lacuna di conoscenza, una zona d’ombra e di fraintendimento profonda ed estesa.

È ora che il vuoto si cominci a colmare, e si renda al pensiero dei giuristi romani il volto e i caratteri che gli furono propri; che si torni su di esso non più per imitarlo o riprenderlo, ma per meglio capire da dove veniamo, cosa eravamo, come ci siamo formati, e in che direzione dobbiamo oggi guardare. Come ben sappiamo – e Syme ci ha ricordato – i giuristi a Roma non furono solo dei sapienti, o degli scienziati del diritto. Per una gran parte della loro vicenda ne furono anche i più importanti costruttori: un ceto di esperti al lavoro per decine di generazioni, lungo un itinerario fino ad allora mai percorso. La loro storia ci parla ancora di un tentativo grandioso: l’invenzione di una misura giuridica del mondo.

Certo, restituire alla storia quelle lontane e frammentarie scritture è una fatica complessa, ma è l’unica possibilità per sottrarre quel che dobbiamo considerare un carattere dell’Occidente a fraintendimenti e mitologie ormai inaccettabili.

Con il progetto dell’“European Research Council” che ho l’onore di dirigere, e che si sta svolgendo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università di Roma “La Sapienza”, è a questi giuristi che vogliamo ridare la parola, considerandoli, finalmente, per quello che essi sono stati: non figure sfocate appena distinguibili nell’ombra dei *Digesta* di Giustiniano, ma grandi pensatori antichi, con un talento per il concetto e per l’astrazione non minore di quella dei più importanti filosofi greci; inventori

⁶R. SYME, *Lawyers in Government: The Case of Ulpian*, in *Proc. Am. Phil. Soc.*, 116 (1972) 406 = ID., *Roman Papers* 3 (ed. A. R. Birley), Oxford 1984, 863.

di un carattere dell'Occidente – il diritto come scienza e come dispositivo formale – di cui ci rimane una testimonianza frammentaria, ma non insufficiente per comprenderli e valutarli nella pienezza delle loro scelte e del loro operare intellettuale e pratico.

I volumi della nostra collana, gli *Scriptores iuris Romani*, sono dedicati a un'edizione, autore per autore, delle opere, tradotte in italiano e commentate, dei giuristi antichi, seguiti nel lungo percorso della loro storia. Si tratta, mi permetto di dire, di una novità assoluta, cui stanno lavorando decine di studiosi, molti dei quali sono qui presenti, e contribuiranno allo svolgimento del nostro Convegno. Che questa impresa sia il frutto di un progetto italiano finanziato dalla Comunità Europea è anche, voglio credere, il riconoscimento per una gloriosa tradizione di studi che qui stiamo mettendo alla prova su un obiettivo mai finora messo a fuoco, ma all'altezza del suo passato **.

Il primo libro uscirà a nei prossimi mesi: è dedicato all'edizione e al commento dell'opera di Quinto Mucio Scevola, che fra gli anni novanta e ottanta del primo secolo a.C. gettò le basi di quel nuovo modo di pensare il diritto – le categorie giuridiche come figure dell'essere e non solo del pensiero, e il diritto come dispositivo formale globale – che avrebbe segnato l'intera storia della modernità. Al lavoro ha partecipato anche un importante collega francese, Jean-Louis Ferrary, la cui presenza sottolinea il carattere europeo della nostra iniziativa ⁷.

Questi volumi hanno lo scopo di fornire la base testuale e il punto di partenza critico per una storia che resta, in buona parte, ancora da scrivere: per quel cambio di paradigma interpretativo nella lettura del nostro passato giuridico senza del quale, io credo, sarà molto più difficile per noi riuscire a pensare il mondo che ci aspetta.

5. Secondo una convinzione assai diffusa nella romanistica del Novecento, e che possiamo far risalire a un'intuizione di Lorenzo Valla, e più tardi a una linea di studi da Savigny a Schulz ⁸, i giuristi romani sarebbero

** Era presente con noi per l'occasione il dr. Roberto Marcucci, direttore dell'“Erma di Bretschneider”, la prestigiosa Casa editrice cui abbiamo affidato i nostri volumi.

⁷ Il libro è ora pubblicato: J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018. È anche apparso, intanto, un secondo volume: G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus, ad edictum libri I-III*, Roma 2018, e sta per uscirne un terzo, A. BOTTIGLIERI, A. MANZO, F. NASTI, G. VIARENGO, *Antiquissima iuris sapientia*, Roma 2019, dedicato al pensiero giuridico arcaico fra VI e III sec. a.C.

⁸ Riferimenti in *Ius cit.*, 26.

intrinsecamente indistinguibili l'uno dall'altro; tutti 'persone fungibili', secondo un'espressione usata dallo stesso Savigny⁹. La specificità del loro lavoro avrebbe fatto sì che essi perdessero ogni determinatezza. Le loro voci si confonderebbero in un unico suono: il coro sarebbe stato il loro destino.

In questa affermazione c'è una parte di verità che non possiamo dimenticare. Il problema che essa solleva si può definire come quello dell'"autorialità" dei testi dei giuristi romani in quanto testi letterari. La questione evoca un orizzonte più vasto: l'"autorialità" di tutta la scrittura antica, che è ben diversa da quella moderna, cui siamo abituati da una lunga consuetudine. L'autorialità moderna, infatti, costituisce il proprio statuto in connessione con la nascita dell'individualismo, fino al suo culmine nella costruzione dell'io borghese: una forma di coscienza, quest'ultima, senza eguali nel mondo antico, che non conosceva nemmeno la parola 'individuo' (Aristotele dice 'ciascuno di noi'; i romani *singulus* o *privus/privatus*, che hanno significati molto diversi – ed è un punto che scava un abisso fra antico e moderno)¹⁰.

Nei testi dei giuristi romani – al di là di differenze che non vanno sottovalutate, la singolarità degli autori (non dirò la loro 'individualità'), è costantemente condizionata dalla presenza di un insopprimibile elemento di impersonalità: la stessa la cui percezione faceva parlare Savigny, in modo improprio ma acuto, di 'fungibilità'. Una vocazione all'impersonale che aveva una spiegazione precisa: si sviluppava a partire dalla consapevolezza dei giuristi di partecipare alla trascrizione collettiva di un grande disegno ontologico, di una vera trama metafisica, in cui la realtà sociale – la vita di relazioni 'private' della Roma imperiale – veniva trascritta in un mondo di figure, di proporzioni e di misure astratte e quantificabili, per quanto invisibili, dotate di una propria densità e consistenza, spettrali ma indiscutibili (*res incorporales* nella lingua di Gaio, che riprendeva Seneca)¹¹.

Si trattava però di un'ontologia che sviluppava una metafisica diversa da quella che aveva dominato la filosofia greca da Parmenide in poi: una metafisica che ipostatizzava, trasfigurandole in archetipi, unicamente fenomenologie sociali, relazioni della convivenza tra gli uomini. Una sapien-

⁹ *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 1840³, rist. Hildesheim 1967, 157.

¹⁰ V., per es., *Pol.* 1.1.11-12.1253a. Ho già toccato altrove questo tema: *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 5 ss.

¹¹ Gaio, *inst.* 2.13-14; Sen., *ep.* 58.7; 12; 14. Riferimenti in *Ius* cit., 197 ss.

za di nudi fatti, pura esperienza di vita, che diventava costruzione ontologica: una *phronesis* che si trasformava in *episteme*; la *prudentia* mutata in *rationes iuris*. I giuristi romani scoprivano così la loro vocazione teorica (secondo una luminosa intuizione di Vico)¹², sia pure nascondendola all'ombra di una destinazione soltanto pratica.

Ma il comune riconoscersi di un intero ceto nella partecipazione all'ideazione di questo disegno, accompagnato dalla condivisione di un duro lessico di specialisti al servizio di un apparato concettuale tecnicizzato e potente – la trasposizione dell'intero universo di relazioni private che si distendeva sotto il loro sguardo in una cartografia ontologica della socialità imperiale – finiva inevitabilmente con l'attenuare l'autorialità dei singoli giuristi, di ogni particolare contributo, stemperando la specificità di ciascuna impronta quanto più lo specialismo rigorosamente praticato diventava esigente. C'era insomma, nel lavoro di quei maestri, davvero qualcosa di irriducibilmente anonimo, legato alla crescita della struttura del *ius* a ridosso di una casistica quasi sterminata, accumulata come una enciclopedia della socialità umana nel suo rapporto con la natura e con la produzione della ricchezza: la cui funzione non era la conoscenza, ma la creazione di regole¹³.

6. E tuttavia, celate sotto lo spessore di questa coltre impersonale, le singolarità resistono, sia pure a un livello più decentrato; attutite, ma conservate. In nessuna tradizione intellettuale – antica o moderna – il sapere elaborato riesce a svincolarsi del tutto dalle specificità dei suoi protagonisti. Il pensiero giuridico romano non fa eccezione: si tratta solo di scoprire il funzionamento della dialettica fra singolarità e impersonalità, fra permanenza e variabilità.

Può emergere così, finalmente, l'autorialità dei giuristi, smorzata ma non cancellata dietro lo schermo delle costruzioni e delle soluzioni condivise: occorre solo essere capaci di ritrovarla. E non affiora solo nei contrasti aperti fra le singole personalità – il cosiddetto *ius controversum*. Quest'ultimo spesso offre il lato più superficiale delle differenze. Si rivela meglio, invece, nella rete di connessioni che lega il profilo di ciascun autore a un ambiente, a un tempo, a un mondo e una circolazione di idee; a una visione generale dei propri compiti e del proprio ruolo, e di quelli della

¹² *Philosophi autem Romanorum ipsi erant iurisconsulti*: così nel cap. XI del *De nostri temporis studiorum ratione* del 1708, ora in *Opere*, I (ed. Gentile-Nicolini), Bari 1914, 101.

¹³ *Singolarità e impersonalità* cit., 3 ss., spec. 5 ss., poi ripreso in *Scriptores iuris Romani*, in FERRARY, SCHIAVONE, STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola* cit., x.

scienza che coltiva; a un rapporto peculiare con il potere politico: elementi tutti che determinano e condizionano anche le scelte più tecniche, in un gioco sottile ma decifrabile fra conoscenza ricevuta, e nuovo sapere prodotto.

Appare chiaro a questo punto come ritrovare i giuristi non sia solo un esercizio di archeologia intellettuale, per rintracciare un contesto perduto e insignificante. Ma sia invece l'unica via per ricondurre alla storia un insieme di dispositivi normativi e l'apparato ontologico che li regge, altrimenti destinati ad apparire come strutture fuori del tempo, come se la metafisica sociale che li fondava non fosse solo il risultato di una operazione storicamente determinata, ma fosse davvero un impianto archetipico al di là della storia: un inganno al quale non ci siamo ancora completamente sottratti.

Senza dubbio il diritto dell'Occidente si regge su concetti e categorie che oltrepassano la modernità: ma scambiare questo dato per una tendenziale proiezione della forma giuridica sull'eterno e sull'assoluto di una necessità senza storia, è un equivoco dalle conseguenze catastrofiche, che purtroppo non appartiene solo al nostro passato. Ritrovare i giuristi romani in tutta la loro occultata storicità – passare dall'ordine che essi hanno costruito, esaltato dall'architettura dei *Digesta*, alle genealogie che ne hanno consentito la formazione – è la via più importante per sottrarsi a una simile trappola.

Cosa c'è alle origini di quel carattere dell'Occidente che chiamiamo diritto, per la prima volta isolato dal pensiero romano? Qual è il segreto della sua nascita e della durata della sua sintassi? Perché il diritto si è costituito come una ragione separata, e quali sono i nessi che lo legano alla geografia dei poteri sociali che ne accompagna il percorso – l'economia, la tecnica, e soprattutto la politica?

Queste domande presuppongono lo spostamento dell'interprete da un piano di forme che sembrano annullare la storia, a quello delle forze che ne hanno consentito la creazione: perché il tramutarsi storico delle forze non coincide con la storia delle forme, anche se i due livelli si rimandano reciprocamente di continuo.

I giuristi romani avevano una coscienza nebulosa ma pervasiva dell'eccezionalità del proprio operare. Il serrato dialogo che intrecciano l'un l'altro attraverso i secoli, e che fonda la particolare compattezza della temporalità storica del loro pensiero; il continuo contrappunto fra la gelida astrattezza dell'ontologia e la bruciante concretezza della casistica perennemente evocata; la difesa gelosa della propria razionalità separata, e insieme la ricerca di un rapporto diretto con la politica: tutto ci parla della loro (auto) percezione di trovarsi nel punto di snodo di un'intera civiltà: il

luogo in cui la potenza – la potenza di un impero che aveva unificato il mondo – si fa ordine, regola, disciplina; la linea di scorrimento che trasforma la forza in consenso, e la giustifica. L'intersezione, appunto, dove la forza diventa forma.

È esattamente su questi passaggi e su questi intrecci che noi oggi dobbiamo interrogare i giuristi romani: è questa lezione – e non altre, più vecchie e logorate dall'uso e dal tempo – che vogliamo ascoltare da loro, e dobbiamo saper scoprire nell'impersonalità del loro sapere, finalmente misurata sulla singolarità delle loro figure. La genealogia di un tipo di equazione fra ordine e potenza oggi certamente inattuale, ma che continua a indicare un percorso: la ricerca di un ordine del mondo la cui legalità si apra da un lato sulla scienza che la fonda e dall'altro sul consenso che ne misura l'efficacia.

Ed è questa la sola strada per ridare ai nostri studi il posto che hanno da gran tempo perduto, e rimetterli al centro del pensiero del nostro presente. Noi stiamo provando a farlo.

CATEGORIE ROMANISTICHE NELLA DISPUTA ERMENEUTICA

Natalino Irti

1. La prolusione, svolta da Emilio Betti il 15 maggio 1948 nell'Università di Roma 'La Sapienza', può dirsi un fedele e rigoroso '*documento ereditario*'. Il titolo, '*Le categorie civilistiche dell'interpretazione*', già preannuncia un 'manifesto' ermeneutico, che abbraccia il problema in tutte le discipline giuridiche¹. '*Categorie*' sono i canoni, i criteri direttivi, i principî di metodo, i quali governano l'interpretazione dei testi giuridici, ne garantiscono la 'storica' esattezza, ne consentono la controllabilità in successive istanze di decisione. Fondamentali categorie, le quali raccolgono un'antica *eredità*, ossia si fondano su passi di giuristi romani, da cui Betti trae canoni metodologici per il diritto oggi vigente. Le categorie civilistiche, si rivelano, in tutto o in parte, come *categorie romanistiche*, capaci di attraversare il tempo e di valere, a distanza di secoli, in diversi periodi storici e climi culturali.

2. Percorriamo insieme la trama logica della prolusione.

Muove Betti dal concetto di 'forma rappresentativa', definita come "rapporto unitario di elementi sensibili, idoneo a serbare l'impronta di chi l'ha foggiate, e la qualifica o funzione 'rappresentativa' va intesa nel senso che attraverso la forma debba manifestarsi a noi, facendo appello alla nostra intelligenza, un altro spirito diverso dal nostro e tuttavia intimamente affine al nostro"². Il concetto, così determinato ed enunciato, di 'forma rappresentativa' spiega tutti i temi della prolusione e li raccorda al disegno di una teoria generale dell'interpretazione.

'Forma' non è un dato psicologico, o un'interiore vibrazione della volontà, ma un'*oggettività* percepibile nel mondo storico. C'è in Betti il *pa-*

¹ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, edita in *Riv. it. sc. giur.* 1948; si citerà dall'estratto. Cfr. N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana*, in *Riv. it. sc. giur.* 5 (2014).

² E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 36.

thos dell'oggettività, cioè di un mondo umano, che non conosce sottintesi o obliquità, ma un dire e un fare percepibili e intellegibili dagli altri. La forma è garanzia di oggettività, veicolo di un 'appello', di una istanza di comprensione: 'appello', che siamo in grado di ricevere, istanza che possiamo soddisfare, poiché tutti, e gli altri e noi, ci ritroviamo in una 'comune umanità'.

La prolusione esprime un appassionato rifiuto del solipsismo, esaltando l'intima affinità e dialogicità degli uomini. I quali non s'intendono solo con parole e segni destinati a rivelare contenuti di pensiero, ma anche per contegni pratici, modi concreti di agire, da cui si ricava lo stile di un individuo e la personalità dell'autore. Così tutta la vita acquista dignità e serietà, ed esige coscienza ininterrotta di parole e di contegni, a cui gli altri rivolgono il loro animo e nel cui significato ripongono la loro fiducia.

Il soggetto interpretante non conosce un che di estraneo al mondo umano, ma una forma creata o espressa da un altro soggetto, sicché il suo conoscere è un 'tornare a conoscere', è un 'riconoscere e ricostruire' il cammino percorso dall'altro. "Si ha così – dice Betti con accenti vichiani, che si faranno più limpidi e netti in anni successivi – una *inversione* del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione per cui nell'*iter* ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'*iter* genetico e operare in sé il ripensamento"³.

Così Betti pone il dualismo fra *soggettività* di chi interpreta e oggettiva *alterità* di ciò che è interpretato. L'uno straniero di fronte all'altro: un'*estranietà*, che sarà, appunto, oltrepassata nel procedimento interpretativo e in applicazione di canoni metodici. Qui anche si dischiudono i due orientamenti, che si sogliono individuare e semplificare sotto i nomi di Betti e di Hans Georg Gadamer (ma *Wahrheit und Methode* verrà fuori di là a dodici anni, nel 1960).

Questo è un essenziale capitolo della moderna teoria ermeneutica.

3. I criterî metodici dell'interpretare – criterî generali, e non propri ed esclusivi del mondo giuridico – hanno trovato (dice Betti con linguaggio jheringhiano) il punto di 'emersione' storica nel diritto civile, ossia nel diritto dove più che in altri àmbiti si stringono ed intrecciano rapporti fra soggetti "posti su un piano di reciproca parità". Le 'categorie civilistiche' – si è già accennato – sono categorie generali dell'interpretazione, la quale vede in ogni fenomeno dell'intendere l'ardua dialettica fra oggettività del

³ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 41-42.

testo e soggettività dell'interprete. I criteri metodici attengono all'uno o all'altro profilo: all'*oggetto interpretato* e al *soggetto interpretante*⁴.

Sta per primo quello che Betti denomina '*canone dell'autonomia ermeneutica o canone dell'immanenza del criterio ermeneutico*', tratto da un passo di Giuvenzio Celso, dove si enuncia il criterio di superiorità interpretativa della '*vis ac potestas*' rispetto ai nudi '*verba*': interiorità di significato che è da scoprire entro la forma rappresentativa. Betti richiama anche il ditterio "*sensus non est inferendus, sed efferendus*". La forma rappresentativa, che ci è dinanzi, risponde ad un'interiore legge di coerenza e razionalità, sicché il significato deve esserne ricavato ed estratto, e non introdotto dall'esterno in modo obliquo e surrettizio. L'oggettività va rispettata in sé, e non utilizzata e piegata a scopi esterni e arbitrari⁵.

Viene poi il '*canone della totalità e coerenza*', anch'esso consegnato a un testo antico e celebre del giurista Celso: "*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere*". È il circolo di reciprocità ermeneutica, che poi sarà affermato con singolare energia da Federico Schleiermacher. Il tutto e la parte, la legge e il singolo articolo, il contratto e le varie clausole, si implicano e richiamano nel '*circolo di reciprocità ermeneutica*': l'intero non può intendersi senza il significato degli elementi, né questi fuori dall'intero in cui confluiscono e si dispongono⁶.

4. Governa l'altro termine della dialettica interpretativa – cioè il soggetto interpretante – il '*canone dell'attualità dell'intendere*', per cui la forma rappresentativa, proveniente dal passato, è da noi rivissuta, risolta nel nostro animo, trasposta all'interno della nostra spiritualità. L'intendere sorge da un *interesse dell'oggi*, che immerge il passato nella concreta e determinata storicità dell'interprete. Le categorie mentali del soggetto non alterano l'autonomia dell'oggetto, ma recano un essenziale e insopprimibile contributo al processo interpretativo: "Solo così – osserva Betti – si spiega la mutevole vicenda storica delle concezioni interpretative di un medesimo oggetto"⁷.

Quarto ed ultimo è ancora un criterio attinente al soggetto, e da Betti denominato "*canone dell'adeguazione dell'intendere o canone della corrispondenza o consonanza ermeneutica*", "per cui l'interprete deve sforzarsi

⁴E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 44.

⁵E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 45.

⁶E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 47.

⁷E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 54.

di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e armonia con l'incitamento che – secondo la calzante immagine di Humboldt – gli perviene dall'oggetto, per modo che l'una e l'altro vibrino in perfetto unisono”⁸. Si tratta, non tanto di un canone, che si aggiunga e sommi agli altri, quanto d'un atteggiamento spirituale, che tutti li raccoglie ed esprime. Adeguarsi e consonare significa spogliarsi di pregiudizî e abiti mentali, un aprirsi libero e franco all'alterità, una sorta di 'abnegazione di sé' entro la forma rappresentativa, da cui ci giunge l'appello dell'intendere.

5. La prolusione del Betti, enunciate e definite le quattro categorie metodologiche, si allarga ad altri problemi e confluisce nel disegno di quella *Teoria generale dell'interpretazione*, che vedrà luce nel 1955.

Qui, offrendo un contributo al convegno parigino, più ci preme di accompagnare nel tempo la sorte di quella eredità romanistica. Un'eredità, che Betti raccoglie e ordina in una *dottrina metodologica dell'interpretazione*, cioè in una prescrizione di canoni, capaci, da un lato, di conciliare le discordi esigenze di oggettività e soggettività, e, dall'altro, di rendere controllabili i risultati interpretativi. Poiché la comprensione del testo deriva dall'esercizio di canoni, dal corretto impiego di un metodo, ben potremo sottoporre i risultati ad un *controllo di esattezza e di precisione applicativa*.

Su questo terreno si apre la disputa tra Betti e Hans Georg Gadamer: disputa, che ha, per così dire, recato nell'orizzonte europeo l'eredità romanistica, quale raccolta e definita dallo studioso italiano. Per Betti – come si è appena visto –, il problema ermeneutico si risolve in una *relazione conoscitiva fra soggetto e oggetto*, l'uno all'altro estranei: il comprendere è il risultato dell'interpretare.

Gadamer muove dalla tesi di Heidegger, secondo cui la comprensione è il “modo fondamentale dell'essere dell'Esserci (*Dasein*)”: *modo di essere, e non modo di conoscere*. Alla concezione conoscitivo-metodologica dell'interpretare si contrappone una concezione ontologico-esistenziale. Nel famoso § 32 di *Sein und Zeit* (*Essere e tempo*), Heidegger oltrepassa la relazione conoscitiva tra soggetto e oggetto: “L'interpretazione – scrive il filosofo tedesco⁹ – non è mai l'apprendimento neutrale di qualcosa di dato. Allorché quella particolare forma di interpretazione che è l'esegesi dei testi fa volentieri appello al «dato immediato», in realtà il «dato immediato» è

⁸ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* cit., 56.

⁹ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it. P. Chiodi, nuova edizione a cura di F. Volpi, Milano 2005, 186.

null'altro che la ovvia e indiscussa assunzione dell'interpretare, assunzione necessariamente implicita in ogni procedimento interpretativo come ciò che è già «posto» a base di ogni interpretazione nel senso della predisponibilità, della pre-veggenza e della precognizione”.

Il comprendere non si esaurisce in un procedimento o in un metodo, ma include un dato esistenziale, una ‘comprensione originaria’, che designa il modo d’essere dell’interprete. Soggetto e oggetto, interprete e testo, non stanno l’uno estraneo all’altro, ma si co-appartengono in un’esistenziale ‘fusione di orizzonti’. “L’interpretazione – avverte Heidegger¹⁰ – che è promotrice di nuova comprensione, deve aver già compreso l’interpretando”.

Bene ha avvertito, con acutezza d’immagini, un filosofo dei nostri tempi, Gianni Vattimo (già allievo di Gadamer e traduttore di ‘*Verità e metodo*’ in lingua italiana), che “l’atto interpretativo vive proprio nello ‘spazio’ tra la familiarità e l’estraneità”¹¹: dove *familiarità* indica la co-appartenenza esistenziale di soggetto e oggetto; ed *estraneità*, il porsi di fronte l’uno all’altro in quella relazione conoscitiva, che Betti assume a fondamento e vuole governata da canoni ineludibili.

6. Che ne è delle fonti romanistiche, raccolte da Betti quasi in eredità intellettuale? che, degli incisivi passi di Celso, su cui sono costruiti i canoni metodologici?

Quanto al canone dell’*autonomia dell’oggetto* (consegnato allo ‘*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*’), può ben dirsi che esso attraversi indenne, o pressoché indenne, la disputa filosofica. Nessuno dubita che i ‘*verba*’ siano la porta d’ingresso, il passaggio necessario, per giungere al significato del testo.

Lo stesso Gadamer, venendo a discorrere dell’interpretazione giuridica, si dà cura di precisare che il giudice “è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica”, e che “ogni avvocato ha in linea di principio la possibilità di giudicare secondo giustizia, cioè di prevedere correttamente la decisione del giudice sulla base delle leggi esistenti”¹². Possibilità di previsione, ossia di calcolabilità giuridica, che esige il ritrovarsi e riconoscersi di tutti, giudici e parti e comuni cittadini, nei ‘*verba*’, i quali custodiscono e discoprono la ‘*vim ac potestatem*’ della legge.

¹⁰ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* cit., 188.

¹¹ G. VATTIMO, *Introduzione* a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Milano 1983, xix.

¹² H.G. GADAMER, *Verità* cit., 382.

Ed anche in una limpida pagina di Paul Ricoeur può leggersi: “Chiamo simbolo ogni struttura di significazioni in cui un senso diretto, primario, letterale, designa per sovrappiù un altro senso indiretto, secondario, figurato, che può essere appreso soltanto attraverso il primo ...”. Ed ancora: “l’interpretazione è il lavoro mentale che consiste nel decifrare il senso nascosto nel senso apparente, nel dispiegare i livelli di significazione impliciti nella significazione letterale”¹³.

La significazione letterale non esaurisce il compito dell’interprete, poiché essa include altri ‘*niveaux de signification*’, che vanno resi espliciti e manifesti. Significato letterale è il *tenere verba* di Celso, il possedere il senso primario delle parole, attraverso il quale si giunge allo ‘*scire leges*’. I ‘*verba*’ non bastano, ma debbono essere necessariamente *attraversati*.

7. L’altro, e più celebre, testo di Celso – *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere* – rimane un punto fermo di ogni teoria dell’interpretazione. Il ‘*cerchio ermeneutico*’, ossia il reciproco connettersi e richiamarsi delle parti e del tutto, della ‘*particula*’ e della ‘*tota lex*’ non è eludibile. La ‘*particula*’ è la piccola parte di un tutto, il quale va ‘*perspectum*’, ossia, non soltanto esaminato e considerato, ma attraversato con lo sguardo e visto nel di dentro. Illuminante è l’antitesi, o piuttosto il giuoco linguistico, fra il *per* di ‘*perspicere*’ e il *pro* di ‘*proponere*’: dove il primo indica il veder dentro, e l’altro il metter dinanzi, come di qualcosa che viene strappato e isolato. Ma l’antico ditterio è, anch’esso, oggetto di interpretazione. Dal Betti, e dagli altri ‘*metodologisti*’, è inteso come modo di accedere all’oggetto, come necessità per l’interprete di cogliere il nesso fra le parti costitutive di un testo, che sta dinanzi a lui; ed invece, da Heidegger e da Gadamer, come co-appartenenza di soggetto e oggetto all’interno di una stessa tradizione, come ‘*fusione di orizzonti*’ fra interprete ed ‘*appello*’ che proviene dal testo, come rinvio vicendevole tra compreso e pre-compreso. Il cerchio ermeneutico abbraccia colui che comprende e ciò che egli comprende.

Diversità di letture filosofiche, che mai mettono in questione la reciprocità ermeneutica *interna al testo*, ma si dividono nel considerarla come canone metodologico o come esperienza esistenziale.

8. I due canoni romanistici passano in eredità dall’antico diritto al moderno, e dall’ambito strettamente giuridico al dibattito filosofico, poiché

¹³ P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, trad. it., Milano 1977, 26.

toccano, con la sobria e nuda incisività della lingua latina, aspetti propri della tradizione occidentale: il costituirsi di ogni convivenza, di ogni regime politico, mercé il *linguaggio*, per il cui tramite gli uomini s'intendono, si riconoscono, si ritrovano; il senso del *circolo di reciprocità*, ossia di una totalità significativa, che è sempre apparizione di linguaggio, dove il tutto e le parti, l'intero e gli elementi, rinviano l'uno all'altro, e così si fanno insieme comprensibili e comunicabili. 'Verba' sono l'intero mondo umano, e, in particolare, il mondo del diritto, dove tutto si compie attraverso la parola: parola, detta o scritta, della legge o del giudice¹⁴. Ma il testo delle parole *va attraversato*, guardato dentro la sua interezza espressiva, in modo da giungere a quello che Paul Ricoeur denomina, con elegante efficacia, le '*sens caché*', e che Dante Alighieri, in un celebre luogo del *Convivio*, chiama la '*ascosa veritate*': forse l'unica verità che agli uomini è dato di attingere.

¹⁴N. IRTI, *I cancelli delle parole*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57 sgg.

CATEGORIE GIURIDICHE E POSTMODERNITÀ

Enrico del Prato

1. La globalizzazione riconosce ed accentua la vocazione del diritto privato alla generalità, come strumento uniforme di gestione dei rapporti. Ma il fenomeno non è di oggi. Basti ricordare un contributo di Filippo Vassalli, una relazione tenuta nel 1950 a Buenos Aires, dal titolo evocativo: *Extrastatualità del diritto civile*. Ciò vuole esprimere che le categorie del diritto civile, non solo in un senso sistematico e forse dommatico, ma anche in una prospettiva applicativa e pratica – da quelle legate alla persona umana a quelle, più tecniche, del diritto delle obbligazioni e del diritto degli enti privati – costituiscono un insieme di fenomeni che concorrono a creare una rete uniforme di strumenti impiegabili da tutti.

Questa constatazione fa emergere l'interrogativo sul senso delle 'categorie' nel diritto privato, dimensionato nella postmodernità: un interrogativo che, probabilmente, va al nocciolo del modo di intendere l'esperienza giuridica e di affrontare le molte questioni che essa pone. La globalità impone di ragionare cercando di cogliere ed istituire assonanze piuttosto che demarcazioni, nella consapevolezza che il diritto è per l'uomo, e perciò il suo primo fondamento è antropologico. Il diritto come pura forma, come veicolo vuoto idoneo ad essere riempito di qualsiasi contenuto purché siano rispettati i procedimenti che presiedono alla sua formazione, è un fenomeno insufficiente, inadatto ad alimentare i bisogni della società. Un diritto esprime degnamente la sua funzione quando rivela, in ogni espressione e ad ogni livello, valori antropologicamente apprezzabili.

Alla questione delle 'categorie' è collegata l'esigenza di intendersi. Nel significato epistemologico la categoria vuol significare uno strumento ordinante dell'esperienza, che caratterizza una figura nella struttura e nella funzione. Ma essa può anche avere un senso meno impegnativo, di argomento al centro dell'attenzione, un senso che tende a sopravanzare correla-

tivamente all'idea che le categorie classiche del pensiero giuridico siano invecchiate.

La percezione della 'liquidità' dell'attuale esperienza agevola l'impressione di qualche inadeguatezza delle categorie ordinanti. Ma così come sarebbe insufficiente sottrarsi alla necessità di plasmare le categorie esistenti alle esigenze nuove, sarebbe errato gettare le collaudate lenti di osservazione della realtà.

Nelle lenti del giurista non si sostanziano solo le categorie del pensiero giuridico, ma anche quelle del legislatore, le categorie normative. Sebbene possa sembrare strano contrapporre le categorie del diritto a quelle normative, la distinzione si spiega perché il redattore di una norma può prescindere, spesso inconsapevolmente, dalle categorie date, impiegandole in modo anomalo. Ciò non costituirebbe un problema se si trattasse di scelte ponderate: ma spesso non è così. La commistione di categorie e significati è connaturata alla dimensione sovranazionale della legislazione in ambito europeo: si tratta di un moto insito nell'integrazione, che è necessario considerare per una adeguata comprensione dei fenomeni. Possiamo, dunque, dire che la tassonomia delle figure che formano lo strumentario del giurista è in movimento e delinea un quadro in cui non è agevole fissare punti fermi.

Ma stabilire i limiti e i modi in cui la realtà sociale entra nella dimensione giuridica è il primo passo del diritto, sicché delineare categorie, come utensili del giurista, è stato e sarà sempre necessario. Il punto è che le categorie non sono un *a priori* del diritto, dati precostituiti: esse vanno ricavate induttivamente dall'analisi dell'esperienza.

2. La postmodernità tende all'archiviazione dell'era dei codici. Così come l'era delle codificazioni ha rappresentato l'integrale statualizzazione del diritto, il periodo postmoderno volge al suo superamento ed avvia un cammino in cui la globalizzazione economica potrà divenire globalizzazione giuridica.

Il diritto, però, da sempre affidato al linguaggio, nel pieno positivismo dell'era moderna, è dato dalle leggi. L'esperienza giuridica si frammenta nei singoli ordinamenti legislativi ed è ordinata secondo categorie concettuali che sono espressione di una lingua e del modo di pensare che la caratterizza.

Questo limite, connaturato al diritto, lo demarca dalle scienze che operano mediante giudizi di fatto, e alimenta un senso di insufficienza nell'operare del giurista perché il diritto è frazionato e riflesso in tante, diverse, dimensioni locali. Se, però, si volge lo sguardo oltre il singolo dato normativo e si mettono a fuoco gli interessi, si nota che ogni singola esperienza giuridica registra significative chiusure quando vengono in considerazione interessi legati all'etnologia ed alle tradizioni, come nel caso della struttura

della famiglia e del diritto successorio, mentre vi è una naturale tendenza a soluzioni omogenee, con l'eccezione di qualche sistema giuridico rudimentale, quando entrano in gioco i diritti fondamentali.

L'era dei diritti fondamentali segna un passo decisivo sul piano globale, ed al contempo pone il diritto civile al centro della fenomenologia giuridica: sebbene i diritti fondamentali siano per lo più disciplinati, nei vari sistemi, al livello costituzionale, essi rappresentano un segmento della normativa legato alla persona umana, che appartiene, perciò, al diritto civile, senza, naturalmente, voler con ciò tracciare confini tra le varie discipline di studio del diritto, data l'unità dell'esperienza giuridica.

L'antropologia è la premessa e l'asse portante dell'analisi giuridica. Essa ci aiuta a comprendere che il diritto privato ha una funzione omogenea perché serve a risolvere gli stessi problemi ovunque. Da qui l'esigenza di rintracciare assonanze ed attutire le diversità. Pensiamo al decalogo di Mosé: esso rende giuridiche anche regole antropologiche, poi ribadite, sostanzialmente, in tutti i sistemi e nei vari settori in cui essi si articolano.

La vocazione generale del diritto privato si coniuga con la globalizzazione alimentata dall'avvento di internet. Qualche esempio: l'indirizzo della persona si è scollegato dal luogo in cui essa risiede o è domiciliata; le 'comunità' di persone non sono più legate alla fisicità del luogo di incontro, ma si trovano in una nuova dimensione.

La storia del diritto ci trasmette e ci aiuta a comprendere tanti fenomeni, ma ci fa anche rendere conto del loro tramonto e ci può indicare quando sia giunto il momento di leggere in un'ottica diversa l'eredità ricevuta. Sarebbe oggi inappropriato pensare al diritto europeo come ad una riespressione del diritto comune; però la riflessione sul modo di edificare l'esperienza giuridica ci suggerisce di privilegiare un metodo induttivo, che muova dalla consapevolezza dell'effettività, e pertanto legga la fenomenologia giuridica non solo nella dimensione della legge e delle codificazioni, ma con la propensione ad una sistematica che tenda al superamento delle diversità.

Uno studio sui fondamenti del diritto privato e sulle categorie che ne derivano ci porta in questa direzione. Ma il problema di fondo – da valutare oggi con molta attenzione – è di stabilire i criteri con cui pervenire al superamento delle diversità e ad una omogeneizzazione del diritto privato. Non ci si può nascondere che il diritto scaturisce da rapporti di forza: e tuttavia un diritto degno di questo nome deve esprimere una assiologia, non può ridursi a ratificare gli effetti della forza.

Ma anche l'assiologia, in qualche misura, esprime rapporti di forza, giacché l'espressione di valori può derivare dalla prevaricazione dei popoli e delle parti sociali più floridi e meglio organizzati. Il più forte è in grado

di imporsi agli altri anche nella formazione dei valori e, più sottilmente, nell'alimentazione dei bisogni. Questa capacità, storicamente collaudata ed ancora oggi tutt'altro che sedata, non è scalfita, ma, piuttosto, accentuata dalla globalizzazione se si accede all'inquietante idea che la legge del mercato possa rappresentare una nuova costituzione materiale, che le leggi in senso formale si limitano a registrare con interventi 'di facciata'.

3. Un altro argomento di riflessione è costituito dal legame tra struttura linguistica e formazione del pensiero. Qui l'insufficienza del diritto a cui accennavo prima è accentuata dalla constatazione che le lingue incidono sulle categorie del pensiero. Non sono in condizione di dire se sia la lingua a condizionare il pensiero o sia il modo di ragionare a determinare la struttura di una determinata lingua. Ma il punto è che la struttura linguistica incide sulla percezione verbale della realtà, sicché la stessa fissazione di un'idea, in determinati contesti, può subire adattamenti sino al rischio dello snaturamento.

L'analisi del linguaggio riferita al diritto – su cui si registrano contributi, anche significativi, nella nostra dottrina – deve, perciò, coordinarsi con i problemi pratici generati dall'illustrazione verbale quando la si trasponga in esperienze diverse, per operare gli adattamenti resi necessari dalle diverse costruzioni del pensiero proprie di ciascun linguaggio, senza tuttavia alterare il senso originario delle espressioni.

Dunque l'analisi giuridica del linguaggio dovrebbe superare le singole esperienze linguistiche per ricercare categorie omogenee racchiuse in espressioni convenzionalmente condivise.

Anche la lingua, così come il diritto, non è un *a priori* della realtà, benché ne condizioni la narrazione e ne plasmi la valutazione: per questo essa non può ridursi ad una gabbia entro cui fissare le categorie giuridiche, perché il diritto rispecchia i bisogni umani, che, nella loro consistenza elementare, sono ovunque gli stessi, pur nella diversità delle tradizioni.

L'esempio della logica 'proprietaria', intesa come impiego del diritto di proprietà quale unica misura della percezione giuridica degli interessi privati, ci consente di percepire appieno quest'ordine di problemi.

4. Società 'liquida' e superamento delle categorie giuridiche non di rado generano discussioni alla rinfusa. Una riflessione tendente a fissare alcuni punti, sia pure in modo aperto, deve cercare una saldatura tra simbologia e morfologia, cioè tra dati normativi e dati fattuali.

La realtà spesso travalica i limiti legislativi, eppure compie creazioni rilevanti per il diritto. Penso alla persona giuridica, al valore qualificante che ha assunto attraverso i secoli come centro di imputazione di rapporti giuridici

ed al suo declino quando, nella statualizzazione del diritto, la persona giuridica è divenuta una struttura rigida e soggetta a controlli. L'ente non personificato, scoperto come realtà generata dall'autonomia, dacché doveva restare un fenomeno marginale ed in ombra, è divenuto a tutti gli effetti un centro di imputazione dei rapporti così come la persona giuridica.

Ma il dato normativo non è stato in grado di cogliere appieno questo fenomeno, rivelando le sue insufficienze, di modo che, ogni qual volta una disposizione si riferisce alle persone giuridiche senza tener conto di ciò che è esclusivo della personalità – come, talvolta, l'autonomia patrimoniale perfetta –, essa deve considerarsi rivolta anche agli enti privi di riconoscimento. Se si cerca di cogliere la realtà oltre il vestito normativo, ci si può avvedere che la stessa fondazione non è che amministrazione di beni funzionale ad uno scopo e non di rado le piccole e anche medie società si riducono a meri soggetti interposti di chi agisce, gestiti come cespiti patrimoniali.

Nel rapporto tra bene e contratto l'economia finanziaria ci fa assistere ad una sorta di 'benizzazione' del contratto là dove si ammette la possibilità di rendere quest'ultimo autore di una partenogenesi di utilità: il contratto diviene una sorta di oggetto di se stesso che funge da leva per generare utilità apprezzabili solo nella prospettiva finanziaria. Questi fenomeni ci devono indurre a riflettere sulla struttura del contratto. Se è vero che la 'causa' registra, a livello di programmazione normativa transnazionale e internazionale, un sensibile declino, non si può negare che uno strumento di controllo, sia pure rudimentale, un mezzo per la moralizzazione dei contratti, può essere attinto da un impiego saggio della causa stessa, che resta pur sempre un fenomeno *in itinere* e si presta ad un'analisi di tipo casistico e induttivo.

Con questo non intendo esaltare l'importanza della causa, ma credo che renderla oggetto di accanimento demolitorio sia un eccessivo e inutile dispendio di energie. Lo conferma la recente riforma francese del diritto delle obbligazioni, in cui la causa, formalmente scomparsa, riaffiora come criterio di soluzione di alcuni problemi.

5. La lettura dei contributi privatistici che i giureconsulti romani ci hanno trasmesso col Digesto ci fa comprendere come quei giuristi non tendessero alla creazione di categorie del pensiero giuridico, ma alla soluzione di problemi concreti mediante un'analisi topica e alla costruzione di una fenomenologia, concorrendo così a creare quel superbo sistema.

Dallo studio del diritto romano, nel suo sviluppo topico che la moderna dottrina romanistica ci ha consentito di apprezzare, ricaviamo che le categorie del pensiero giuridico non sono dogmi, scatole concettuali e tanto meno terminologiche, ma il frutto di una ricerca concreta e induttiva.

I

*RISCRIVERE LA STORIA DEL DIRITTO
EUROPEO CON I GIURISTI ROMANI*

MARGINALIA.
I GIURISTI ROMANI NELL'APPARATO
DELLA RÉPUBLIQUE DI BODIN (1576-1586)

Diego Quaglioni

La natura e la funzione degli apparati presenti nei margini delle opere principali del pensiero giuridico moderno non sono mai state veramente considerate dalla storiografia giuridica come soggetti autonomi di ricerca. Un vecchio pregiudizio ha allontanato gli storici da questa spessa tessitura di allegazioni apposte ai margini di opere che costituiscono il punto d'approdo della tradizione giuridica post-medievale. Non esiste molto probabilmente storico che non abbia mai provato istintivamente un senso di costernazione o di diffidenza davanti a quel che a prima vista sembra essere null'altro che una selva inestricabile di *auctoritates*, destinata ad appesantire inutilmente la lettura dei classici della letteratura giuridica della prima modernità, si tratti di Bodin o di Althusius o di Grozio¹.

Si può ricordare il fastidio del secolo XVIII per la complessità dei procedimenti logici della vecchia *civilis sapientia*. «Grotius – scriveva Voltaire nel *Premier entretien, sur Hobbes, Grotius et Montesquieu* del suo *A. B. C.* – m'a souvent ennuyé, mais il est très savant: il semble aimer la raison et la vertu, mais la raison et la vertu touchent peu quand elles ennuient: il me paraît de plus qu'il est quelquefois un fort mauvais raisonneur [...]. En un mot, Grotius est un franc pédant [...]. Citer les pensées des vieux auteurs

¹ Vorrei rivolgere qui un ringraziamento ai miei amici e colleghi Oliviero Diliberto e Aldo Schiavone, ai quali devo l'onore e il piacere di questo intervento al Colloquio di Parigi. Per una discussione più approfondita sugli autori qui evocati, mi permetto di rinviare al mio libro *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*. Préface et traduction de l'italien par M.-D. Couzinet, Paris 2003.

qui ont dit le pour et le contre, ce n'est pas penser [...]. Le pédantisme et la justesse de l'esprit sont incompatibles»².

Coloro che desiderino andare al di là della superficie delle grandi opere del pensiero giuridico occidentale della modernità non possono affatto evitare di trovarsi alle prese con un tale «pédantisme». Posti a confronto con la forma abituale dell'*argumentum ex auctoritate* della tradizione scolastica, vale a dire con la semplice allegazione delle diverse *sedes materiae*, i riferimenti presenti nelle opere maggiori della dottrina giuridica del XVI e del XVII secolo hanno la caratteristica di essere relegati ai margini del testo: si tratta appunto di *marginalia*. Ed è appunto il titolo che ho voluto dare a questo contributo, per antifrasi, dal momento che quegli apparati non sono “marginali” che da un punto di vista tipografico. Essi svolgono invece una funzione strutturale nella costruzione di un testo dottrinale, giacché costituiscono non soltanto la testimonianza della difficoltà degli autori del XVI e XVII secolo di distaccarsi dallo stile e dai contenuti della tradizione giuridica post-medievale, ma sono soprattutto delle vere e proprie impalcature esterne, delle strutture di sostegno che circondano il testo allo stesso modo con cui la Glossa contornava il testo delle autorità normative romane. E inoltre, e più di ogni altra cosa, essi mostrano la qualità delle appropriazioni della fonte romana³.

È grazie allo studio degli apparati marginali che si possono spesso scoprire gli orientamenti profondi e le scelte principali di un autore. L'esempio che porto non è stato scelto a caso. La *République* di Bodin è l'opera di un giurista dotto, passato, come molti altri al suo tempo, dalle università ai grandi tribunali, nel suo caso come avvocato nel Parlamento di Parigi⁴. «Bodin est surtout un juriste, un avocat, c'est-à-dire un praticien du droit, qui a été mêlé à la vie publique et diplomatique», secondo il giudizio di

² L'A.B.C. *Dialogue curieux traduit de l'Anglais de M. Huet*, in VOLTAIRE, *Dialogues et anecdotes philosophiques*, a cura di R. Naves, Paris 1955, 253-255. Vedi P. GAY, *Voltaire Politics. The Poet as a Realist*, Princeton 1959, 235, e F. SCHALK, *Zu Voltaires kritischen und satirischen Schriften*, in *Voltaire*, a cura di H. Baader, Darmstadt 1980, 361-381: 364.

³ Per gli studi sulle fonti di Bodin in generale e sulle fonti giuridiche romane in particolare, vedi M.-D. COUZINET, *Jean Bodin*, Paris 2001 («Bibliographie des Ecrivains Français», 23) 129-141. Io ho lavorato sui *marginalia* di Bodin durante la mia collaborazione all'edizione annotata e commentata della *République*, dove si può trovare un esaustivo apparato esplicativo intorno alle note d'autore: vedi *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I (Libri I-II), a cura di M. Isnardi Parente, Torino 1964; II (Libri III-IV), a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino 1988; III (Libri V-VI), a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino 1997; e cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992.

⁴ Per gli studi biografici su Bodin vedi ancora M.-D. COUZINET, *Jean Bodin* cit., 60-70.

Michel Reulos⁵, ma che non ha mai dimenticato la sua formazione giuridica di romanista a Tolosa, in un ambiente culturale già impregnato dall'umanesimo giuridico alla vigilia delle grandi trasformazioni della società e delle istituzioni politiche in Francia. È a Tolosa che egli concepisce le sue prime opere di diritto pubblico, a partire da un trattato *De imperio*, sfortunatamente perduto, e dal *De in Republica instituenda iuventute*, un discorso sulla pubblica educazione; ed è senza dubbio a Tolosa che bisogna ricercare la fonte delle riflessioni destinate a scaturire nel 1566 nella *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, dove egli espone il suo metodo giuridico a base storico-comparativa, che oggi apprezziamo nella interpretazione datane da Marie-Dominique Couzinet⁶.

Si tratta del metodo impiegato anche nell'opera maggiore di Bodin, *Les six livres de la République*, pubblicata in francese nel 1576 e in latino nel 1586: un amplissimo trattato nel quale Bodin cerca di dare per la prima volta una descrizione dell'organizzazione giuridica dello Stato e dei suoi poteri⁷. «Bodin remonte systématiquement aux sources, et utilise sa rare érudition et notamment sa connaissance approfondie du droit romain [...]: il ne s'agit aucunement d'un simple étalage d'érudition par une accumulation de références d'«auctoritates», mais de la volonté d'appuyer des opinions et des constatations de preuves certaines que le droit peut fournir, grâce aux textes des autorités publiques, aux décisions judiciaires d'autorités impartiales et non suspectes, aux textes des auteurs après éventuellement [la] critique de leur témoignage»⁸.

Fortunatamente siamo ormai lontani dal tempo in cui Ralph Giesey si lamentava, parlando della *République* di Bodin, sostenendo che si tratta di un'opera più citata che letta, aggiungendo che coloro che l'hanno letta in-

⁵ M. REULOS, *Les sources juridiques de Bodin: textes, auteurs, pratique*, in Jean Bodin. *Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München – Proceedings of the International Conference on Bodin in Munich – Actes du colloque international Jean Bodin à Munich*, a cura di H. Denzer, München 1970, 187-194: 187.

⁶ M.-D. COUZINET, *Histoire et méthode à la Renaissance. Une lecture de la Methodus ad facilem historiarum cognitionem de Jean Bodin*. Préface de C. Vasoli, Paris 1996.

⁷ La bibliografia sulla *République* di Bodin è immensa. Vedi ancora M.-D. COUZINET, *Jean Bodin cit.*, 181-248. Per le edizioni e traduzioni antiche, vedi R. CRAHAY – M.-TH. ISAAC – M.-TH. LENGIER, *Bibliographie critique des éditions anciennes de Jean Bodin*, avec la collaboration de R. PLISNIER. Préface de V.I. COMPARATO, Bruxelles 1992, 91-181; vedi anche D. QUAGLIONI, *Bodin, The Six Books of Commonwealth*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture – 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Eds. S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels, In collaboration with N. Seriu, Switzerland 2017 («Studies in the History of Law and Justice», 7) 126-129.

⁸ M. REULOS, *Les sources juridiques de Bodin: textes, auteurs, pratique cit.*, 187-188.

teramente o in parte, non hanno probabilmente che un vago ricordo dell'esistenza di un ampio apparato marginale⁹. Anche l'insieme delle dotte annotazioni apposte nei margini dei capitoli più celebri della *République*, vale a dire i capitoli sulla sovranità (I, 8 et 10), egli diceva, «is prone to be neglected», giacché spesso, anche coloro che sono capaci di identificare e d'interpretare i rimandi di natura tecnica, non giungono affatto a sbarazzarsi interamente del pregiudizio che un tale apparato sia una semplice manifestazione di pedanteria, «used either ostentatiously to support the obvious or deceptively to camouflage the untenable»¹⁰.

Beninteso, e per usare ancora una volta le parole di Michel Reulos, «Bodin cite de nombreux textes: tout d'abord les lois du Digeste et les constitutions du Code de Justinien; les citations sont faites de la façon courante [...], c'est-à-dire par la loi, le titre et le livre», ma «les soucis critiques ne sont pas absents»¹¹, benché egli sia del tutto distante dagli orientamenti del suo contemporaneo Cujas, al quale preferisce Du Moulin come un modello di scienza giuridica nella quale si mescolano erudizione e pratica.

Il lessico di Bodin è senza dubbio quello del diritto pubblico romano, non soltanto nel testo latino, ma anche nel testo francese. E benché i margini della *République* trabocchino di riferimenti alla giurisprudenza di diritto comune o al diritto consuetudinario francese, la tendenza a preferire le fonti romane e in particolare il Digesto è evidente, perché, come egli stesso dice nell'epistola dedicatoria dell'edizione latina della *République*, «Romani pene soli ex omnibus populis naturæ patrioque amoris iura maiestatis ac Reipublicæ prætulerunt»¹², i Romani furono pressoché i soli fra tutti i popoli a preferire i diritti di sovranità e dello Stato all'amore naturale e paterno. La sua formazione umanistica gli impedisce di cedere alle istanze conciliatrici della tradizione esegetica medievale e gli ispira una co-

⁹R. GIESEY, *Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Sovereignty*, in Jean Bodin. *Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München* cit., 167-186: 167: «To the dictum that Jean Bodin's *République* is a work more read about than read, I would like to add the following codicil by way of a general theme for the present essay: those who have read the work have read only the text. Anyone who has perused a significant portion of the French or Latin versions of the *République* might recall vaguely the existence of some marginal apparatus, but surely he would be surprised to be told that in some chapters one-third of the margin is filled with notes. Readers of Knolles' English translation will be almost totally ignorant of the marginalia, since all but a handful of the marginal notes were suppressed there».

¹⁰*Ibidem*.

¹¹M. REULOS, *Les sources juridiques de Bodin: textes, auteurs, pratique* cit., 188.

¹²Io. Bodinus *Vido Fabro Curiae Parisiorum Praesidi*, in IO. BODINI *De Republica libri sex, Latine ab Autore redditi multo quam antea locupletiores*, Francofurti, J. Wechel 1591, p. n.n.

stante attitudine critica, di natura storicizzante. Molto spesso egli preferisce citare direttamente gli autori dei frammenti del Digesto, nel tentativo di sottolineare la loro personalità scientifica o la loro individualità in rapporto alle correnti dottrinali del loro tempo¹³.

Tra i giuristi ai quali egli si rivolge costantemente nella sua opera, oltre a Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino (i cinque giureconsulti della “legge delle citazioni”) ci sono anche Celso, Salvio Giuliano, Giavoleno, Labeone, Marciano, Fiorentino, Proculo e Pomponio. Tuttavia il giurista romano che occupa il primo posto nella *République* è senza dubbio Ulpiano¹⁴. Si può dire che sia principalmente con Bodin che assistiamo a una sorta di rinascita del pensiero di Ulpiano durante il secolo XVI, sia per quel che riguarda il motivo giusnaturalistico dell'identità tra diritto, giustizia ed equità, sia per quel che concerne la concezione del potere del *princeps*¹⁵. Si può trovare dappertutto, nella *République* e nel suo rifacimento latino, *De Republica*, una grande quantità di allegazioni dei frammenti di Ulpiano e anche qualche decina di citazioni dirette del nome del giurista romano, a torto o a ragione, giacché spesso Ulpiano è citato erroneamente in luogo di Paolo (per esempio in *De Republica*, III, 6: «*nam extra territorium, inquit Vlpianus, impune ius dicenti non paretur*», a proposito di D. 2.1.20 e D. 1.18.3; ancora in *De Republica*, III, 8: «*Vlpian. lib. 2. institut. c. 2.*», a proposito degli *statuliberi* in D. 40.7.1; e sempre nello stesso luogo, a proposito di D. 21.1.44.1: «*quodque ad lucra turpia, vt Vlpianus scribit, proniores sunt*»)¹⁶, o è ricordato in luogo di Cassio Longino citato da Marcello (per esempio in *République*, VI, 1 a proposito di D. 1.9.2, della censura e di coloro dei quali «*Vlpian dit, qu'il pense qu'il ne sont pas receuables en tesmoignage*»)¹⁷, o è citato ancora al posto di Marciano (per esem-

¹³ Sull'umanesimo giuridico di Bodin si veda un tentativo di sintesi in D. QUAGLIONI, *Bodin, Jean*, in *Dictionnaire historique des juristes français, XIIIe – XXe siècle*. Sous la direction de P. Arabeyre, J. Halpérin, J. Krynen, Paris 2007, 92-94.

¹⁴ Si veda l'Indice dei nomi in *I Sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, III, a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, cit., 700.

¹⁵ Si vedano le pagine magistrali dedicate a Ulpiano in A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 361-399, in particolare 373 (Nuova edizione, Torino 2017, 399-441, in particolare 412).

¹⁶ IO. BODINI *De Republica libri sex, Latine ab Autore redditi multo quam antea locupletiores* cit., 501, 546 et 561 (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, II, cit., 227, note e e 54; p. 294, note a e 7; p. 320, note c e 70).

¹⁷ *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN. *Ensemble une Apologie de Rene Herpin*, A Paris, Chez Jacques du Puis, libraire iuré, à la Samaritaine, 1583, 851 (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, III, cit., 325, note a e 94).

pio in *De Republica*, VI, 2, a proposito di D. 39.4.16.7: «ab Ulpiano»¹⁸. In altri passaggi Bodin cita invece Marcello o Labeone senza ricordare che egli trovava quei riferimenti presso Ulpiano (per esempio in *De Republica*, VI, 4 e in *République*, VI, 6, a proposito di D. 12.5.4.3 e di D. 4.3.11)¹⁹. Si tratta, beninteso, di citazioni mnemoniche, ma se non mi sbaglio esse mostrano una tendenza a fare un uso assai largo dell'autorità di Ulpiano, fino a fare di lui molto spesso una sorta di personificazione della legge romana (in luogo di «la loy» leggiamo di frequente: «Ulpianus», «Ulpian») ²⁰.

Si tratta di una vera messe di riferimenti, che mostra in Bodin una preoccupazione generalizzata per un complesso di problemi che riguardano la storia legata alla nascita del giusnaturalismo («nella linea Cicerone-Labeone-Gaio-Ulpiano», per usare le parole di Aldo Schiavone)²¹. Si può dire che tutte le questioni sollevate da Bodin intorno ai maggiori problemi del diritto pubblico (la liceità della guerra, l'autorità paterna e maritale, la schiavitù, la distinzione tra *imperium* e *iurisdictio*, la censura, la sovranità, la giustizia detta «armonica») sono discusse sempre con riferimento a Ulpiano e al suo paradigma “giusnaturalistico”, entro il quale coesistono due principi: «il primato della giurisprudenza quale protagonista nella ricerca di un diritto fondato sulla giustizia e la verità; e insieme [...], con non minore risalto, il fatto che il principe andava considerato come l'unico detentore di un potere legislativo senza confini, in grado cioè di vincolare alla propria volontà la condotta dei sudditi di un impero sterminato»²².

Questa tendenza, che ci permette di discernere meglio le modalità e le specificità dell'uso dei riferimenti ai giuristi romani e alla «eredità intellettuale» romana nell'opera che costituisce il momento genetico fondamentale nel pensiero giuridico occidentale per quel che riguarda il diritto pubblico, si rivela distintamente là dove Bodin espone il suo pensiero sul diritto natu-

¹⁸ IO. BODINI *De Republica libri sex* cit., 1037 (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, III, cit., 382, note a e 189).

¹⁹ IO. BODINI *De Republica libri sex* cit., 1090: «Marcelli iurisconsulti iudicium»; *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN cit., 1034: «dit Labeon» (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, III, cit., 453, nota 33; p. 594, note e e 97).

²⁰ Si veda ad esempio il capitolo 6 del libro III, a proposito di D. 1.16.2: *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN cit., 463: «neantmoins la loy dit, *Apud legatum proconsulis non est legis actio*: c'est à dire, qu'il ne fait exploit ni acte de iustice que au nom d'autruy»; IO. BODINI *De Republica libri sex* cit., p. 500: «Itaque Ulpianus negat *apud legatum Proconsulis esse legis actionem*» (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, II, cit., 226, nota 52).

²¹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., 379 (Nuova edizione, cit., 419).

²² *Ibid.*, 376 (Nuova edizione, cit., 415-416).

rale e sulla sua celebre definizione della sovranità²³. Bisogna subito dire che Bodin è all'origine del modo moderno di considerare come alternative («positivismo *versus* giusnaturalismo») le due prospettive del paradigma ulpiano, vale a dire la dottrina del principe legislatore *legibus solutus* e quella del diritto sottomesso alla giustizia: una duplice prospettiva che si può definire, seguendo Aldo Schiavone, da una parte «come un'esigenza di legalità positiva», e dall'altra «come un'esigenza di legittimità sostanziale, con un palese fondo giusnaturalistico»²⁴. «Il pensiero moderno – ha scritto Schiavone – ci ha abituato a vedere questi due punti di vista come alternativi [...]. Ulpiano li teneva insieme, sul filo di un'elaborazione iniziata molto prima di lui, da Cicerone e Gaio, e vedeva nel pieno dispiegarsi di questo nesso sia il compimento 'mondiale' del diritto giurisprudenziale romano, sia la realistica presa d'atto dell'essenza politica del proprio tempo»²⁵.

Questo legame non scompare del tutto in Bodin, ma si affievolisce e subisce una crisi, prima di tutto per ciò che riguarda il diritto naturale e la funzione della giurisprudenza (nella *Iuris universi distributio*, edita la prima volta nel 1578, Bodin, riecheggiando il Valla delle *Elegantiae* e il Budé delle *Adnotationes in Pandectas*, respinge come falsa, con buona pace di Ulpiano («*cum bona Ulpiani venia*»), la concezione di un diritto «commun aux hommes et aux bêtes»²⁶: ad essere respinta è la concezione ulpiana della legge naturale come *ius quod natura omnia animalia docuit* (D. 1.1.1.3), insieme alla possibilità che la dottrina e la giurisprudenza abbiano il potere di sottoporre a giudizio la coscienza del legislatore, salvo il caso in cui egli oltrepassi «les bornes sacrées de la loy de Dieu et de nature»; e tuttavia «le Magistrat doit-il obeissance aux mandemens qu'il croit estre contre nature, ores qu'ils ne soyent point contraires à icelle, car – scrive Bodin –: «la iustice et raison qu'on dit naturelle, n'est pas tousiours si claire qu'elle ne treuve des aduersaires: et bien souuent les plus grands Iurisconsultes s'y trouuent emeschés, et du

²³ Su questo soggetto mi permetto di rinviare al mio libro *La sovranità*, Roma-Bari 2004.

²⁴ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., 376 (Nuova edizione, cit., 416).

²⁵ *Ibid.*, pp. 376-377 (Nuova edizione, cit., 416).

²⁶ JEAN BODIN, *Exposé du droit universel. Iuris universi distributio*. Texte traduit par L. Jerphagnon. Commentaire par S. Goyard-Fabre. Notes par R.-M. Rampelberg, Paris 1985, 14: «*Nonnulli liberorum procreationem iuri naturali tribuunt; sed non magis ad ius pertinet, quam cibi ac libidinis appetitus, qui belluarum aequae ac hominum communis est; homini vero cum belluis nulla iuris societas esse potest, et quia non sunt iniuriarum, nec iuris ullius participes esse possunt, l. 1, si quadrupes, ff. [D. 9.1.1], et qui hominem cum bellua iuris societate coniungit propter liberorum procreationem, non modo matrimonii splendorem labefactare, sed etiam incestos concubitus probare videtur, quod cum bona Ulpiani venia dictum sit*».

tout contraires en opinions» (*République*, III, 4)²⁷.

Questa soluzione ambigua, che consiste nell'ammettere l'esistenza di un potere giuridicamente incondizionato non soltanto in rapporto al contenuto moralmente adiaforo della legge civile (come Althusius scriverà opponendosi a Bodin)²⁸, è situata a mezza via fra la tradizione romana e la scuola di pensiero dei giuristi medievali, e costituisce la vera novità del pensiero di Bodin. Egli divide infatti i due termini della disputa medievale intorno al potere supremo, fissati da un lato nella formula ulpiana *Princeps legibus solutus* (D. 1.3.31) e dall'altra nella l. *Digna vox* (C. 1.14.4), che proclama un potere *legibus alligatus*. Questa legge dice semplicemente che è degno della sovranità del principe di volersi proclamare vincolato dalle leggi, perché la sua autorità dipende dall'autorità del diritto, e sottomettere il potere al diritto significa accrescere e non diminuire la sovranità (*majus imperio est submittere legibus principatum*). In breve, il potere si estende fino al punto dove il diritto costituisce il suo fondamento e il suo limite, al di là del quale esso cessa di essere legittimo (*quod nobis licere non patimur*)²⁹.

La celebre formula utilizzata da Jean Bodin nella *République*, secondo la quale la sovranità non è altro che «la puissance absoluë et perpetuelle d'une République»³⁰, o, come egli scrive nella versione latina del suo testo, «*summa in ciues ac subditos legibusque soluta potestas*»³¹, è il risultato di una deliberata radicalizzazione, vale a dire della scelta del paradigma ulpiano della l. *Princeps* del Digesto al posto della costituzione *Digna vox* del Codice Giustiniano, meno accetto per un giurista-umanista come Bodin. Non è per caso che gli avversari dell'assolutista Bodin, soprattutto i giuristi francesi autori delle *Vindiciae contra tyrannos* (1579) e il giurista tedesco Johannes Althusius nella sua *Politica methodice digesta* (1603), faranno la scelta opposta,

²⁷ *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN cit., 416 (cfr. *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, II, cit., 155). Sul punto si veda V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962, 114-124; si veda inoltre D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità* cit., 43-80, in particolare 77.

²⁸ Si veda D. QUAGLIONI, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della Politica di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, a cura di F. Ingravalle e C. Malandrino, Firenze 2005, 215-229; ID., *Quale modernità per la "Politica" di Althusius?*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39 (2010) 631-647; e più di recente L. BIANCHIN, *Diritto, teologia e politica nella prima età moderna. Johannes Althusius (1563-1638)*, Foligno 2017. Il mio articolo *La legibus solutio chez Althusius* è in corso di stampa negli Atti del *Colloque Althusius*, a cura di G. Demelemestre, in *Revue Historique des Facultés de Droit*, 37 (2018) 289-300.

²⁹ Si veda E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1982, 147-148.

³⁰ *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN, cit., 122.

³¹ IO. BODINI *De Republica libri sex* cit., 123.

sottolineando il carattere di “legge fondamentale” della costituzione *Digna vox* come principio dei limiti inviolabili del potere sovrano³².

Non c'è bisogno di sottolineare fino a qual punto siamo lontani dalla linea delle espressioni originarie di Ulpiano, *quod principi placuit legis habet vigorem* e *princeps legibus solutus*. Il loro significato letterale, «limitato e svuotato nel tardo Medioevo e prima età moderna dall'interpretazione dei canonisti e dei commentatori da loro influenzati, sarebbe stato riproposto ed enfatizzato lungo tutto il Seicento in ambienti francesi, spagnoli, inglesi, che lo trasformarono in una bandiera dell'assolutismo moderno, ripreso in molte massime di quelle culture giuridiche e politiche»³³. È questo appunto il tema del riuso dei materiali giuridici romani nella costruzione dello Stato moderno in Europa, della sua teoria e dei suoi apparati³⁴. È, come ha scritto Aldo Schiavone, una «difficile strada»: quella dello studio dei rimaneggiamenti della cultura giuridica e politica occidentale, che possono «nascondere l'inganno di una trappola interpretativa», quando non si sia sufficientemente avvertiti «che – quasi sempre – sotto l'apparenza di ogni continuità di senso o di funzione tra elementi antichi e costruzioni moderne» si cela «la presenza di contenuti del tutto nuovi e peculiari, anche dove meno avremmo immaginato di ritrovarli» (nel nostro caso, il passaggio da un modello di legittimazione della legislazione imperiale a un modello di legittimazione dello Stato nazionale)³⁵.

Non è una coincidenza che Bodin si distacchi da Ulpiano, in termini molto vicini a quelli di Alciato nel *De magistratibus, civilibusque et militaribus officiis*, anche a proposito della *lex de imperio*³⁶. «Par ainsi on void – scrive Bodin – que le point principal de la maiesté souueraine, et puissance absolue, gist principalement à donner loy aux subiects en general sans leur consentement [...]. Car il faut que le Prince souuerain ait les loix

³² Si veda D. QUAGLIONI, *La souveraineté partagée au Moyen Age*, in *Le gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe*. Sous la direction de M. Gaïlle-Nikodimov, Saint-Etienne 2005, 15-24.

³³ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., 374 (Nuova edizione, cit., 414).

³⁴ *Ibid.*, 375 (Nuova edizione, cit., 414).

³⁵ *Ibidem*: «Qui ci risparmierebbe questa difficile strada. Quel che adesso importa è solo la prospettiva ulpiana, che dobbiamo districare, nel suo profilo originario, dalla trama delle rielaborazioni successive, ben sapendo che – quasi sempre – sotto l'apparenza di ogni continuità di senso o di funzione tra elementi antichi e costruzioni moderne si nasconde l'inganno di una trappola interpretativa: e la ripresa di forme romane finisce prima o poi col tradire la presenza di contenuti del tutto nuovi e peculiari, anche dove meno avremmo immaginato di ritrovarli».

³⁶ Per Alciato e il suo *De magistratibus, civilibusque et militaribus officiis* si veda la nota di commento al passo bodiniano qui di seguito citato, in *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, cit., 375-376, nota 58.

en sa puissance pour les changer, et corriger selon l'occurrence des cas [...]. C'est pourquoy Auguste apres la guerre Actiaque fut absous par le Senat de la puissance des loix [...]. Depuis Vespasian l'Empereur fut aussi exempté de la puissance des loix, par loy du peuple expresse, comme plusieurs pensent, et qui se trouua encores à Romme grauee en pierre, que le Jurisconsulte appelle la loy Royale: combien qu'il n'y a pas grande apparence que le peuple, qui long temps au parauant auoit perdu toute puissance, la donnast à celuy qui estoit le plus fort» (*République*, I, 8)³⁷.

La sovranità, con le sue caratteristiche tratte dalla lunga tradizione imperiale rielaborata dai giuristi medievali, assume il nuovo sembiante di «pouvoir absolu et perpétuel d'une République». *Respublica* è un termine che, nel Medioevo, designa sempre la *res publica Romanorum*, cioè l'Impero; ma in Bodin la parola si riferisce sempre e solo a ciò che noi chiamiamo lo Stato. Il fatto incontestabile che la riduzione della sovranità nei termini del potere di uno Stato coincida con la svalutazione dell'Impero universale, non può farci dimenticare che la concezione moderna del potere si modella precisamente in rapporto con quella tradizione: la sovranità non è un'invenzione, ma una rielaborazione³⁸.

In tal senso, il concetto di sovranità è profondamente radicato nella tradizione giuridica occidentale³⁹. La tradizione romana, che fornisce fondamenti e linguaggio alla politica nel Medioevo e nella prima età moderna, costituisce anche il principale deposito di una tensione irrisolta tra diritto e potere. È possibile scoprire inoltre, senza alcun dubbio, un gran numero di

³⁷ *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN cit., 142, con allusione a Ulpiano e alla sua "misteriosa" *lex regia*: cfr. M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, cit., 31.

³⁸ M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, cit., 43: «È nell'ambito del diritto medievale che Bodin ricerca e trova la sua definizione della *plenitudo potestatis* [...]: usare pieni poteri, ossia fare uso integrale della sovranità, significa derogare al diritto ordinario; agire *de iure communi* e *de plenitudine potestatis* sono due atti che si contrappongono, ed è proprio del sovrano poterli compiere entrambi. Tuttavia, il passo sostanziale dal Bodin compiuto rispetto alle sue fonti sembra consistere nel fatto che quell'atto che i giuristi medievali consideravano del tutto straordinario al normale esercizio del potere, caso limite da circondarsi di particolari cautele, è per il Bodin divenuto, sia pur restando nella pratica un caso limite, la nota essenziale della sovranità stessa, la sua peculiarità specifica. È, sostanzialmente, la tematica medievale portata alle sue estreme conseguenze».

³⁹ È appena il caso di ricordare qui l'opera fondamentale di F. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957³. Si veda in proposito D. QUAGLIONI, *Tra Italia e Germania. Sovranità e diritto comune pubblico nel pensiero di Francesco Calasso (1904-1965)*, in *Recht – Geschichte – Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs*. Hrsg. Von S. Lepsius, R. Schulze, B. Kannowski, Berlin 2014, 245-264.

elementi non moderni della modernità giuridica e politica in Europa⁴⁰. In particolare, la letteratura politica tra XVI e XVII secolo, alla quale si attribuisce tradizionalmente un ruolo radicalmente innovatore nel panorama delle idee dell'Occidente moderno, rivela una relazione assai stretta con la tradizione giuridica, suggerendo una transizione più complessa tra Medioevo e modernità.

⁴⁰ D. QUAGLIONI, «*Dominium*», «*iurisdictio*», «*imperium*». *Gli elementi non-moderni della modernità giuridica*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, 3. *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità – Die Anfänge des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, a cura di / hrsg. von G. Dilcher – D. Quaglioni, Berlin-Bologna 2011, 663-678.

AUTOCRAZIA O MONARCHIA DINASTICA: USI E ABUSI DELLA LEX 'QUOD PRINCIPI' (ULP. 1 INST. D. 1.4.1) TRA XVI E XVIII SECOLO

Valerio Marotta

1. A differenza dei Re di Francia o di Inghilterra, i *principes* romani non furono mai titolari di una *dignitas quae non moritur*¹, di una *dignitas*, cioè, che, in quanto *persona ficta*, continuava a esistere, anche quando il suo rappresentante *pro tempore* moriva.

Il fondamentale discrimine tra la monarchia imperiale romana e le monarchie regie (o dinastiche) dell'Europa fu individuato nel 1576 da Jean Bodin² in una Francia divisa da una sanguinosa guerra di religione, appena quattro anni dopo la notte di San Bartolomeo. È forse inutile ricordare che, con i suoi «*sei libri della Repubblica*»³, egli, tra le altre cose, volle contestare i contenuti del *pamphlet* di François Hotman: *Francogallia* (pubblicato a Ginevra nel 1573⁴), per il quale – proprio perché gli antichi Re di

¹ Cfr. E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it. Torino 1989, in part. 329 ss. Non penso che, per l'età imperiale, si possa parlare, sul piano propriamente giuridico, di una sorta d'anticipazione laica della teoria medievale dei due corpi del sovrano: così, invece, il compianto M. PANI, *Augusto e il Principato*, Bologna 2013, 63. A questo tema è dedicata la densa monografia di J.B. MEISTER, *Der Körper des Princeps. Zur Problematik eines monarchischen Körpers ohne Monarchie*, Stuttgart 2012, in part. 271-276: in età imperiale nel corpo del principe non si individua una nozione giuridico-istituzionale ma esclusivamente una metafora politica. Anche nel pregevole volume di C. ANDO, *Imperial Ideology and the Provincial Loyalty in the Roman Empire*, Berkeley-Los Angeles-London 2000, 336 ss., si adopera l'immagine del *body politic* (secondo la grafia del XVII secolo), ma senza alcun esplicito riferimento all'opera di Ernst Kantorowicz.

² Vd. D. QUAGLIONI, *Bodin Jean*, in *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris 2007, 92-94.

³ Sulla storia di questo testo si veda adesso A. DI BELLO, *Stato e sovranità nel De Republica libri sex di Jean Bodin*, prefazione di D. QUAGLIONI, Napoli 2014, 15 ss.

⁴ Franc. HOTOMANI IURISCONSULTI, *Francogallia*, Ex officina Iacobi Stoerj (Genève) 1573.

Francia dovevano la loro corona all'elezione ed erano stati eletti per essere Re secondo leggi e condizioni stabilite – il popolo conservava il potere di deporre chi non le rispettasse. In effetti lo Hotman, così, reinventò *ex novo* la legge regia. Nella sua prospettiva la monarchia francese – a dispetto della regola della primogenitura maschile consacrata dall'interpretazione tardomedievale della *lex Salica*⁵ – doveva configurarsi come elettiva e limitata, perché il 'popolo franco-gallico' aveva conservato, senza mai alienarla, la sua sovranità, la sua *proprietas imperii*⁶.

Se l'investitura imperiale, nell'esperienza costituzionale del principato, avveniva sempre *per legem*, viceversa, nei regni di Francia e di Inghilterra, la *lex de imperio* non poté mai interpretare un ruolo definito. Qui, tra tardo medioevo ed età moderna⁷, per regolare la successione nel potere sovrano e per istituire la perpetuità della monarchia regia⁸ si elaborarono due differenti artifici del diritto: in Inghilterra, con i giuristi d'epoca Tudor, la dottrina dei *due corpi del Re*, che separava il corpo naturale dal corpo politico del sovrano; in Francia, invece, la finzione cerimoniale che si rispecchiava nella proverbiale esclamazione *le roy ne meurt jamais*⁹.

Jean Bodin lo ribadì con ferma determinazione. Nel VI libro dell'edizione francese della sua opera, nel capitolo V intitolato «Che la monarchia regia e ben ordinata non cade sotto elezione, sorteggio o eredità alle donne, ma deriva per diritto di successione al discendente maschile più prossimo in linea paterna, all'infuori di qualsiasi divisione», egli introdusse una delle sue rare citazioni della *lex de imperio*.

Fatta menzione della decretale di Innocenzo III *Per venerabilem* (secondo la quale il Re di Francia non riconosce, dopo Dio, nessun potere superiore al suo¹⁰), il giurista ricordò le sanzioni che avrebbero colpito chiunque, in Francia, assegnasse alla *lex regia* e, dunque, alla volontà del popolo un qualsiasi ruolo nella disciplina della successione al trono:

⁵ J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII^e-XV^e siècle*, Paris 1993, 125 ss.; R.E. GIESEY, *Le rôle méconnu de la Loi salique*, Paris 2007.

⁶ *Francogallia*, ed. R.E. GIESEY, Cambridge 1972, 414-415 (da cui, da ora in poi, cito).

⁷ Sul tema, ampiamente, vd. L. BERTELLI, *Il corpo del Re. Sacralità del potere nell'Europa medievale e moderna*, Firenze 1995², 47 ss. Imprescindibili gli studi di R.E. GIESEY, *Le roi ne meurt jamais. Les obsèques royal dans la France de la Renaissance*, trad. francese Paris 1987; ID., *Cérémonial et puissance souveraine*, Paris 1987 e di A. BOUREAU, *Le simple corps du Roi. L'impossible sacralité des Souverains français (XV^e – XVIII^e siècle)*, Paris 1988.

⁸ Su questa nozione (monarchia regia) nel pensiero del Bodin vd. DI BELLO, *Stato e sovranità* cit., 225 ss.

⁹ GIESEY, *Le roi ne meurt jamais* cit., in part. 267 ss.

¹⁰ *Infra*, nt. 23.

«È perciò che si dice che in questo Regno il Re non muore mai ed è proverbio antico, che mostra bene che il regno non fu mai elettivo, e che il re non deve il suo scettro né al papa né all'arcivescovo di Reims né al popolo, ma a Dio solo. E poiché ci fu un avvocato tra i più famosi del suo tempo, che per portare un argomento alla sua causa disse nella sua perorazione che il popolo di Francia aveva attribuito al Re il suo potere, allegando la l. 1 *de constitutionibus principum*, ff., dove si dice che con la *lex regia, quae de eius imperio lata est, populus ei et in eum suam potestatem contulit*, il procuratore del Re subito si levò in piedi e chiese alla corte in piena udienza che quelle parole fossero casate dall'arringa, facendo rimostranza che i Re di Francia non ebbero mai il loro potere dal popolo; la corte ordinò all'avvocato di non fare più uso di quelle parole, e poi non perorò più alcuna causa, come ciascuno ben sa a palazzo»¹¹.

L'episodio rammentato dal Bodin – col quale si rivolge a tutti un esplicito monito politico – ribadisce, allo stesso tempo, l'istantaneità della successione nella *dignitas regia: le mort saisit le vif*. Questa massima¹² – è ben noto – affonda le proprie radici nella rielaborazione medievale del diritto romano e, in particolare nella *lex in suis*¹³ e nella dottrina della *continuatio domini*, nonché in C. 6. 26.11.1 e nelle parole *cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur*¹⁴. Pertanto la *lex regia* – in quanto fondamento, al più, della monarchia elettiva – non riesce a convivere con il principio della trasmissione dinastica del potere.

A giudizio del Bodin, il principato costituì una aristocrazia o una democrazia con un «capo che p<oteva> comandare». «Infatti» – egli scrive – «a voler essere precisi, la parola *princeps* non significa altro che primo»¹⁵. Definizione giuridico-costituzionale che si riconnette anch'essa, non a caso,

¹¹ J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente e di D. Quaglioni, Torino 1997, vol. III, libro VI, 514 s.

¹² GIESEY, *Le roi ne meurt jamais* cit., 273-274 e, soprattutto, KRYNEN, *L'empire du roi* cit., 135 ss.

¹³ Paul. 2 *ad Sab.* D. 28.2.11 *In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.*

¹⁴ *Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem partem titio cum filiis, alteram autem partem sempronio adsignari.* a 531 D. IV k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. Cfr. G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona*. Vol. I. *Per lo studio della patria potestas*, Milano 1984, in part. 30 ss.

¹⁵ BODIN, *I sei libri* cit. libro II (vol. I) 564 s.; libro I (Vol. I) 375.

con una delle poche altre menzioni della *lex regia* nei *Livres de la Republique*. Perfino Augusto – non già il solo Pompeo – sarebbe stato unicamente un magistrato. Egli, dopo Azio, dal senato fu sciolto dall'obbligo di osservare le leggi. Ma scrive Bodin:

«non era che un magistrato in capo dello Stato, e non un principe sovrano. Più tardi l'imperatore Vespasiano fu pure esentato dall'obbedienza alle leggi, con un'espressa legge del popolo che il giureconsulto chiama legge regia; tuttavia a me non pare molto verosimile che il popolo, che già da tanto tempo aveva perduto il suo potere, potesse farne dono a chi aveva più potere di lui»¹⁶.

Si percepisce, perciò, in queste formulazioni il persistere di un dubbio, che Bodin risolve individuando, nel principato di Vespasiano, una cesura e una svolta. Si comprende così anche quel che il giurista angevino ha scritto nel medesimo capitolo VIII del I libro¹⁷, lì dove egli si chiede se, con la *lex regia*, il popolo abbia attribuito poteri supremi al *princeps*. In effetti – egli rileva – la sua superiorità riposa su una *potestas* originaria¹⁸. Può dirsi monarca sovrano soltanto colui al quale il potere assoluto è conferito puramente e semplicemente, senza alcun titolo di commissario, senza alcuna forma di precario. Da Vespasiano in poi il popolo romano si è davvero spogliato del potere, trasferendolo, nella sua interezza, al Principe assieme ad autorità, a prerogative, ad attribuzioni sovrane, a tutto ciò, insomma, per cui la legge «usa l'espressione» *ei et in eum omnem potestatem contulit*. Una sostanziale svalutazione della *lex regia*, dunque, che coincide, nel suo pensiero, con la condanna della resistenza al tiranno, anche quando questi violi il patto concluso con i sudditi, proprio perché egli respinge la nozione stessa di un patto «originario fra popolo e sovrano»¹⁹.

A Jean Bodin, prima d'ogni altra cosa, preme rimarcare l'incompatibilità tra esercizio della sovranità ed esercizio di un potere delegato. Ogni delegato, quantunque le sue competenze siano molto estese, è sempre limitato dalla sua specifica condizione. Per questa esclusiva ragione nessun delegato può annoverarsi tra i principi sovrani. Anche Augusto (ma è un dato che sottolinea unicamente l'edizione in latino²⁰), nonostante i suoi poteri

¹⁶ BODIN, *u.l.c.*

¹⁷ BODIN, *I sei libri* cit., libro I (Vol. I) 352.

¹⁸ G. REBUFFA, *Jean Bodin e il «princeps legibus solutus»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1972) 119.

¹⁹ Vd. REBUFFA, *Jean Bodin* cit., 120 e, soprattutto, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris 1994, in part. 81 ss.

²⁰ (...) *populo tamen universo (...) inferiorem se simulans rogationes ad populum saepissime ferebant: De Republica Libri VI*, Paris 1586, 96 s.

assoluti, deve essere considerato soltanto un semplice ufficiale, un luogotenente, un reggente, un custode del potere del popolo.

Invero nella massima *quod principi placuit legis habet vigorem* e, di conseguenza, anche nella *lex regia*, si individuò, fin quasi dagli esordi della Scuola di Bologna, il fondamento della *summa potestas* imperiale. Infatti occorre sottolineare che, dalla prima e dalla seconda dieta di Roncaglia (1154 e 1158), si riconobbero all'imperatore i medesimi poteri di cui erano stati titolari gli antichi Cesari, vale a dire l'interezza dell'*imperium* – potestà piena e circolare come il globo che la rappresenta – che coinvolgeva ovviamente anche la legge. L'imperatore, qualificato come *lex viva* o *animata*, può *dare, solvere, condere leges*. Egli dispone di un potere legislativo illimitato e la sua volontà, come ricorda la famosa formula ulpiana (*quod* [...]), possiede forza di legge (D. 1.4.1.1)²¹.

Questo potere – è noto – non rimase monopolio dell'imperatore. Anzi, già quindici anni prima di Roncaglia, Ruggero II di Sicilia lo aveva rivendicato come proprio²². Quanto al reame di Francia, nel 1202 fu il Papa stesso a riconoscere al Re, quasi a voler constatare un fatto evidente, che egli non dipendeva da nessuno: *cum rex ipse superiorem in temporalibus minime recognoscat*²³. Era possibile, pertanto, applicare anche al Re le due massime che a Roma avevano costituito il potere normativo proprio di ogni imperatore: *princeps legibus solutus est* e *quod principi placuit legis habet vigorem*²⁴.

Ma il riferimento al popolo romano come detentore originario del potere legislativo, per poco che lo si prendesse sul serio, attenuava sensibilmente la portata assolutista della *Lex quod principi*, soprattutto qualora non si ritenesse irrevocabile la delega popolare del potere legislativo all'imperatore²⁵.

²¹ Una sintesi in P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, 192-194. Sul reimpiego di questa nozione nella prima età moderna cfr. D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *AUPA* 52 (2008) 55 ss.; ID., *Dominium, iurisdictio, imperium. Gli elementi non moderni della modernità giuridica*, in G. Dilcher-D. Quagliani (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico. 3. Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità / Die Anfänge des öffentlichen Recht zwischen Mittelalter und Moderne*, Bologna-Berlin 2011, 663 ss.

²² COSTA, *Iurisdictio* cit., 309 ss.

²³ *Per venerabilem*: vd. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studi di diritto comune pubblico*, Milano 1957, 78 s. Un quadro generale in E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1982, 1 ss., 12 ss. e D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari 2004, in part. 17 ss.

²⁴ KRYNEN, *L'empire du roi* cit., 384 ss., in part. 408 ss.; J.-M. CARBASSE, *Le roi législateur: théorie et pratique*, in *Droits* 38.2 (2003) 3-20.

²⁵ COSTA, *Iurisdictio* cit., 193 s., ricorda che nel dibattito d'età medievale le divergenti inter-

Qui ci si scontra con un'evidente contraddizione. Da un canto, questa *lex* poneva il fondamento sul quale si svilupperanno, tra Medioevo ed età moderna, la nozione d'unità e d'uniformità dell'ordinamento, garantita dall'unicità della sua fonte, e l'idea del sovrano 'macchina' per produrre non solo decisioni ma anche norme. Dall'altro, tuttavia, essa ha giustificato contestazioni a volte radicali del potere assoluto dei Re e la rivendicazione del principio della sovranità popolare²⁶.

Ovviamente la prospettiva originale di Ulpiano appariva ed era molto diversa. Il giurista severiano non procedette mai – né, anche volendo, avrebbe potuto farlo – oltre la sostanziale identificazione dell'imperatore con il *populus* e viceversa: il che emerge, in primo luogo, dalla famosa *lex Barbarius*²⁷. Il *populus Romanus* – capace, in quanto tale, di *decernere, scire, facere* – può, secondo il giurista, sanare, con una propria decisione, una causa assoluta di ineleggibilità come la schiavitù. I comizi, per l'illimitatezza del loro potere, sarebbero in grado di attribuire la pretura a uno schiavo e, conoscendone lo stato servile, potrebbero affrancarlo. A maggior ragione, infine, ciò che compete al *populus* può farlo il *princeps*. Ulpiano riconosce al *populus Romanus* – in quanto aggregato di uomini che delibera nelle sue peculiari forme organizzative – una propria volontà, individuabile, per l'appunto, nella capacità di *decernere, scire, facere*. Appare senza dubbio evidente il fine ultimo di quest'affermazione, che soggiace all'esigenza di giustificare, nell'imperatore, un potere pari o superiore a quello dei comizi («*quod ius multo magis in imperatore observandum est*»). Presupposto e fondamento della possibilità propria del *princeps* di derogare

pretazioni della *lex regia* non investivano mai il piano della validità, ma l'ambito della legittimità. In altre parole, sia che si sostenesse la tesi filo-imperiale moderata (*concessit*) o quella estremista (*transtulit*), nessuno dubitava che il processo di potere valido discendesse dall'imperatore e soltanto da lui. «La inconciliabilità tra le due tesi stava semmai in una opposizione di genere: i moderati distinguevano fra validità (volontà dell'imperatore) e legittimità (il popolo come fonte dell'autorità), i radicali identificavano ormai la legittimità con la validità, tanto da considerare legittimo il processo imperiale del potere solo (o prevalentemente) perché valido».

²⁶ Il che si spiega proprio alla luce del fatto che un'interpretazione estremista di segno opposto a quella dei filo-imperiali, avrebbe potuto individuare, nel *princeps*, un mero mandatario del *populus Romanus*: vd. COSTA, *Iurisdictio* cit., 223 ss.

²⁷ 38 *ad Sab. D. 1.14.3 Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. sed nihil ei servitutum obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. et tamen videamus si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. quod ius multo magis in imperatore observandum est.*

all'ordine giuridico esistente è, dunque, la piena equiparazione del suo potere con quello del *populus* nel suo momento comiziale²⁸.

Per altro verso (basti pensare a Cola di Rienzo [1347]) essa – più volte nel corso del tempo – poté legittimare quegli argomenti giuridico-politici che situavano la fonte di *imperium* e *potestas* nel popolo e, di conseguenza, teorie costituzionali che attribuivano a una decisione popolare l'elezione del Principe o del Re²⁹.

2. Fatte queste premesse, mi sembra opportuno, adesso, rivolgermi più da vicino al dibattito francese e inglese tra XVI e XVII secolo. Un autorevole giureconsulto ugonotto – Donello – ha elaborato alcune teorie giuridico-costituzionali di indubbia originalità. Nella sua visione, il *princeps* interpretava un ruolo extra-giurisdizionale di sfondo non tanto detenendo o utilizzando la *iurisdictio*, ma creandola³⁰. Ciò lo distingueva dai magistrati istituiti dallo stesso *princeps* su base legale.

Un rilievo decisivo: creare un magistrato con *iurisdictio*³¹ differisce radicalmente dal delegare una *iurisdictio* che si detiene già. L'istituzione di magistrature nulla ha a che fare con la delegazione. Ovviamente, anche per Donello, non è soltanto il *princeps* in senso proprio (l'imperatore romano) a detenere questo potere extra-giurisdizionale di creare magistrature e di attribuire competenze giurisdizionali³². Tutti coloro che possiedono una *summa potestas* – e, dunque, in primo luogo il Re di Francia – possono istituire magistrature in forza del loro *imperium*. Questa intuizione gli consente di formulare un'ulteriore osservazione: tale potere extra-giurisdizionale potrebbe essere detenuto non soltanto dagli Imperatori e dai Re, ma anche dal *populus*, che, in tal modo, occuperebbe la me-

²⁸ V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*. Studi di diritto pubblico romano, Torino 2016, 55 ss., ove altra bibl.

²⁹ Riferisco, a tal riguardo, questo noto brano di un discorso attribuito dall'Anonimo romano (forse identificabile con il chierico romano Bartolomeo di Iacovo da Valmontone) a Cola di Rienzo (attorno al 1346-1347) a proposito della riscoperta della *tabula* che riferisce parte della cosiddetta *lex de imperio Vespasiani*: ANONIMO ROMANO, *Cronaca*, edizione critica a cura di G. Porta, Milano 1979, 18, 137-188: «(...) lo Senato romano concedeva la autoritate a Vespasiano imperatore (...) Vedete quanta era la mannificenzia dello Senato, ca la autoritate dava allo Imperio... li capitoli colla autoritate che lo puopolo de Roma concedeva a Vespasiano imperatore (...) tanta era la maiestate dello puopolo de Roma, che allo imperatore dava l'autoritate».

³⁰ *Opera Omnia*, Roma 1828, vol. IV, 1099: *Commentaria* 17.7, § 9.

³¹ Preliminare a ogni indagine su questo tema deve essere la lettura del volume di COSTA, *Iurisdictio* cit., 95 ss.

³² Vol. IV, 1105: *Commentaria* 17.7, § 9.

desima posizione costituzionale del sovrano, proprio come un tempo il popolo romano. Il suo discorso procede dalla *lex regia*. Difatti egli osserva che questo potere extra-giurisdizionale di istituire magistrati e magistrature una volta apparteneva al popolo romano – quando i Romani, cioè, costituivano ancora un *populus liber* –, prima che esso fosse trasferito agli Imperatori³³. Il *princeps* non avrebbe potuto istituire magistrature (*non potest magistratus creare*) e decidere in giudizio su questioni di qualsiasi altra natura fin tanto che il popolo non gli avesse attribuito la propria *potestas* (*potestas populi in eum translata*)³⁴. Soltanto dopo che il popolo abbia conferito (*transtulit*) tutto il proprio *imperium* e *potestas* al *princeps*, esso cessa immediatamente di possederlo: sì che non appena si istituisce un *princeps*, cui si attribuisce la *summa rerum*, la *creandorum magistratuum potestas* non spetta più al popolo, bensì al Principe³⁵. Donello non definisce soltanto il perimetro della teoria della sovranità popolare, propria dei *culti*, fondata sul modello romano della *lex regia*, che implicitamente tratta la sovranità popolare come una sorta di posizione costituzionale predefinita dalla quale l'autorità può essere delegata o anche trasferita al Re, a un *princeps* o a qualche altro intermediario istituzionale. Egli elabora, in realtà, una nozione molto più rilevante, identificando il contenuto di quest'autorità sovrana con il potere legale di istituire o di creare magistrature autorizzate a esercitare poteri giurisdizionali. Si è opportunamente osservato che – pur utilizzando il vocabolario proprio del diritto romano – Donello³⁶, una volta separato tale potere dalla giurisdizione ordinaria delle magistrature, ha stabilito per la prima volta (qualche secolo prima di Emmanuel-Joseph Sieyès³⁷), la fondamentale distinzione della moderna teoria costituzionale, quella tra potere costituente del popolo e potere costituito del governo.

È un luogo comune – fondato sull'autorità di Otto von Gierke³⁸, Ro-

³³ Vol. IV, 1106: *Commentaria* 17.7, § 10.

³⁴ Vol. IV, 1106: *Commentaria* 17.7, § 10.

³⁵ Vol. IV, 1106: *Commentaria* 17.7, § 11.

³⁶ D. LEE, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford 2016, 113 ss.

³⁷ *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, (1789) Paris 2002: cfr. BEAUD, *La puissance de l'État* cit., 223 ss.

³⁸ O. VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*. Bd. III. *Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin 1881, 43 ss. in part. 49 s., 546 ss., in part. 570 ss.; Bd. IV. *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, Durchgeführt Bis Zur Mitte des 17-Ten, Für das Naturrecht Bis Zum Beginn des 19-Ten Jah-*

bert Warrand Carlyle³⁹ e Quentin Skinner⁴⁰ – che nella loro teoria della sovranità popolare, elaborata sulla scorta del diritto romano, i Monarcomachi ugonotti⁴¹ abbiano praticato un uso sistematico del *ius* romano, derivando il diritto di resistenza da una teoria generale dell'*imperium*. Insomma la teoria monarcomaca della resistenza popolare si configurerebbe come logica conseguenza della *lex regia*, secondo la quale il popolo avrebbe semplicemente delegato il proprio *imperium* al Re. La resistenza, in tale prospettiva, dovrebbe interpretarsi soltanto come un valido atto di un *populus liber* che intende recuperare la sovranità da esso originariamente delegata al Re.

E, però, si deve tener conto del fatto che, accanto alla *lex regia*, i Monarcomachi⁴² hanno utilizzato anche altri argomenti. Per esempio la nozione di sovranità popolare fu edificata prima ancora che sul fondamento del concetto di *imperium* (evocato nella *lex quod principi*) su quello di *dominium*. Di conseguenza, anche in quest'ambito, si constata una prevalenza del lessico del diritto privato rispetto a quello del diritto pubblico. A tal riguardo lo Hotman, in base a una reminiscenza delle glosse di Azzone e di Accursio alla *lex regia* (*proprietas <imperii> penes populum manet*)⁴³ sottolineò che questo diritto di proprietà implicava che i Re rimanessero pur sempre soggetti a limitazioni legali vincolanti⁴⁴.

3. Se, in Francia, la posta politica in gioco, nel dibattito sulla *lex regia*, appariva immediatamente evidente, anche in Inghilterra – quantunque si limiti l'indagine a un sommario esame della pubblicistica del XVII secolo – essa suscitò riflessioni di rilievo non esclusivamente antiquario.

Il contributo dei civilisti fu decisamente significativo in tutte le discussioni sull'assolutismo regio. Nel definire la posizione del Re inglese in analogia con l'imperatore romano, questi giuristi conclusero che, per princi-

reshundreds, Berlin 1913, 200 ss.; ID., *Political Theories of the Middle Age*. Translated by F.W. MAITLAND, Cambridge 1913, 37 ss.

³⁹ R.W e A.J. CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, trad. it. a cura di L. Firpo, vol. I, Bari 1956, 79 ss., 371 ss., 383 ss.; vol. III, Bari 1956, 71 ss.; vol. IV, Bari 1956, 21 ss.

⁴⁰ Q. SKINNER, *Foundations of Modern Political Thought*, Vol. II, Cambridge 1978, 321 s.

⁴¹ Cfr., per la bibl. su questo tema, D. LEE, *Private Law Models for Public Law Concepts: The Roman Law Theory of dominium in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty*, in *The Review of Politics* 70 (2008) 370-399.

⁴² William BARCLAY, *De Regno et Regali Potestate*, Parisiis 1600, giurista cattolico scozzese, ha introdotto questo termine.

⁴³ *Francogallia* cit., 254, 255.

⁴⁴ LEE, *Private Law Models* cit., 378 ss.

pio, il re era *legibus solutus*, sciolto, per i poteri che gli spettavano in via esclusiva, da ogni vincolo legale e istituzionale del *common law*. Secondo molti teologi e lo stesso Giacomo I⁴⁵, i re derivavano il loro potere assoluto esclusivamente da Dio e, di conseguenza, esercitandolo, ne erano responsabili, *tam in temporalibus quam in spiritualibus*, soltanto nei suoi confronti. A questa dottrina del *ius divinum* del sovrano subito se ne contrappose un'altra, per la quale il popolo, non Dio, doveva considerarsi la sola fonte della legittima autorità regia.

In Inghilterra, alle soglie del XVII secolo, la sovranità popolare fu spesso, perfino con derisione, considerata una facinorosa formulazione dei Gesuiti: infatti questo 'vasto motore della sedizione' (come la definì Robert Filmer⁴⁶) fu spesso associato con i teologi della Compagnia: il Cardinale Roberto Bellarmino⁴⁷, Francisco Suarez, Robert Parsons (o Persons)⁴⁸ (1546-1610), un coraggioso gesuita inglese, compagno d'avventure di Sant'Edmondo Campion⁴⁹.

Va sottolineato, a tal riguardo, che la dottrina della sovranità popolare proposta dai teologi morali e dai giuristi della Compagnia fu apertamente elaborata sulla base della *lex regia* romana. Francisco Suarez, per esempio, fece ricorso al Digesto in un punto cruciale del libro III del suo trattato *De Legibus ac Deo Legislatore*, ove si pose una domanda sulle origini della *potestas ferendi leges* del Principe. Egli osservò, citando Ulpiano (D. 1.4.1), che, secondo la regola legale generale, è la comunità nel suo insieme a costituire la fonte di validità del potere supremo: *potestatem in illum trastulit communitas*⁵⁰.

Questo principio costituzionale non vale esclusivamente per il popolo

⁴⁵ LEE, *Popular Sovereignty* cit., 273 ss., in part. 282.

⁴⁶ R. FILMER, *Patriarcha, or the Natural Power of Kings*, London 1680, 4: «And though Sir John Heywood, Adam Blackwood, John Barclay, and some others have Learnedly Confuted both Buchanan and Parsons, and bravely vindicated the Right of Kings in most Points, yet all of them, when they come to the Argument drawn from the *Natural Liberty and Equality of Mankind*, do with one consent admit it for a Truth unquestionable, not so much as once denying or opposing it; whereas if they did but Confute this first erroneous Principle, the whole Fabrick of this vast Engine of *Popular Sedition* would drop down of it self».

⁴⁷ Vd. LEE, *Popular Sovereignty* cit., 282 e nt. 43, ove altri rilievi. Ma non si dimentichi Juan DE MARIANA e, in particolare, il suo *De rege et regis institutione. Libri tres*, Toletum 1599.

⁴⁸ V. HOULISTON, *Catholic Resistance in Elizabethan England. Robert Persons's Jesuit Polemic, 1580-1610*, Rome 2007, in part. 28 ss.

⁴⁹ H. HÖPFL, *Jesuit Political Thought: The Society of Jesus and the State*, c. 1540-1640, Cambridge 2004, 224 ss.

⁵⁰ F. SUAREZ, *Tractatus de Legibus, ac Deo Legislatore*, Lyon 1613, 120 (3.2 § 3), 123 (3.4 § 2).

romano o per le sole nazioni che ne osservano il *ius*. Esso, al contrario, assume una dimensione universale, inscrivendosi nella legge di tutti i popoli⁵¹. Pertanto Roma e Inghilterra entrambe possiedono le loro rispettive *leges regiae*. Colpisce, in Suarez, la discussione della sovranità popolare nei termini della dottrina romana della *iurisdictio mandata*, ove il potere del popolo si configura come una *potestas delegabilis* conferibile ad altri, *suo arbitrio*, sia *simpliciter* sia *conditionaliter*⁵². Qual è la conseguenza di queste premesse? I delegati agiscono esclusivamente in forza della fiducia condizionata di chi li ha in origine nominati: sicché qualsiasi delegato, anche un Principe, appare passibile di rimozione o d'altra sanzione.

Queste dottrine, definite dai teologi della Compagnia, divennero, in Inghilterra, immediatamente oggetto di sospetto, in primo luogo nel contesto delle controversie sul *juramentum fidelitatis* del 1606, perché esse contestualmente proponevano due spinose questioni: la legittimità della resistenza del popolo e la sua sovranità⁵³. Se era il popolo romano a investire il *princeps* mediante un trasferimento *ex lege* del proprio potere, doveva esistere, per analogia, un popolo inglese che, compiendo un atto similare, costituiva, allo stesso modo, il potere del Re di Inghilterra. La conseguenza è che esiste una *lex regia* inglese, posta a fondamento di legittimità della sua monarchia. Così facendo, sulla base di questi criteri interpretativi, i Gesuiti trasformarono la *lex regia* in una norma costituzionale universale: ciò che valeva per i Romani, doveva applicarsi anche a tutti gli altri popoli.

Giuristi e teologi appaiono molto prudenti a tal riguardo, ossia a proposito del problema dell'esistenza di una *lex regia Anglica*, in primo luogo per il potenziale destabilizzante di queste teorie, utilizzate, soprattutto in Francia, per fini esplicitamente antimonarchici. È ovvio che se la *potestas* del Re dipende da una concessione del popolo, si può anche presumere che esso conservi un potere residuo. Per tale motivo i giuristi, che sostenevano le rivendicazioni della monarchia, cercarono costantemente di espungere ogni riferimento alla *lex regia* dal dibattito costituzionale.

Le strategie utilizzate, a tal riguardo, furono sostanzialmente due. In un caso come nell'altro si insistette sul cosiddetto 'eccezionalismo inglese' per eliminare tutti i rischi inerenti all'eventuale esistenza della *lex regia*.

⁵¹ SUAREZ, *Tractatus* cit., 120 (3.2 § 3).

⁵² SUAREZ, *Tractatus* cit., 1613, 124 (3.3 § 9), cita Bartolo che, a sua volta, aveva riferito un testo di Papiniano: 1 *quaest.* D. 1.21.1.

⁵³ F. SUAREZ, *Defensio fidei Catholicae et apostolicae aduersus Anglicanae sectae errores: cum responsione ad Apologiam pro iuramento fidelitatis & Praefationem monitoriam Serenissimi Iacobi Angliae Regis*, Conimbrica 1613.

Si rilevò, dapprima, che non si può istituire alcun serio confronto tra Inghilterra e Roma, perché la regalità inglese, a differenza del principato romano, si fonda su una conquista straniera (quella del Duca di Normandia, Guglielmo⁵⁴), non sul consenso popolare. Sebbene siano trascorsi molti secoli da questi eventi, essi appaiono decisivi per definire lo *status* del regno. La conquista crea, secondo questa visione, una frattura tra un prima e un dopo radicalmente distanti tra loro.

Da un punto di vista giuridico, sul piano del *ius gentium*, ogni conquista di una terra straniera costituiva, in favore del vincitore, un valido diritto di governare. Insomma se la monarchia inglese affonda le proprie origini in una conquista, non si può riconoscere alcun ruolo al consenso popolare in quanto contrassegno dell'originaria costituzione monarchica. La regalità inglese, diversamente dal principato di Augusto e di Vespasiano, fu fondata dallo spargimento di sangue, non dal consenso popolare. In tal modo i teorici della dinastia Stuart rimuovevano chirurgicamente la *lex regia*, scegliendo, invece, di radicare la legittimità della monarchia inglese nella conquista⁵⁵.

Ma, per ridimensionare il rilievo della *lex regia*, alla lunga fu la seconda strategia a rivelarsi più fruttuosa. Si sottolineò che il diritto romano, in sé stesso, non aveva alcuna validità in Inghilterra. Era un'osservazione banale, ma preziosa al fine di togliere ogni spazio di operatività alla dottrina della sovranità popolare. Questa strada fu percorsa da un grande studioso dell'Antichità classica e biblica: John Selden⁵⁶. Nella sua *Ad Fletam Dissertatio*, egli tenta di spiegare la presenza, nelle fonti del *common law*, di testi legali apparentemente stranieri, uno dei quali, per l'appunto, era la *lex regia*. Perché Bracton⁵⁷ e la *Fleta* l'avevano inclusa nelle fonti giuridiche inglesi⁵⁸? In *limine* il Selden riafferma senza alcuna ambiguità il suo punto di vista: l'Inghilterra non fu mai soggetta all'Impero e al suo diritto⁵⁹. Perciò la *lex regia*, in quanto elemento del *ius Romanorum*, non vi sarebbe stata

⁵⁴ Per un quadro di insieme cfr. H.M. THOMAS, *The Norman Conquest: England after William the Conqueror*, Plymouth 2008, 57 ss., in part. 94 ss.

⁵⁵ LEE, *Popular Sovereignty* cit., 284 s.

⁵⁶ S. CARUSO, *La miglior legge del regno. Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)*. Voll. I e II, Milano 2001; G.J. TOOMER, *John Selden: A Life in Scholarship*, Oxford 2009.

⁵⁷ P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, in part. 61, 64 ss.

⁵⁸ J. SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani sic nuncupatus, sub Edwardo rege*, ed. D. Ogg, Cambridge 1925, 39.

⁵⁹ SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani* cit., 39.

mai introdotta. Del resto qualsiasi velleità di farla rivivere rappresenterebbe, al più, una mera messinscena, sia in Inghilterra che altrove⁶⁰. La dottrina romana della sovranità, perfino in Germania e nel Sacro Romano Impero, non assume nel presente alcun rilievo effettivo⁶¹. Gli argomenti utilizzati dal Selden attestano la sua persistente adesione ai principî dell'umanesimo giuridico. A suo giudizio il diritto romano, in Inghilterra, non interpreta un ruolo significativo come valida fonte autoritativa; si utilizza, piuttosto, come un modello astratto di sistema giuridico fondato sulla ragione⁶² e, anche lì dove è applicato, come nelle Corti Ecclesiastiche, nella Corte dell'Ammiragliato e nelle Corti delle due Università, non vi è se non come *lex sub lege graviori*⁶³.

Ma egli procede oltre. Quantunque la *lex regia*, come un qualsiasi altro principio del diritto romano, non abbia – di per sé – validità, è pur sempre possibile esaminarne il contenuto come un problema della scienza giuridica. Il Selden, pertanto, non esita a polemizzare con i legisti medievali. Occorre chiedersi, allora, se la teoria della sovranità popolare, sottesa all'esistenza di questa *lex*, debba intendersi come una concessione o come una definitiva alienazione. Soppesando le opposte posizioni di Accursio, Odofredo e Azzone⁶⁴, per il Selden la teoria preferibile appare la seconda, un'opinione che egli ribadisce nel trattato sui *Titles of Honour*⁶⁵. Le sue obiezioni si allineano a quelle che espressero anche altri cultori degli studi di Antichità. A sostegno della teoria della concessione, quella che suppone che il potere sia stato conferito al principe con limitazioni implicite o espresse (*ex pactis ac conditionibus tacitis variatim conantur*), non si può addurre alcun elemento di prova⁶⁶.

Ma forse la conclusione più interessante del commentario di Selden è un'altra: essa inoltre, considerando le premesse da lui poste *in limine*, giunge almeno in parte inattesa. Quantunque la *lex regia* non trovi spazio

⁶⁰ SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani* cit., 41.

⁶¹ SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani* cit., 41.

⁶² A cui si potrebbe ricorrere in due specifiche occasioni: qualora nel *common law* manchi una regola esplicita; nel caso in cui i due sistemi siano in accordo reciproco, di modo che il problema in esame potesse ricevere dal confronto analogico con il diritto romano una compiuta delucidazione.

⁶³ SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani* cit., 39.

⁶⁴ Un quadro del dibattito, con puntuali riferimenti alle fonti, in B. PIO, *Considerazioni sulla 'lex regia de imperio' (secoli XI-XIII)*, in *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia De Matteis* (Fondazione centro italiano di studi sull'alto medioevo), Spoleto 2011, in part. 579 ss.

⁶⁵ J. SELDEN, *Titles of Honour*, 2nd Ed., London 1631, 14.

⁶⁶ SELDEN, *Fleta seu commentarius iuris Anglicani* cit., 41.

sul piano giuridico, il principio enucleato dal frammento ulpiano si potrebbe riproporre, in nuove vesti, in differenti *leges* o *mores* moderni (*a legibus moribusque*). A tal riguardo egli cita il *De Capitulatione Caesarea seu Lege Regia Germanorum*, un trattato del giurista sassone, Benedict Carpzov (1595-1666), che individuò il fondamento dell'autorità imperiale in una peculiare *lex regia* tedesca⁶⁷.

Perché isolarsi dalle correnti di pensiero dominanti nel continente? Se Germania, Francia o altre nazioni governate da Re istituivano, o tentavano di farlo, le loro *leges regiae*, anche in Inghilterra i giuristi dovevano, volendo, percorrere un analogo itinerario. Si sarebbe potuto investire il Re, mediante un atto idoneo a esprimere la sovranità del popolo, vincolandolo, inoltre, al rispetto di determinate condizioni. Né, quanto ai suoi contenuti, occorre conformare questa eventuale *lex regia* inglese a un qualsiasi modello del passato, men che mai alla *lex regia* romana.

Assieme al Selden, anche altri civilisti affrontarono l'ardua questione della sovranità popolare e, dunque, della *lex regia* come un astratto problema di teoria costituzionale. La si trattava, il più delle volte, con quel superiore distacco riservato ai reperti dell'Antichità, alle vestigia dell'Impero romano. Seppur priva di effettività in Inghilterra, essa, in ogni caso, poteva rappresentare, altrove, un valido modello per qualsiasi *populus liber*⁶⁸. Nello studio della *lex regia*, i civilisti inglesi, sforzandosi di conferire un senso a una legge del passato, si adeguarono, in fondo, ai medesimi criteri di analisi utilizzati dai coevi romanisti olandesi⁶⁹. Non di meno, così facendo, non poterono evitare di confrontarsi con la sostanza reale di un'impegnativa dottrina costituzionale.

Questo dibattito fornì dunque l'occasione per esprimere un proprio personale punto di vista sul rapporto tra sovranità popolare e potere mo-

⁶⁷ M. RANDALL, *The Gargantuan Polity: On the Individual and the Community in the French Renaissance*, Toronto 2008, 206. Al diritto romano si potrebbe far ricorso in due specifiche occasioni: qualora nel *common law* manchi una regola esplicita; nel caso in cui i due sistemi siano in accordo reciproco, di modo che il problema in esame potesse ricevere dal confronto analogico con il diritto romano una compiuta delucidazione: HOTMAN, *Francogallia* cit., 414-415.

⁶⁸ Proprio come i primi studiosi del mondo classico moderni tentavano di discutere e di attribuire un senso compiuto, per esempio, alla religione romana e ai suoi riti (come fecero, nel '500, Albericus Londonensis, Guillaume Du Choul per non ricordare Machiavelli), allo stesso modo, lo si può pensare, gli studiosi romani di diritto romano cercarono verosimilmente, di discutere e di conferire un senso compiuto alla *lex regia* romana, senza però compromettere la loro fedeltà ai principî della monarchia assoluta.

⁶⁹ Vd., a tal riguardo, il fondamentale contributo di F. LOMONACO, *Lex regia. Diritto, filologia e "fides historica" nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Napoli 1990.

nocratico di un principe. La *lex regia* consisteva in un'irrevocabile alienazione della sovranità popolare? Tale fu, per esempio, l'opinione di Sir Arthur Duck (1580-1648)⁷⁰. Ad analoghe conclusioni pervenne anche Richard Zouch⁷¹, per il quale, inoltre, tale legge conferì al *princeps* anche un potere assoluto sui magistrati e non sui soli sudditi. Sir John Hayward individuò, infine, una peculiare via inglese al cesaropapismo. Nel suo *Reporte of a Discourse*, con una sorta di torsione erastiana, giunse a sostenere che, una volta congiunti assieme pontificato massimo e dignità imperiale, Augusto aveva assunto il totale controllo degli affari civili e religiosi⁷².

Ma altri – come, per esempio, l'olandese Isaac Dorislaus, nelle sue lezioni di Cambridge del 1627 – ribadirono la natura contrattualistica della *lex regia*, sottolineando, di conseguenza, i limiti posti all'esercizio del potere da parte del Principe⁷³.

Quantunque i civilisti inglesi della prima metà del XVII secolo per principio neghino, il più delle volte, ogni effettività, nel presente, della *lex regia*, la teoria della sovranità popolare, che vi inerisce, fu rielaborata e attualizzata, animando, in tal modo, le dispute costituzionali d'epoca Stuart. Ci si rese conto, così, che il modo più efficace per contestare la sovranità del Re non era negare ogni operatività a tale nozione, ma individuarne la fonte in un differente soggetto.

4. Occorre proporre, *in fine*, qualche spunto conclusivo, lanciando solo uno sguardo fugace al XVIII secolo. La nozione di sovranità popolare interpretò, senz'altro, un ruolo non secondario nel dibattito politico che animò la rivoluzione inglese. Non di meno, a partire dal 1689, il più delle volte si identificò nella *lex regia* soltanto il contrassegno di quella tirannia che aveva soffocato definitivamente la libertà dei Romani. Ciò che spaventava specialmente i giureconsulti inglesi – osservò, forse ironicamente, Jean-Louis De Lolme – era la *lex quod principi placuit*, tanto da attribuire la libertà (vera o presunta che fosse) di cui godeva il loro popolo unicamente al fatto d'aver rigettato il *ius romano*⁷⁴ e, dunque, anche le massime

⁷⁰ A. DUCK, *De usu et Autoritate Iuris Civilis Romanorum*, London 1653, foll. 14-15 (1.3).

⁷¹ R. ZOUCHE, *Elementa Iurisprudentiae Definitionibus*, Oxford 1636, 101-102 (part. IV, § 4).

⁷² J. HAYWARD, *A Reporte of a Discourse concerning Supreme Power in Affaires of Religion*, London 1606, 23-24.

⁷³ LEE, *Popular Sovereignty* cit., 288.

⁷⁴ J.-L. DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam 1771, 93 s. e nt. (a). (*Costituzione dell'Inghilterra ovvero lo stato del governo inglese*, traduzione accresciuta sulla nuova edizione francese riveduta e corretta sulla quarta edizione inglese, Palermo 1814, 130 s. e nt. 1).

intorno al potere dell'Imperatore, che accentravano la produzione del diritto nelle sue sole mani⁷⁵. In effetti, secondo William Blackstone⁷⁶, la marca distintiva della libertà inglese risiede, invece, nel *common law*, in un diritto consuetudinario che si radica necessariamente nel consenso espresso da tutti i membri della comunità.

Altrove, sulle forme della libertà garantita dalla tradizione, prevalsero le istanze di un radicale rinnovamento delle strutture sociali. Così al modello della *lex regia* si assegnò un ruolo differente nel quadro delle riforme che caratterizzarono, in Italia, le monarchie accentratrici e, in particolare, quella borbonica nella seconda metà del XVIII secolo. Lo si constata leggendo Gaetano Filangieri⁷⁷. Questi⁷⁸, richiamando la dottrina romanistica sulla titolarità nella volontà popolare del potere supremo e – di conseguenza – invocando l'autorità di Ulpiano e delle Pandette che rimasero formalmente in vigore nel Regno fino al 1806, sottolineò che la sovranità risiede nel popolo, ma, quanto al suo esercizio, esso non può essergli demandato. Abbruttito da secoli di oppressione il popolo, per tacita delega legittimata dalla tradizionale *lex regia*, deve necessariamente lasciarlo al Re.

Nel Settecento sono, quindi, due i modelli che si profilano all'orizzonte: da un canto quello definito, per convenzione, inglese che sembra riconnettersi alla libertà radicata prevalentemente nelle tradizioni e nelle consuetudini; dall'altro quello dominante nel continente europeo che invece assegna alla sovranità, sia essa esercitata da un delegato – il monarca – o direttamente dal popolo nelle varie forme possibili, il compito di istituire una comunità di liberi.

La *lex regia* è una norma ambigua al pari di tutti i suoi successivi reimpieghi, perché il linguaggio della legge può essere facilmente utilizzato per mascherare il dominio dell'autocrate come qualsiasi altra forma di oppres-

⁷⁵ *Quod principi placuit, legis habet vigorem, cum populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat; Imperator solus et conditor et interpret legis existimatur; sacrilegii instar est rescripto principis obvari.*

⁷⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. Book the First*, Oxford 1765, 73 s.

⁷⁷ In verità, già per Giambattista VICO, la monarchia imperiale – che non sorse artificialmente per effetto della favoleggiata *lex regia* inventata da Triboniano, ma per una *lex regia* naturale volta a evitare che le nazioni vadano in rovina per l'inconciliabile conflitto degli interessi privati – è una nuova forma del governo popolare. Per mantenersi al potere, è necessario che il sovrano mantenga il popolo soddisfatto ed elevi, mediante un ponderato sistema di concessioni e di privilegi, persone particolari, promuovendo, fuori dal proprio ordine, uomini di meriti straordinari e di virtù eccezionali: *La scienza nuova giusta l'edizione del 1744*, a cura di F. Nicolini, Roma-Bari 1974, vol. II, § 1084, 571 s.

⁷⁸ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Filadelfia 1819, lib. III, cap. XVIII, 439.

sione. Ma l'idea che la pervade (che la sovranità appartiene al popolo e da esso promana) rappresenta pur sempre il fondamento del nostro Stato democratico sovrano, quello, e riprendo le parole di Piero Calamandrei, «le cui determinazioni dipendono soltanto dalla volontà collettiva del suo popolo, espressa in modo democratico, e non da forze esterne, che stiano al di sopra del popolo e al di fuori dello Stato»⁷⁹.

⁷⁹ *Repubblica pontificia*, in *Il Ponte* – giugno 1950 ora in P. CALAMANDREI, *Lo stato siamo noi*, Milano 2011, 33-36, in part. 33. Sul tema della sovranità popolare propone un quadro che, nel complesso, mi convince A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma 2018, in part. 27 ss., ove puntuali ragguagli bibliografici.

PER UNA GENEALOGIA
DELLA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA:
TRA PENSIERO ROMANO
ED ELABORAZIONI MODERNE

Emanuele Stolfi

SOMMARIO: 1. Nel cuore del Seicento: parole antiche per realtà nuove. – 2. Di quel che i giuristi romani dissero e (soprattutto) non dissero. – 3. Il «dispositivo» della persona e il discrimine fra soggettività antica e moderna.

1. *Nel cuore del Seicento: parole antiche per realtà nuove*

Nel contesto del nostro incontro parigino, teso a proporre qualche primo sondaggio nel senso di una genealogia¹ del diritto occidentale e dei suoi tratti di fondo, con l'archeologia dell'eredità romana che esso ha ricevuto e fatto rivivere – un terreno complesso quanto fecondo, per vari

¹ Direttiva di lavoro per la quale trovo senz'altro applicabile, anche nel campo della storiografia giuridica, il rilievo di R. ESPOSITO, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino 2010, 75, secondo cui quello genealogico è pur sempre «il sapere dell'origine. Ma di un'origine strutturalmente inafferrabile». Posso inoltre rinviare a quanto osservato in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, 15 ss. ove altra bibl., a ridosso delle linee d'indagine emergenti nel secondo Foucault (quello, appunto, «genealogico», seppure l'abbandono del metodo archeologico non possa propriamente considerarsi, nella sua produzione, «un salto, ma piuttosto una diversa declinazione che articola l'analitica del potere alla fenomenologia del potere»: così lo stesso R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino 2016, 140). Del resto, che in Foucault il problema della genealogia fosse pur sempre «il problema dell'archeologia, ma di una archeologia che è priva di "arché", che è priva di principio», era già avvertito da F. RELLA, *Un'economia politica del corpo*, in M. CACCIARI-F. RELLA-M. TAFURI-G. TEYSSOT, *Il dispositivo Foucault*, Venezia 1977, 48. È secondo direttive teoriche non molto lontane che, a mio avviso, deve valutarsi anche l'intreccio, nel nostro convegno (e ora in questo volume), dei riferimenti ad archeologia e genealogia.

aspetti ancora da esplorare –, ho confidato riuscisse almeno calzante riprendere alcune chiavi interpretative da me già proposte, secondo un approccio non troppo distante, in alcuni contributi in tema di soggetto giuridico, persona e diritti². Non mancheranno peraltro, soprattutto nell'ultima parte del mio intervento (§ 3), le occasioni per spunti ulteriori e qualche sensibile variazione di prospettiva.

Vorrei entrare subito nel vivo del tema evocato nel titolo di questa relazione, e vorrei farlo ascoltando un paio di voci che, rispetto a quell'argomento, appaiono assolutamente decisive: collocabili a pochi decenni di distanza, entro una straordinaria officina del pensiero europeo, che avrebbe mutato per sempre il volto (anche) del diritto. Inizierei con una definizione di *ius*: in senso, appunto, soggettivo. Come tale *dicitur* la *potentia moralis*, che si distingue dalla *necessitas moralis* (la quale *dicitur obligatio*), così come *qualitas realis in ordine ad actionem duplex est – potentia agendi* da un lato, *necessitas agendi* dall'altro. E il *subiectum qualitatis moralis* è costituito (oltre che, in verità, dalla *res*)³ dalla *persona*, intesa quale *substantia rationalis: vel naturalis* (come *Deus, Angelus, homo*) *vel civilis* – quale un *Collegium, quod quia habet unam voluntatem certo signo dignoscibilem ... obligare et obligari potest*.

Queste parole, per quanto formulate in latino, non sono di un giurista romano, e sarebbero invero pressoché impensabili da parte sua. Le leggiamo, piuttosto, nella *Pars secunda (specialis, ad solam Jurisprudentiam restricta)* della *Nova methodus descendae docendaeque iurisprudentiae*⁴, composta

²Queste pagine presuppongono, in effetti, diversi miei contributi: ricorderei almeno E. STOLFI, I «diritti» a Roma, in *Filosofia Politica* 19 (2005) 383 ss. (poi, in una versione ampliata: *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi Senesi* 118 [2006] 120 ss.); *La nozione di «persona» nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia Politica* 21 (2007) 379 ss.; *Polites e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica*, in *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna*. Atti del Seminario internazionale Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008, Montepulciano (Siena) 2008, 17 ss.; *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 139 ss.; *Persona: von der Maske zum Rechtssubjekt*, in *Studi Senesi* 126 (2014) 405 ss.; *Alla ricerca di 'dispositivi' e 'paradigmi': un dialogo tra discipline*, in *SDHI* 81 (2015) 430 ss.

³Sul punto, per tutti, C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella «Nova methodus» di Leibniz*, in *Quaderni Fiorentini* 2 (1973) 74. Di recente si veda anche la nt. 92 (p. 64 ss. ove altra bibl.), del curatore, in G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza. In base ai principi dell'arte didattica premessi nella parte generale, e alla luce dell'esperienza* (saggio introduttivo, traduzione e note di C.M. DE IULIIS) Milano 2012.

⁴Si tratta, più precisamente, della *Pars II* §§ 14a e 15. L'opera leibniziana è accessibile anche in una recente ristampa (citata alla nt. precedente), corredata da una traduzione italiana: la prima, in forma completa. Cfr., per i passaggi richiamati nel testo, le pp. XCIII s. e 62 ss. Af-

nel 1667 da un Leibniz appena ventunenne (che a quell'opera, peraltro, avrebbe continuato a lavorare anche nei decenni successivi). Non vi spicca tanto il lessico impiegato nel censire – e porre al centro del discorso (due atteggiamenti che erano stati estranei all'esperienza antica)⁵ – la valenza soggettiva di *ius*. Questa non sarebbe affatto una novità: lo stesso *ius*, una quarantina d'anni prima, era stato inteso da Grozio (*De iure belli ac pacis* I.1.§ 4) come *qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum* (*qualitas moralis* che, se *perfecta*, era denominata *facultas*).

E del *ius* stesso nei termini di *potestas*, o appunto *facultas* (*moralis* o meno), già avevano ad esempio parlato, nel secondo Cinquecento, Donello (che richiama una *facultas et potestas iure tributa*, ove ben emergono due diverse valenze di *ius*: quale prerogativa individuale l'una e come ordinamento giuridico l'altra)⁶ e poi Vigelius, Luis de Molina e Suárez. Il primo⁷ parlava di *ius* come *potestas ac facultas a lege (a iure seu lege) concessa, agendi aliquid, vel faciendi*; il secondo⁸ quale *facultas aliquid faciendi, sine obtinendi aut in eo insistendi vel aliquo modo habendi, cui ei sine legitima causa contraveniatur, iniuria fit eam habenti*; il terzo⁹ come *facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*¹⁰.

fermazioni analoghe ricorrono anche in altri scritti, rimasti a lungo inediti, di Leibniz: cfr. P. CAPPELLINI, «*Status*» *accipitur tripliciter. Postilla brevis per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'Sistema del diritto romano attuale'* [1990], ora in ID., *Storie di concetti giuridici*, Torino 2010, 86 ove bibl.

⁵ Come verificheremo *infra*, § 2.

⁶ Così nel capitolo terzo del primo libro dei *Commentarii iuris civilis*, ora in *Opera omnia*, 1, Lucae 1762, 15 ss. In merito a questa elaborazione di Donello, per tutti, H.H. PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen*, in *ZSS* 65 (1947) 342 s.; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962², 167, 243; W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enciclopedia del diritto*, 12, Milano 1964, 673; P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici* cit. spec. 61 ss. ove altra bibl.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, 57 s.; M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 228 ss.; F. GALLO, *rec.* a M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano* cit. in *Iura* 49 (1998) 146 (ridimensionando la portata innovativa dell'apporto donelliano, enfatizzata invece da Breone); E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 168 s.

⁷ I passaggi ai nostri fini più rilevanti della sua opera (*Digestorum seu commentariorum iuris civilis libri L in VII partes distincti*, Basileae 1567) sono richiamati da M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 231, che giustamente osserva che «Vigelio, diversamente da Donello, non coordina il concetto di *ius* come "facoltà" con quello del *ius* come "ordinamento"».

⁸ *De iustitia et iure*, 1, Moguntiae 1614, 27 s. (tract. II disp. I).

⁹ *De legibus ac Deo legislatore* [1612] I.II.5 (= *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, a cura di O. De Bertolis, 1, Padova 2008, 32: un quadro delle diverse interpretazioni storiografiche cui questo passo ha dato luogo è in F. TODESCAN, *Introduzione*, ivi, spec. XLIV s.).

¹⁰ Sui passi maggiormente rilevanti di questi autori cfr., per tutti, H. COING, *Europäische Privatrecht. I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 172 (che, in particolare,

Né sarebbe impossibile risalire ancora più indietro: al Quattrocento di Gerson – sia pure ancora in riferimento alla *facultas* o *potestas* che «spetta ad ogni essere in rapporto all'ordinamento delle cose voluto da Dio»¹¹ – o fino alla costruzione ockhamista (uno snodo importante e presago di futuro, opportunamente valorizzato, fra gli altri, da Michel Villey, e in Italia da Paolo Grossi)¹².

considera la definizione di Luis de Molina di assoluto rilievo nella formazione storica del concetto di diritto soggettivo); Y.-C. ZARKA, *L'invenzione del soggetto di diritto*, in *Filosofia politica* 11 (1997) 428 ss.; M. BRENONE, *I fondamenti del diritto romano* cit. spec. 231; L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma 1999, 38 s.; Y.-C. ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité*, Paris 2000, spec. 7 ss., 85; C. DONAHUE JR., *Ius in the subjective sense in Roman Law. Reflections on Villey and Tierney*, in *A Ennio Cortese*, 1, Roma 2001, 508; B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, tr. it. Bologna 2002, 462. Peraltro, formulazioni non troppo dissimili da quelle appena riportate circolavano ampiamente fra altri esponenti dell'Umanesimo giuridico francese e (soprattutto) della Seconda Scolastica: per uno sguardo complessivo, e l'analisi di alcune voci, si vedano almeno M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. Grossi, Milano 1973, 53 ss.; P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, ivi, spec. 175 ss., 216 ss.; R. TUCK, *Natural rights theories. Their origin and developments*, Cambridge 1979, 46 ss.; J.J. MEGÍAS QUIRÓS, *De la facultad a la cualidad moral: El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía*, in *Anuario de filosofía del derecho* 9 (1992) 325 ss.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo* cit., 57 s.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari 1999, 112 ss.; *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II – tomo II, Milano 2008, 375 s. In particolare, è persuaso – in modo, a mio avviso, anche troppo perentorio – che in Francisco de Vitoria *ius* ricorra senz'altro nel significato di «diritto soggettivo» L. BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, Milano 2016, spec. 55 s.

¹¹ Così P. COSTA, *Civitas* 1 cit., 113. Sul punto cfr. anche M. VILLEY, *La promotion de la loi* cit., 64 s.; R. TUCK, *Natural rights theories* cit., 26 ss.; L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti* cit., 36 s.; B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali* cit. spec. 299 ss. ove bibl.

¹² Secondo i quali sarebbe da riconoscere un significato pressoché inedito – quello di '*potestas*', nozione che assurge poi a elemento cardine dell'intero ordine giuridico (dalla *potestas absoluta* di Dio agli '*iura poli*', concessi da Dio a ogni uomo e ancora sprovvisti di sanzione giuridica, sino agli '*iura fori*', prodotti dal diritto positivo umano) – a *ius* per come configurato nell'elaborazione francescana (e in particolare, appunto, in quella di Guglielmo di Ockham). Un'elaborazione legata al dibattito sulla povertà, e quindi alla tesi secondo cui i membri di quell'ordine avrebbero avuto, su quanto loro attribuito, non tanto il diritto di proprietà quanto il semplice uso. Attribuisce particolare risalto a queste posizioni ockhamiste (sino a scorgervi «la prima teoria del diritto soggettivo»), M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, tr. it. Milano 1985, 213 ss. Ulteriori indicazioni bibliografiche in N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in *RIDA* 3^a serie 54 (2007) spec. 380 s. nt. 5. Guarda in generale all'influenza degli ambienti francescani E.J.H. SCHRAGE, *Actio en Subjectief Recht*, Amsterdam 1977, 38 ss.; ma si veda anche L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Roma 1999; si richiamava alla tradizione nominalista nel suo complesso W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo* cit., 671 s. Un'ampia disamina dei fondamenti teologici e antropologici della disputa appena ricordata,

Nella pagina di Leibniz appena richiamata è dunque soprattutto altro a rivestire un carattere innovativo, sino a farne la più compiuta testimonianza circa la messa a punto della categoria di diritto soggettivo, e anche del *subiectum iuris* in una nuova e fortunata accezione, cui si collega – secondo una saldatura anch'essa destinata a segnare tutta la modernità giuridica (*infra*, § 3) – la nozione di «persona».

Quest'ultima è individuata quale soggetto di quella potestà morale, laddove il termine o sintagma che più ci riguarda (qui *subiectum*, altrove proprio *subiectum iuris*)¹³ compare ora praticamente per la prima volta (assieme alle attestazioni, pressoché coeve, di Hobbes)¹⁴, per indicare il tito-

così come delle sue corpose implicazioni giuridiche, è in P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni Fiorentini* 1 (1972) 288 ss. ove bibl. (il quale insiste sul soggettivismo francescano, assai lontano dalle visuali tomistiche e medievali in genere, per condividere così la lettura di Villey e sostenere che proprio in ambito francescano 'ius' «lasciando il terreno obbiettivo che gli aveva riservato la tradizione aristotelico-tomista, finisce per diventare una proiezione dei supremi interessi del soggetto»; sul nesso fra questa prospettiva e quella che sarà l'impostazione della Seconda Scolastica, cfr. lo stesso P. GROSSI, *La proprietà* cit., 138). Insiste sul ruolo del volontarismo francescano (che già «modella l'individuo proprietario di se stesso e del mondo») e dell'elaborazione ockhamista (cui tanto deve la «nozione moderna di soggetto ontologicamente libero e dotato di diritti»), a fronte del modello scolastico (che conduceva all'«annichilimento dell'individualità mondana»), E. SANTORO, *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell'antropologia liberale*, Pisa 1999, 134 ss., 148 ss., 164; ma si veda anche L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti* cit., 30 ss. Sembra invece attribuire maggior importanza alla filosofia tomista – unitamente alla riflessione cinquecentesca – che alle elaborazioni di ambiente francescano, R. TUCK, *Natural rights* cit. *passim* (su cui però cfr. lo stesso L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti* cit., 33 s.). Un ridimensionamento delle tesi di Villey è anche in H. COING, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *Festschrift H. Lange*, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, 193 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 1 spec. 35, 595 ove bibl. (secondo il quale l'associazione fra diritto e pretesa sarebbe stata propria della tradizione medievale ben anteriore ad Ockham, e il fine di quest'ultimo sarebbe stato non tanto nel senso di instaurare quell'associazione, quanto in quello di separare 'proprietà' da 'dominium' e 'diritto' da 'uso') e in B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali* cit. spec. 43, 61 ss., 153 ss. (che si sofferma anch'egli sulle ricorrenze preockhamiste di 'ius' in senso soggettivo, o addirittura inteso espressamente come potere; per pervenire però alla conclusione, a mio avviso difficilmente condivisibile, secondo cui «la società medievale era completamente permeata dall'attenzione per i diritti»: *op. cit.*, 87).

¹³ E *subiectum iuris summi in omnia* è per Leibniz Dio: *Nova methodus, Pars II § 15* (= G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza* cit., XCIII e 64).

¹⁴ Che era del resto ben presente all'autore (e già al tempo) della *Nova methodus*, come attesta più di una citazione rinvenibile in tale scritto: sul punto, fra i molti, R. PALAIA, *Unità metodologica e molteplicità disciplinare nella Nova Methodus descendae docendaeque iurisprudentiae*, in *Unità e molteplicità nel pensiero filosofico e scientifico di Leibniz*. Simposio Internazionale Roma, 3-5 ottobre 1996, a cura di A. Lamarra-R. Palaia, Firenze 2000, 150; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 215; S. CIURLLA, *Diritto, Giustizia, Stato. Leibniz e la rifondazione etica della politica*, Lecce 2005, 38 ss. (il quale ritiene quella di Hobbes una «incidenza ... davvero onnipresente in tutta la produzione leibni-

lare di un fascio di diritti e non più chi ai dettami del *ius* fosse sottoposto – quale «soggetto a esso»¹⁵. Una simile transizione semantica, che fende e ridisegna l'antropologia giuridica moderna¹⁶, interessa quell'espressione

ziana», convinto che essa risalterebbe «con più evidenza» proprio nella *Nova Methodus*; ma segnalando come, in merito alla «tematica dell'individuo» fosse in Leibniz anche più accentuata l'influenza di Suárez, al quale si è accennato poco sopra, nel testo); C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza* cit. spec. XVI, XXII s. Proprio ai due pensatori era dedicato un brillante contributo di Ascarelli (*Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBS-G.W. LEIBNIZ, *Testi per la storia del pensiero giuridico*, Milano 1960), considerato da G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 134 nt. 98 «probabilmente lo scritto più intelligente che sia stato dedicato a Leibniz giurista» (circa quello studio di Ascarelli, da ultimo, M. GRONDONA, *Storia, comparazione e studio del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main 2018, 219 ss.). Sul nuovo significato assunto dal termine *subiectum* in Hobbes, per tutti, Y.-C. ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité* cit., 14 s. Riguardo al «primato del diritto soggettivo nel sistema giuridico di Hobbes», per tutti, M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico* cit., 567 ss.

¹⁵ Di un *objectum juris (et obligationis)*, identificato nel *corpus subjecti* – oltre che nella *res* o nella *persona tertii* – Leibniz parla più tardi (*Pars II* § 16 = G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza* cit., XCIV e 67 s.), laddove fra l'altro identifica la *libertas* nel *jus in corpus meum tanquam subjecti*.

¹⁶ Come posto in luce da tempo: si vedano, per tutti, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit., 139; R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, 117 s.; C. MAIORCA, *Diritto soggettivo. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, 11, Roma 1989; Y.-C. ZARKA, *L'invenzione del soggetto di diritto* cit., 427 ss.; *L'autre voie de la subjectivité* cit. spec. 9 ss., 85 ss., 99 ss.; G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli 2006, 20 s.; G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino 2006, 26; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli 2007, 12; U. VINCENTI, *'Persona' e diritto: trasformazioni della categoria giuridica tradizionale*, in G. BONIOLO-G. DE ANNA-U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano 2007, 153; C.M. DE IULIIS, in G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza* cit., 63 s. nt. 91 ove altra bibl. Su questa eterogenesi di significato, dal valore veramente epocale, che ha interessato *subiectum iuris* posso inoltre rinviare a E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 157 ss. e *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. spec. 159 ss. Rispetto alla ricostruzione che lì proponevo non modificherei l'individuazione di tempi e protagonisti di quella svolta, anche a fronte del rilievo – formulato da R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino 2013, 110 ss. – secondo cui, se è vero che «il sintagma *subiectum iuris* non si afferma prima del XVII secolo», solo a partire da Kant «il termine *subiectum*, che fino allora aveva significato pressappoco quel che oggi intendiamo per "oggetto" acquisirà il suo statuto definitivo di principio ordinatore della realtà». Estremamente interessante e meritevole di una più puntuale disamina – anche se, a mio avviso, non al punto di elidere completamente la fondamentale cesura, introdotta con la modernità, che coinvolge le due figure (*infra*, § 3) – trovo poi quanto l'autore osserva nel medesimo saggio (spec. p. 111) a proposito dell'analogia dinamica che coinvolge «soggetto» e «persona» (condizionando «l'unità alla separazione tra parti subordinate», nel segno di una contiguità, non solo etimologica, fra soggettività e assoggettamento), e più precisamente riguardo al «carattere binario della stessa

anche fuori del diritto, e segnatamente in campo filosofico: come ha osservato Roberto Esposito¹⁷, «nel linguaggio latino, e ancora in quello medioevale, fino almeno a Cartesio, il termine *subjectum* indicava in realtà l'oggetto di una regolazione ad esso esterna».

Proprio quest'uso di *subiectum* appare particolarmente significativo, tanto più che non era affatto consolidato nel linguaggio (anche) giuridico del tardo Seicento, e ancora dei decenni successivi. Basti pensare alla centralità che non ad esso, bensì alla nozione di *homo* – quale «uomo naturale», ma in verità «un uomo piuttosto diafano e assai astratto»¹⁸ –, sarà ancora attribuita, a metà del secolo seguente, nelle *Institutiones juris naturae et gentium* di Christian Wolff (1750), ove pure non pochi studiosi ritengono ormai fermo il sotteso richiamo al diritto soggettivo¹⁹. Ed è appunto tutto ciò che ha giustamente indotto a scorgere in Leibniz l'autentico «inventore» dell'idea di soggetto di diritto²⁰.

Gli anni centrali del XVII secolo ci appaiono dunque l'autentico laboratorio di una svolta. Aggiungerei – e non mi sembra che ciò sia mai stato posto in risalto, anche se la coincidenza di tempi non deve necessariamente

nozione di soggetto, riconoscibile appieno soltanto attraverso il confronto della genealogia filosofica con quella, giuridica e teologica, della persona».

¹⁷ Terza persona. *Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino 2007, 101.

¹⁸ Così G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit., 147. Sulla costruzione del sistema wolffiano attorno al concetto di *homo* cfr. anche R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche* cit., 119.

¹⁹ Ritengo però davvero difficile sostenere – come scrive invece M. THOMANN, *Christian Wolff et le droit subjectif*, in *Archives de philosophie de droit* 9 (1964) 153 – che quando Wolff compose la sua opera il diritto soggettivo era ormai «un lieu commun de la doctrine et de la pratique juridique». Altrettanto è da dirsi per H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"*, in *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, 1, Frankfurt am Main 1982, 255, che a sua volta stima centrale il ruolo svolto dal diritto soggettivo nelle *Institutiones* wolffiane. Ritieni piuttosto che, in quest'opera, «il termine *subiectus* troverà un limitato e non sempre chiaro impiego» R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche* cit., 118. Un approfondito e critico riesame dell'apporto di Wolff, e delle interpretazioni di cui è stato oggetto, è in P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici* cit., 72 ss. ove altra bibl., il quale ne problematizza radicalmente certe letture volte a cogliervi una prima, compiuta messa a punto dell'unitaria nozione di «Rechtsfähigkeit», per individuarvi piuttosto «un'involuzione nei confronti dello stesso Donello per quanto concerne la concreta e specifica fondazione della qualità di persona», così che proprio il concetto di *subjectum iuris* vi risulta consegnato a «un uso 'anfibologico' ... che istituisce ... una biunivocità tra (s)oggetto 'destinatario' (quasi si direbbe 'colui' che *sub-jacet*, 'soggiace', e non già 'è capace') e quei *certi* diritti e quelle *certe* obbligazioni ammissibili nell'ambito della mentalità della *concessio*».

²⁰ In tal senso, per tutti, Y.-C. ZARKA, *L'invenzione del soggetto di diritto* cit., 439 ss., secondo il quale «la caratterizzazione di 'diritto soggettivo' è più giustificata quando è applicata alla concezione leibniziana del diritto che quando lo è a quella groziana». Cfr. anche R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche* cit., 118 s.

assumere un univoco significato eziologico – che esattamente a metà strada fra l'apparizione del capolavoro di Grozio e la redazione dell'opera giovanile di Leibniz si colloca la pace di Westfalia (1648). Essa non solo influenzò la concezione – pragmatica, in verità, ancor più che teorica – che dello Stato ebbe il secondo autore²¹, ma soprattutto contribuì in modo decisivo al pieno «riconoscimento della sovranità degli Stati territoriali»²². In effetti, nella nota interpretazione di Carl Schmitt²³, proprio con l'accordo del 1648 si determinò una definizione istituzionale della «personalità dello Stato, rappresentativa e sovrana»: Stato che solo allora (osservava lo stesso Schmitt) veniva integralmente messo «“in forma”, quale soggetto di diritto e quale “persona” sovrana». Secondo tale lettura, le interazioni fra queste entità territoriali, raffigurabili come «*magni homines*», avrebbero dato vita a un nuovo ordine giuridico europeo, in grado di subentrare alla *res publica Christiana* del medioevo e della prima modernità.

Ecco dunque quale scenario di forze e idee era alla base della nuova semantica di *subiectum iuris* e della prima, compiuta messa a punto di un'unitaria categoria dei diritti soggettivi. Da una parte troviamo il singolo – l'individuo/*persona*, sempre più destinato a disintegrarsi da quella rete di corpi, collettività e gerarchie in cui era necessariamente iscritto dall'antropologia precedente, e quindi dal pensiero teologico e giuridico sino al Quattrocento²⁴ – e dall'altra lo Stato, organismo (umano, mostruoso o meccanico: qui poco importa) in cui veniva a concentrarsi un potere immane, che esigeva argini e disciplina nelle sue esplicazioni sia all'esterno, nei confronti degli altri «*magni homines*», sia all'interno, nei riguardi di ciascun consociato.

Personalmente non sarei certo che l'intera vicenda del diritto soggettivo – diciamo, fra Grozio e Savigny o, se preferiamo, fra Spinoza e Kant – sia

²¹ Come è stato segnalato, in particolare, da I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., 221. Sulla concezione leibniziana dello Stato come «Persona unitaria», per tutti, S. CIURLIA, *Diritto, Giustizia, Stato* cit., 99 ss.

²² Così ancora I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., 101.

²³ *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum Europaeum»*, tr. it. Milano 2003³ (ed. or. 1950, poi 1974) 169 s.

²⁴ Circa l'assenza, nell'esperienza medievale, non tanto del «diritto» quanto del «soggetto» (inteso come «autonomo porsi di un individuo svincolato da una complessa rete di appartenenze e di dipendenze»), puntuali osservazioni in P. COSTA, *Civitas* 1 cit., 36. Sul fatto che, in quel contesto, «nella concreta dinamica socio-giuridica il diritto del soggetto si declina non tanto al singolare quanto al plurale: all'individuo vengono assegnati (per così dire) “pacchetti” di oneri e privilegi differenziati secondo lo *status* di appartenenza», al punto di potersi affermare che «l'individuo ... non esiste se non come essere-in-relazione, se non come parte di un gruppo che lo include» si veda lo stesso P. COSTA, *Diritti fondamentali* cit., 370 s.

tutta da valutare, come è stato proposto, nei termini di una lotta per la libertà dell'individuo a fronte dell'ingerenza statale, e che addirittura ogni attacco sofferto da quella nozione sia da ricondurre a una tensione a fondare, da un lato, uno «Stato sovrano e irresponsabile rispetto a norme e valori ad esso esterni e superiori», e, dall'altro, un diritto positivo «come insieme di regole valide interpretabili solo in quanto emanazioni d'un principe o legislatore»²⁵. Ma al di là del carattere forse troppo unilaterale di una simile interpretazione, rimane il dato di fondo cui si accennava: è infatti la dialettica fra quelle due personalità, pubblica e privata, a costituire il necessario presupposto per creare l'unitaria e nevralgica categoria di diritto soggettivo; o, se preferiamo, per l'edificazione di un'idea forte di soggettività giuridica – una simile dialettica è proprio quel che rende tutto ciò pensabile e, al tempo stesso, in larga misura lo esige.

Consideriamo ora, da una parte, la provenienza antica dei segmenti normativi (soprattutto figure e soluzioni del diritto privato) che venivano riassettrati in questa costruzione, piegati a un disegno logico nuovo – un fenomeno particolarmente eclatante proprio nella linea di lavoro che congiunge Leibniz a Wolff, all'insegna di una perdurante vigenza del diritto romano, tradotto però in una trama di proposizioni logicamente conseguenti, da inferire e concatenare entro le scansioni deduttive del sistema²⁶ – e, dall'altra parte, la difficoltà di trovare alla base dei testi del Digesto o del Codice giustiniano due presenze altrettanto incisive: una compagine pubblica anche solo accostabile allo Stato seicentesco, e una nozione forte di individuo, che non si risolve nel suo essere membro (*civis*) o apice (*pater familias*) di realtà pluripersonali²⁷.

²⁵ Sono parole di M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo* cit., XI. Circa le linee di fondo della sua impostazione, e i suoi tratti a mio avviso meno persuasivi, E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 167 s.

²⁶ In merito alle opere giovanili di Leibniz (non solo la *Nova methodus*, cui viene fatto riferimento nel testo) e la concezione nuova – feconda di futuri sviluppi – che vi emerge, «secondo cui le proposizioni giuridiche, cioè le norme, sono nel loro complesso un sistema, potenzialmente completo», si veda ad esempio G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit., 133 ss., spec. 139 (sue le parole citate); ma cfr. anche I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., 209 ss. e S. CIURLIA, *Diritto, Giustizia, Stato* cit. spec. 51 ss., entrambi con altra bibl. Secondo alcuni autori, peraltro, il Leibniz più maturo avrebbe percepito i limiti di una razionalità di tipo matematico, non considerandola più l'unico strumento per decidere ogni questione, così da lasciare talora spazio alla «logica del verosimile»: così, in particolare, C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica* cit. spec. X s., XXXI ss. (che mi sembra però forzare alcuni dati, pur di far emergere una personalità intellettuale diversa da quella comunemente riconosciuta; peraltro, sul rapporto fra «logica del probabile» e «logica giuridica» in Leibniz cfr. anche S. CIURLIA, *Diritto, Giustizia, Stato* cit. spec. 23 s. ove bibl.).

²⁷ Sull'assenza, entro il panorama antico, di queste due figure, almeno nei termini forti ed

Ecco che questo duplice ordine di riflessioni ci immette entro una pratica di sapere (ma anche di potere) che è esattamente una di quelle rielaborazioni dell'eredità romana su cui il nostro incontro si prefiggeva di gettar luce. In una simile vicenda riesce costitutiva l'interazione di continuità di lungo periodo – a livello di persistenza di nuclei normativi, ma anche di certe forme concettuali e della razionalità messa in campo – e di cesure epocali (come quella appena richiamata, nel cuore del Seicento).

Un itinerario che, proprio per questo, si presta a essere correttamente ripercorso solo attraverso un approccio genealogico, che non solo ci ponga in guardia rispetto a ogni anacronismo – l'ossessione della continuità e la rivisitazione «attualizzante» delle soluzioni giuridiche antiche, come pure la proiezione, su di esse, di categorie e assetti solo posteriori –, ma induca anche a destrutturare ogni rassicurante mitologia dell'origine, come desti-

espliciti con cui sono state configurate nella modernità – che ne è poi l'accezione maggiormente significativa, tanto più per lo storico del diritto – ho insistito più volte, cercando di fornire qualche orientamento in merito alla ricca discussione storiografica: cfr. almeno *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. spec. 22, 81 ss. (in riferimento alle antiche *póleis*), 150 ss. Efficace quanto scrive, sul secondo versante, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017², 438 s., ad avviso del quale nel mondo classico «una concezione autenticamente individualista della persona e della soggettività sociale non si radicò ... mai», e «quando affiorarono tentativi in questa direzione ... ebbero sempre un carattere periferico e minoritario. Finivano con il suggerire soltanto una fuga nell'interiorità dell'anima, non la nascita di un'autentica pressione emancipatrice». La contrapposizione fra il *pater* e il *civis* romano e «l'*homo* generico, non condizionato ai tempi e ai luoghi, concepito come una personalità astratta, dotata di facoltà o di tendenze originarie, che assurgono a dignità di diritti inviolabili», quale si delineò solo col giusnaturalismo moderno, era già in G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. 1. Individualismo e diritto privato*, Torino 1911, rist. 1959, 54; circa la difficoltà di configurare, a Roma, soggettività ed eguaglianza giuridico-formale, anche G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli 2006, spec. 8 ss.; sul fatto che «il giusnaturalismo moderno non presuppone un soggetto di diritto» (quale categoria, pertanto, ereditata dall'antichità), «ma lo produce al termine di una lunga elaborazione storica», Y.-C. ZARKA, *L'invenzione del soggetto di diritto* cit., 443. Circa l'altro profilo, considera giustamente una «inutile ridondanza» il sintagma 'Stato moderno' (dal momento che, appunto, esso si dà compiutamente solo entro quella stagione storica) P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione 'archeologica'*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari 1994, 55. Circa l'impossibilità (o almeno improprietà) dell'impiego della nozione di 'Stato' fuori della medesima modernità, si vedano anche, per tutti, R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino 1968, spec. 185 s.; G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, ora in *Le regolarità della politica*, 2, Milano 1988, 802 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 43, Milano 1990, spec. 729 ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, spec. 41 ss. ove bibl. (ma in riferimento alla sola realtà medievale, non esitando invece a impiegare 'Stato' per il mondo romano, il che desta invero più di una perplessità); V. MAROTTA, *La «legislazione» imperiale in età severiana*, in *SDHI* 67 (2001) 505 ss. Sono stati avanzati dubbi, e assai autorevoli, anche sulla possibilità di attribuire a 'Stato', per come ancora impiegato fra XV e XVI secolo, un'accezione analoga a quella «odierna»: cfr. ad esempio F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari 1997⁹, 143 ss.

nata a imprimersi in modo naturale e indelebile sul nostro codice genetico, per conoscere poi solo epidermiche variazioni.

In una direzione decisamente difforme, se non opposta, trovo felicissima – e in larga parte da mettere ancora a frutto in sede di storiografia giuridica – la lezione di metodo di Foucault²⁸, laddove egli osservava che «sapere, anche nell'ordine storico, non significa “ritrovare”, e ancor meno ritrovarci» e la storia, se appunto «genealogicamente diretta, non ha per fine di ritrovare le radici della nostra identità, ma d'accanirsi al contrario a dissiparla; non si mette a cercare il luogo unico da dove veniamo», ma piuttosto «si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano»²⁹.

2. Di quel che i giuristi romani dissero e (soprattutto) non dissero

Come accostarci allora all'elaborazione dei giuristi romani circa i temi più contigui a quello che ora maggiormente interessa (quasi, pur senza alcuna implicazione evolucionistica, la loro archeologia): temi analizzando i quali essi seppero comunque coniare quel complesso di più circoscritte nozioni e dottrine messe a frutto, in diverso modo, fra Giusnaturalismo e Pandettistica?

Cercherei di sottrarmi a letture rigidamente alternative e contrapposte, che risolvano l'interrogativo attraverso una perentoria polarità: così per chi veda nell'esperienza antica solo il percorso di un'assenza, pressoché costante nel tempo, e in ogni caso poco significativo rispetto alla vicenda moderna (che potrebbe essere seguita con profitto senza richiedere alcuna incursione verso quanto è alle sue spalle); oppure per chi, al contrario, stimi legittimo e fruttuoso colmare quei vuoti antichi, attingendo senz'altro ai «nomi» odierni per indicare, e ricomporre anche entro gli scenari originari, le «cose» che i *prudentes* ebbero presenti, pur non disponendo di una terminologia idonea a esprimerle (è la linea che dalla prolusione milanese di Betti³⁰ sfocia ben dentro il dibattito attorno alla possibile configurazione

²⁸ In *Microfisica del potere*, tr. it. Torino 1977, 43.

²⁹ Così ancora M. FOUCAULT, *Microfisica del potere* cit., 51. Dal rilievo di simili posizioni, e da altri degli innumerevoli spunti che il pensiero di Foucault consegna agli storici del diritto (qualunque sia il periodo al centro dei loro studi) ho preso le mosse in *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 14 ss. ove bibl. (ma, per più versi, anche a p. 51 ss., a proposito della costruzione dell'identità, anche in campo giuridico: un fenomeno di indubbia artificialità, esito di dinamiche di memoria tanto quanto di oblio, ove sapere e potere si confrontano e contaminano, sino a integrarsi l'un l'altro).

³⁰ Del quale ho appunto riecheggiato la terminologia, nel senso che nella sua produzione ri-

romana dei diritti soggettivi, per sorreggere, in particolare, la posizione³¹ di Pugliese)³². O l'inutilità o la forzatura storica, scontando, nel secondo caso, il falso presupposto della neutralità di certe categorie, presentate come pure forme logiche: questa la deprimente alternativa verso cui rischiano di condurre queste giustapposte visioni.

Ma neppure stimerei del tutto appagante ridurre il problema nel segno di un'univoca e compatta concezione oggettivistica – che attraverserebbe, segnandolo di sé, tutto il pensiero autenticamente pre-moderno, da Aristotele alla Scolastica passando per i giuristi romani – da contrapporre in blocco al soggettivismo dei secoli a noi più vicini, o almeno alle teoriche sviluppate a partire da Ockham, così che, in particolare, le *res incorporales* di Gaio (delle quali presto diremo) rimarrebbero da considerare alla stregua di mere cose, per quanto intangibili, e mai come poteri sulle cose stesse.

Era questa, come noto, soprattutto la posizione di Villey³³. Il suo significa-

corre più volte, quasi ossessivamente, quest'immagine della «cosa» (ossia di una determinata realtà giuridica: un concetto, categoria o schema astratto), presente agli antichi anche laddove il lessico per designarlo (il «nome») sia di conio esclusivamente moderno. Si è soffermato su questo tratto dell'impostazione bettiana soprattutto A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno*, Bari 1980, 111 ss., e *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari 1990, 294 ss. Cfr. anche E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 126 ss.

³¹ Oltre che dello stesso Betti, di cui si veda soprattutto (in aperto dissenso dall'orientamento di Villey, del quale si dirà fra breve) *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica* [1952], ora in E. BETTI, *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, 397 ss. Circa la contiguità fra la sua posizione, in merito al tema che ci interessa, e quella di Pugliese cfr. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 282. Si veda inoltre N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius* cit., 391 ss. ove altra bibl.

³² Cfr. soprattutto G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e *il problema del diritto soggettivo*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, 3, Napoli 1952, 224 ss., spec. 247 ss.; ma anche *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, spec. 37 ss., 71 ss. Ho insistito sulle posizioni di questo autore – pressoché integralmente antitetiche rispetto a quelle di Villey, su cui ci soffermeremo fra un attimo – in *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 134 ss. ove ulteriore bibl. Altri erano anche più espliciti nel riconoscere nella *res incorporalis* di Gaio il puntuale corrispettivo del moderno diritto soggettivo: ad esempio H. KRELLER, *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in *ZSS* 66 (1948) 583 s., la cui posizione è apparsa W. FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in *ZSS* 79 (1962) 23 s., rappresentativa di tutti i fraintendimenti a cui la moderna romanistica ha dato vita in questa materia; non troppo diversamente, J.W. TELLEGEN, *Res incorporalis et les codifications modernes de droit civil*, in *Labeo* 40 (1994) 41 ss.

³³ Si veda, in particolare, M. VILLEY, *Le "jus in re" du droit romain classique au droit moderne. Suivis des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs*, in *Conferences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*, Paris 1950, 187 ss., spec. 194 s.; *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, in *RIDA* 2.3 (1949) [*Mélanges F. De Visscher*, 2, Bruxelles 1949] spec. 426 ss.; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* cit., 167 ss., spec. 180 ss., 231 s.; *La formazione del pensiero giuridico* cit., 202 s.; *Le 'Droit subjectif' et la science juridique ro-*

to di fondo, tale da farci meglio comprendere anche le aspre reazioni che ha suscitato, risiede nella serrata contestazione rivolta proprio alla categoria di diritto soggettivo – che, ad avviso dello studioso francese, sarebbe stato merito degli antichi non aver affatto elaborato –, e soprattutto al pregiudizio secondo cui il diritto dell'Europa moderna avrebbe tratto da quello romano la sua struttura soggettivistica³⁴. Enfatizzare le peculiarità dell'esperienza antica diveniva così, per Villey, strumento di analisi critica rispetto al diritto dei moderni: spezzata la continuità con le fonti romane, le soluzioni attuali, e la filosofia che le sorregge, si rivelavano nella sua ottica tutt'altro che scontate.

maine, in *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983, 69 ss. Le posizioni di questo studioso presentano più di un punto di contatto con quanto scrive R. MONIER, *Le date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, in *Studi S. Solazzi*, Napoli 1948, 357 ss., spec. 362 ss., e sono apertamente condivise da B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA* 20 (1949) spec. 358 s. nt. 1; M. THOMANN, *Christian Wolff et le droit subjectif* cit., 154; J.W. TELLEGEN, *Res incorporalis* cit., 45 s. (pur con alcuni spunti critici); M. LA TORRE, *Disaventure* cit., 51 s. Per una critica all'interpretazione di Villey, oltre a quanto rilevato circa la ricostruzione di Betti e Pugliese, cfr. F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, in *Studi E. Betti*, 2, Milano 1962, 113 ss.; J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, in *Archives de philosophie de droit* 9 (1964) 19; O. ROBLEDA, *El derecho subjetivo en Gayo*, in *Studi G. Scherillo*, 1, Milano 1972, 7 ss.; G. GROSSO, *La distinzione fra «res corporales» e «res incorporales» e il secondo capo della «lex Aquilia»*, ora in *Scritti storico giuridici. 2. Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino 2001, 673; rec. a *Mélanges F. De Visscher* cit., ora in *Scritti storico giuridici* cit., 4, 277 s.; *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti*, a cura di L. Lantella, Torino 1974, 52 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporales quali elementi del patrimonio*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno*, Milano 1994, 30 s.; C. DONAHUE JR., *Ius* cit., 509 ss. Condivisibili i rilievi di M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 283, secondo cui Villey avrebbe, in particolare, escluso sempre «la rilevanza del momento soggettivo», il quale è invece «ineliminabile» nella storia dell'usufrutto e in molteplici impieghi del segno 'ius' (*ius eundi*, *ius agendi*, *ius testamenti faciendi* ecc.); non troppo diversamente B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali* cit., 36. Concorda invece sul fatto che quello romano possa essere considerato «un diritto eminentemente oggettivo, per differenziarlo dal moderno», ma mettendo in guarda dal rischio di «conferire al termine un significato sostanziale» R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino 2014, 47. Per una mirata analisi della riflessione di Villey sul nostro tema cfr. inoltre K.W. NÖRR, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *Festschrift H. Lange* cit., 193 ss.; L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti* cit., 17 ss.; N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius* cit., 379 ss. ove altra bibl.; P. COSTA, *Diritti fondamentali* cit., 367 e 370. A sua volta, e tramite un percorso sensibilmente diverso, riteneva che «der Begriff des subjektiven Rechts» fosse, non meno di quelli di «Rechtsobjekt» e di «Rechtssubjekt», sconosciuto ai Romani, i quali «kennen nur die Personen und die Sachen, und Recht in eigentlichen Sinne ist ihnen nur das sogenannte objektive», H.H. PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen* cit., 340; così come escludeva ogni corrispondenza fra le *res incorporales* di Gaio e i moderni diritti soggettivi, W. FLUME, *Die Bewertung* cit., 24 s.

³⁴ Di un simile pregiudizio possiamo considerare emblematici i rilievi di uno studioso, pur autorevole e sensibile alla dimensione storica, quale V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, in *NNDI*, 5, Torino 1960, 1048: «che il diritto soggettivo si sia affermato ... nell'ambito della grandiosa esperienza storica ... quale fu il diritto romano, non v'ha dubbio ... tutta la storia del diritto romano è una sorta di epopea dello spirito pratico impegnato nella 'lotta per il diritto', che è il diritto dei soggetti».

Non disconosco affatto i meriti di un simile orientamento, volto a decostruire, o comunque a rivisitare radicalmente, presunte costanti della nostra tradizione, che si rivelano niente più che operazioni apologetiche del presente giuridico, o al massimo del suo recente passato, coi pretesi dogmi e a-priori che lo costellano. Ma il discorso in merito alle impostazioni antiche, come cercherò di mostrare, è verosimilmente più complesso, ed esige un lavoro minuzioso e ricco di insidie, teso non a oscurare o colmare i vuoti espressivi, ma semmai a valorizzarli e interpellarli – operazione sempre rischiosa, ma talora ineludibile: quasi una «archeologia del silenzio»³⁵ –, e in grado di misurarsi con testi famosi, già al centro di innumerevoli e difformi interpretazioni.

Due, in particolare, mi sembrano le assenze ingombranti, con cui occorre fare i conti – oltre a quella, già ricordata, ma comune a tanta parte dell'elaborazione medievale e protomoderna, di un'espressione pienamente indicativa del nostro «soggetto di diritto». Mi riferisco, da una parte, all'omissione del *dominium* fra le *res incorporales* affrontate in un noto passaggio delle *Istituzioni* gaiane (2.12-14)³⁶, e dall'altra alla mancata inclusione, in un'enunciazione non meno celebre di Paolo³⁷, di diritto (in senso

³⁵ Mutuo l'espressione, inerente al dibattito fra Derrida e Foucault a proposito della *Storia della follia* di quest'ultimo, da R. ESPOSITO, *Da fuori* cit., 120.

³⁶ *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. (13) Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. (14) Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.* Il testo gaiano è stato conservato anche nel Digesto (D. 1.8.1), e sostanzialmente riprodotto nelle *Istituzioni giustiniane* (*Iust. inst.* 2.2): circostanza fortunata, che ha consentito la conoscenza della classificazione fra *res corporales* e *res incorporales* – sia pure decontestualizzata dall'originario impianto espositivo – anche agli interpreti anteriori al ritrovamento (nel 1816) del palinsesto contenente il manuale gaiano.

³⁷ Si tratta di Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper bonum ac aequum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. Nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.* Su questo passo si vedano soprattutto C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in ANRW., II.15, Berlin-New York 1976, 695 ss. ove bibl.; A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, in BIDR. 94-95 (1991-1992) 351 ss., spec. 356 ss., nonché la rec. di G. ARICO ANSELMO, in *Iura* 44 (1993) 311 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, spec. 116 s.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, spec. 191 s.; D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8: 18.1.34.1-2)*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani-A. Schiavone,

soggettivo proprio laddove era illustrata la polisemia del segno *ius* (il quale *pluribus modis dicitur*: con riguardo a *ius naturale, civile, honorarium* e anche al luogo in cui, da parte del magistrato, il medesimo *ius redditur*)³⁸.

Quest'ultima, incompiuta (ai nostri occhi) tassonomia è davvero emblematica, e assai difficile da spiegare pensando semplicemente a una generica avversione romana per astrazioni e sistematiche³⁹. Ne viene piuttosto marcata, nel vuoto che apre, un'eclatante distanza rispetto a quella primissima distinzione – diritto oggettivo *versus* diritto soggettivo – che da secoli ci è familiare in ogni trattazione, anche isagogica, del fenomeno giuridico, ma che non potremmo rinvenire neppure nelle successive rivisitazioni del passo paolino (pur orientate, sotto altri profili, a completare la semantica di *ius*)⁴⁰, almeno sino al ricordato intervento di Donello⁴¹. Quest'ultimo, infatti, nel disporre dialetticamente i significati di *ius*, ne aggiungeva uno nuovo, di carattere metonimico: quello appunto di *facultas et potestas iure tributa* – un passo che trovo rilevante, anche se ancora non definitivo, verso una teoria del soggetto e dei suoi diritti.

Non meno significativo, oltre che controverso, quel che veniva detto (e soprattutto non detto) nel precedente brano di Gaio. Già più volte⁴² mi

Pavia 2007, spec. 540 ss. ove bibl.; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in *SDHI* 74 (2008) 65 ss. e nt. 133 ove altra bibl. Mi sono anch'io più volte soffermato su questo frammento: cfr. *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 147 ss.; *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 167 s.; *Immagini di 'officia' e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, a cura di E. Stolfi, Napoli 2011, 15 ss.

³⁸ Sulla portata che tale sintagma assume in questo contesto – anche in confronto con le ricorrenze di un'analogia terminologia in Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.10, 27, 34 – posso rinviare a E. STOLFI, *Immagini di 'officia'* cit., 11 ss., spec. 16 s. ove bibl.

³⁹ In astratto più plausibile – ma non facile da provare – è l'ipotesi di H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"* cit., 245, secondo il quale la collocazione palinogenetica di D. 1.1.1.11 (*De acquirendo rerum dominio* [cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, 1, Leipzig 1889, 1287], e più in particolare, verosimilmente, la trattazione della *in iure cessio*), potrebbe spiegare l'omissione in esame, che stupisce invece nel passo (solo) per come oggi si presenta a seguito della decontestualizzazione giustiniana. Lo stesso autore, del resto, si sofferma (*op. cit.*, 245 s.) sugli usi di '*ius*' in senso senz'altro soggettivo, ed è anzi convinto della presenza, nel diritto romano, di un diritto soggettivo – per quanto tenda poi a escludere che esso vi abbia giocato un ruolo rilevante, anche a livello sistematico.

⁴⁰ In particolare – secondo M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* cit., 229 – rileva la circostanza che, nell'accostarsi a D. 1.1.1.11, Glossatori e Commentatori introducano significati ulteriori, ma mai in chiave soggettiva. E il fatto che «ces excellents connaisseurs des textes romains ne mentionnent pas que *jus* ait le sens de droit subjectif» confermerebbe l'assenza, non solo nel testo di Paolo, di costruzioni romane in tal senso.

⁴¹ Vi abbiamo già accennato, al § 1 (e nt. 6, ove bibl.).

⁴² Si veda almeno E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit. spec. 138 ss. e *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 164 ss.

sono soffermato sui termini – pressoché banali nella formulazione, ma ricchissimi di implicazioni⁴³ – in cui egli raffigurava la distinzione fra *res corporales* e *incorporales*. Queste ultime erano caratterizzate dalla intangibilità: un criterio di verosimile ascendenza aristotelica, poi attestato nei *topica* ciceroniani e in una citazione festina di Elio Gallo, senza trascurare alcuni versi di Lucrezio, un passaggio dell'*institutio oratoria* quintiliana e soprattutto di un'*epistula* senecana⁴⁴ (in cui di recente

⁴³ In quanto, come vedremo fra breve, proprio il ricorso alla nozione di «cosa incorporale» consentiva a Gaio di organizzare l'intera trattazione isagogica, condensando nel secondo termine della sua tripartizione (quello delle *res*, dopo le *personae* e prima delle *actiones*) l'analisi di tutto quello che noi indicheremmo come diritto privato patrimoniale. In effetti la nozione di *res incorporalis*, unitamente a quella di *res corporales* (in cui risultava assorbito, come ricorderemo, anche il relativo *dominium*), orientava la trattazione dei modi di acquisto dei diritti sulle cose (*inst.* 2.18-98), e a questa faceva seguito la disamina di quelle particolari *res incorporales* costituite dall'*hereditas* (*inst.* 2.99-3.87) e dall'*obligatio* (*inst.* 3.88-225). Sul rilievo «sistematico» (e non in funzione esclusivamente espositiva) dell'idea di *res incorporalis*, acute osservazioni sono soprattutto in F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales – res incorporales' e 'res mancipi – res nec mancipi' nella sistematica gaiana*, in F. BONA-F. GALLO-F. GORLA-L. LANTELLA-M. SARGENTI-N. SCAPINI-P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 431 ss. ove bibl. Una messa a punto circa l'attenzione storiografica rivolta al «collegamento ... tra la classificazione 'res corporales/res incorporales' e la tripartizione 'personae-res-actiones'» è in G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA* 55 (2012) 145 ss. ove bibl. È poi appena il caso di ricordare che lo stesso impianto del manuale di Gaio costituisce, a quanto ci consta, una soluzione innovativa (quanto fortunata, destinata a riproporsi nei secoli in molteplici vesti, anche nella filigrana dei nostri codici civili): per qualche orientamento circa le posizioni storiografiche emerse al riguardo cfr. almeno F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionsystems*, in *ZSS* 70 (1953) 99 ss.; M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960, 183 ss.; S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica delle Institutiones*, Napoli 1996, 47 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano 2002, 31 ss. ove altra bibl.

⁴⁴ I testi da tener presente sono, più specificamente, Cic. *top.* 5.26.27 (... *Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. [27] Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest [quasi] corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitione explicanda sunt.*); Fest. *de verb. sign.* v. *possessio* [260 Lindsay] (*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri, aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est <ex iis> rebus, quae tangi possunt ...*); Lucr. *de rerum natura* 1.302-305 (*quae tamen omnia corpora constare necessent / natura, quoniam sensus impellere possunt. / tangere enim et tangi, nisi corpus, nulla potest res*); Quint. *inst. or.* 5.10.116 (*Tum secundo gradu, non potuisse donari a victore ius, quia id demum sit eius, quod teneat: ius, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse*); Sen. *epist.* 58.7, 12 e 14 (... *Magis damnabis angustias Romanas, si scieris unam syllabam esse quam mutare non possum. Quae sit haec quaeris? 'to on'. Duri tibi videor ingenii: in medio posi-*

Schiavone⁴⁵ ha scorto il primo, pieno riconoscimento della «realità» degli *incorporalia*, forse proprio sulla scorta delle «novità epistemologiche» che provenivano dalla scienza giuridica al lavoro fra Quinto Mucio e Sabino).

Non posso riprendere qui, in modo dettagliato, l'analisi di molte specifiche e intricate questioni, a cominciare dalla dibattuta integrazione con un 'in' laddove nel manoscritto veronese leggiamo che sono *res incorporales ea quae iure consistunt*, e dove invece anch'io ritengo che il testo vada restituito come *ea quae in iure consistunt*. A mio avviso milita a favore di questa ricostruzione, innanzi tutto, la corrispondente locuzione rinvenibile in testi di provenienza molto diversa ma parimenti legati alla tradizione gaiana (*Gai epit.* 2.1.2 e *Iust. inst.* 2.2.2), come pure nelle *Pauli sententiae* (3.6.11) e in alcune testimonianze di II e III secolo⁴⁶: tutte fonti valorizzate pochi anni fa, in una prospettiva analoga a quella qui seguita, da Giuseppe Falcone⁴⁷.

tum, posse sic transferri ut dicam 'quod est'. Sed multum interesse video: cogor verbum pro vocabulo ponere; sed si ita necesse est, ponam 'quod est'. [12] Hoc ergo est genus primum et antiquissimum et, ut ita dicam, generale; cetera genera quidem sunt, sed specialia. Tamquam homo genus est; habet enim in se nationum species, Graecos, Romanos, Parthos; colorum, albos, nigros, flavos; habet singulos, Catonem, Ciceronem, Lucretium. Ita qua multa continet, in genus cadit; qua sub alio est, in speciem. Illud genus 'quod est' generale supra se nihil habet; initium rerum est; omnia sub illo sunt. [14] 'Quod est' in has species divido, ut sint corporalia aut incorporalia; nihil tertium est. ...).

⁴⁵ *Ius cit. spec.* 198 s. Sul punto, in precedenza, cfr. almeno G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 cit. spec.* 130 ss., 149 ss. ove ampia bibl. Penetranti osservazioni in merito alla nozione di *res incorporalis* sono anche nelle indagini di Yan Thomas, di cui si vedano soprattutto *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in *Archives de philosophie du droit* 23 (1978) spec. 110 s. e *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, in *Archives de philosophie du droit* 25 (1980) spec. 417 s.

⁴⁶ Di Pomponio e Papiniano: ossia, rispettivamente, Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.2 (*Preca-rio habere etiam ea quae in iure consistunt possumus, ut immissa vel protecta*) e Pap. 17 *quaest.* D. 31.66.6 (*Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet: enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. non idem placuit de ceteris servitutibus. sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit*).

⁴⁷ *Osservazioni su Gai 2.14 cit.*, 129 ss. Diversa, in merito alla possibile integrazione del palinsesto gaiano, la posizione di studiosi autorevolissimi quali R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» cit.*, 151 s.; 'Diritto'. *Incontri e scontri*, Bologna 1981, spec. 303 s.; G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, 2, Napoli 2009, 821 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011², 262; A. SCHIAVONE, *Ius cit.*, 197 ss., 483. Opta invece per quella integrazione – ritenendo che essa «non dovrebbe essere più discussa» dopo gli argomenti addotti da David e Nelson –, ma restituendo poi l'immagine gaiana delle *res incorporales* come quella di «cose che hanno solo un'esistenza giuridica», M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano cit.*, 143. Ulteriori indicazioni circa il folto dibattito che si è svolto su quest'aspetto in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia cit.*, 164 ss.; G. FALCONE, *Osserva-*

Ma ancor più trovo probante, a favore di quell'integrazione, la natura degli esempi addotti dal maestro antoniniano per far comprendere ai suoi allievi cosa fossero tali *res incorporales*, e il ruolo stesso che il richiamo di queste ultime assolve nelle strategie espositive del suo manuale. Gaio menziona infatti *hereditas*, *ususfructus* e *obligationes*, ma per designarle subito dopo come *ius successionis*, *ius utendi fruendi* (cui sono poi aggiunti i *iura praediorum urbanorum et rusticorum*) e *ius obligationis*: non solo tre figure che esistono unicamente in un universo astratto di concetti e di forme⁴⁸, ma che designano altrettante posizioni soggettive – *iura* di cui si ha un titolare e che possono formare oggetto di trasferimento (due elementi che invece non è dato rinvenire riguardo ad alcuna delle cose intangibili richiamate due secoli prima da Cicerone nei *topica* [5.27]: *gens*, *agnatio* e *usucapio*).

Del resto è esattamente questa connotazione delle *res incorporales*, e delle figure che nel loro ambito venivano annoverate, ad assumere, nella complessiva struttura delle *institutiones*, un ruolo decisivo, in modo da consentire che, dopo il primo libro (afferente al *ius personarum*) e prima del quarto (dedicato alle *actiones*), i due centrali, in materia appunto di *res*, potessero ospitare un'esposizione dell'intero diritto privato patrimoniale: successioni *mortis causa*, diritti sulle cose, obbligazioni. E soprattutto trovo rilevante che non solo le figure richiamate, come avvertiva il giurista antoniniano (*inst.* 2.14), anche se hanno per oggetto beni tangibili mantengano natura di *res incorporales*, ma anche che tale loro qualifica (e la distinzione da quelle *corporales*) riesca decisiva – combinata con la classificazione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* – al fine di illustrare le modalità prescritte per il loro trasferimento.

Questa è appunto la logica che presiede all'intero discorso di Gaio, il quale, passando poco più tardi in rassegna i modi d'acquisto, escludeva in effetti la *traditio* per tutte le *res incorporales* (*inst.* 2.28), menzionava la *in iure cessio* per i *iura praediorum urbanorum* e la *mancipatio* per quelli *rusticorum* (*inst.* 2.29), ricordava la possibile *in iure cessio*, escludendo invece la *mancipatio*, per l'usufrutto (*inst.* 2.30, 33), richiamava la stessa *in iure cessio* per l'*hereditas*⁴⁹ ma non per le *obligationes quoquo modo contractae* (*inst.* 2.38)⁵⁰.

zioni su *Gai* 2.14 cit., 129 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales, objetos corporales, objetos inmateriales. Note sull'itinerario di un concetto antico*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 37 (2016) 172.

⁴⁸ Quella «metafisica che entrava nel mondo del *ius*» di cui parla ora A. SCHIAVONE, *Ius* cit., 200.

⁴⁹ Sia pure con un regime piuttosto articolato: *inst.* 2.34 ss.

⁵⁰ Si tratta di una testimonianza davvero felice di uno schema espositivo e di una modalità di

Proprio il contesto – topico e al tempo stesso sistematico (secondo i canoni, beninteso, di un giurista antico) – consente di comprendere anche le ragioni di un'assenza, che è poi quanto più interessa ai nostri fini: quella del *dominium*. Non pochi studiosi hanno insistito sul fatto che l'autore delle *institutiones* dovesse identificare quest'ultimo con la cosa stessa (corporeale) che ne forma oggetto: il che può ben apparire, dal punto di vista di un'astratta logica giuridica, un'impostazione insoddisfacente⁵¹. È però chiaro che nella semplificazione isagogica (non certo di una dicotomia fra diritto oggettivo e soggettivo, bensì) di un quadro sui modi di trasferimento di *res corporales* e *incorporales*, scandito sulla sequenza *traditio-in iure cessio-mancipatio*, la menzione della proprietà avrebbe destato non pochi problemi. In primo luogo, si sarebbe infatti posta l'esigenza, non così agevole da soddisfare, di chiarire ai propri allievi in che senso fosse fruibile la *traditio* per il passaggio della proprietà (cosa di per sé incorporale) su una *res nec Mancipi*. A diversificare il regime dei modi di trasferimento del *dominium* è piuttosto proprio questa qualifica *Mancipi* o *nec Mancipi* del bene su cui esso si esercita – bene sempre corporeale e quindi, nel caso delle *res nec Mancipi*, suscettibile anche di *traditio* –, mentre non rileva la natura incorporale del diritto stesso⁵².

Ecco pertanto che il testo gaiano, pur contemplando, secondo la lettura

argomentazione assai ricorrenti nel giurista di età antonina, centrati sull'illustrazione dei tratti di somiglianza e di quelli di difformità tra varie figure, con la disciplina giuridica che li interessa. Su questo caratteristico tratto del lavoro gaiano si veda ora A. ARNESE, *La similitudo nelle Institutiones di Gaio*, Bari 2017, spec. 110 ss. (a proposito dei passi richiamati nel testo), su cui cfr. anche E. STOLFI, *Ancora su argomentazioni e tecniche espositive dei giuristi romani. A proposito della similitudo in Gaio*, in *Legal Roots* 7 (2018) 367 ss., spec. 373 ss.

⁵¹ In quanto «poggia su di un vizio logico fondamentale, la identificazione e confusione della proprietà col suo oggetto»: così G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941, rist. in *RDR* 1 (2001) 99 (a un «uso pratico di confondere la cosa col diritto di proprietà» si richiamava P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 2. La proprietà*, Roma 1926, 9, e a «una vera aberrazione giuridica» C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 252; assai più cauta, seppure in un'ottica diversa dalla nostra, era la lettura di V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Roma 1928, 25 s.). Parla di «una palese e nota contraddizione ... conferma della visuale empirico strumentale insita nell'utilizzazione, da parte di Gaio, della nozione di *res incorporalis*», F. GALLO, *rec.* a M. BRE-TONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 138. L'impostazione gaiana non precludeva, peraltro, di poter talvolta parlare (come laddove necessario per meglio chiarire il regime dell'usufrutto: *inst.* 2.30 e 2.33) della *proprietas* (e non della cosa su cui essa si esercita) come oggetto di *mancipatio*. Condivisibili le osservazioni (non solo in merito a questi ultimi due passi) di G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14* cit., 162 ss. ove altra bibl.

⁵² Ho già segnalato, più distesamente, quest'aspetto: cfr. E. STOLFI, *I «diritti» a Roma* cit., 140 ss. e *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 165 s., con la sostanziale adesione di G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14* cit., 165.

appena proposta, figure costituite da posizioni giuridiche soggettive (*res incorporales* che *<in> iure consistunt*), è ben lontano dall'offrire – come invece ritenevano molti di coloro che, in passato, hanno più confidato sull'integrazione con quell'*'in'* – una rappresentazione unitaria e teoricamente pregnante della categoria di diritti soggettivi, che per la sensibilità moderna non sarebbe certo raffigurabile rinunciando a quella che ne è l'espressione paradigmatica (se non proprio fondante: come quando, nelle classiche visioni del liberalismo, assunto a fondamento della stessa libertà)⁵³, ossia appunto il diritto di proprietà⁵⁴.

È in tal senso, pur attraverso un itinerario interpretativo per più aspetti difforme, che vedrei qui confermata (come già verificato a proposito della successiva elaborazione di Paolo) quell'estraneità del discorso gaiano⁵⁵ rispetto alla «contrapposizione ... fra diritto in senso oggettivo e diritti soggettivi», che «è tutta e solo moderna». Con l'avvertenza, peraltro, che – diversamente da quanto osservato in merito alla ricognizione dei significati di *ius* in D. 1.1.11 – già nell'età del Commento non mancarono impostazioni volte a leggere in ben altri termini il *dominium*: non più assorbito, alla maniera di Gaio, nella cosa che ne costituisce oggetto.

Così, in particolare, nella nozione che ne offrì Bartolo⁵⁶, definendolo quale *ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*. Enunciazione nella quale faticherei però molto a riconoscere «the first modern rights theory» o i primi lineamenti di «ein System vom subjektiven Rechten»⁵⁷, e che sembra piuttosto iscriversi in quel «sostanzioso repertorio (se non si-

⁵³ Quale modello a immagine del quale venne pensata la medesima libertà: pressoché in questi termini, ad esempio, E. SANTORO, *Autonomia individuale, libertà e diritti* cit. spec. 12 ss. Sul nesso fra proprietà e libertà nelle Carte settecentesche, un'efficace sintesi è in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Milano 2007, spec. 118. Circa le relazioni tra le due figure per come declinate nel più recente dibattito giusfilosofico, spunti interessanti in E. DICHIOTTI, *Libertà, proprietà e contratti: un'indagine sui diritti*, in *La legge e i diritti*, a cura di S. Pozzolo, Torino 2002, spec. 131 ss.

⁵⁴ Della cui parabola fra antico e moderno ci ha parlato, al convegno parigino, Oliviero Di-liberto. In una direzione non molto difforme da quella da lui seguita – cercando di sfatare certi tralatizi luoghi comuni che tendono ad attribuire ai romani costruzioni messe a punto solo dai moderni che rivisitarono (e selezionarono a proprio uso e consumo) le loro soluzioni – si vedano E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 66 ss. ove bibl., nonché A. SCHIAVONE-E. STOLFI, *Diritto e giuristi nella storia di Roma*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino 2010², spec. 74 s.

⁵⁵ Rilevata da A. SCHIAVONE, *Ius* cit., 485 nt. 30.

⁵⁶ *In primam Digesti Novi partem commentaria*, Augustae Taurinorum 1589, 108 (ad D. 41.2.17). Per qualche indicazione circa gli studi dedicati a quest'elaborazione di Bartolo cfr. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano* cit., 231 e nt. 11.

⁵⁷ Come invece sostenuto, rispettivamente, da R. TUCK, *Natural rights theories* cit., 13 ss. e H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"* cit., 250.

stema) di molteplici *iura*» elaborato dai medievali di cui ha parlato Pietro Costa⁵⁸, ma per escludere, opportunamente, di poterne inferire la realizzazione, da parte loro, di «un discorso intorno al soggetto e alla sua autonomia».

Quel che in ogni caso, e per tornare a rivolgere un ultimo sguardo agli impieghi antichi di *ius*, spicca nel discorso di Gaio è che – anche, e forse persino di più, per chi vi riconosca l'individuazione di figure immateriali che «consistono in diritti» – questo non conduceva affatto a un'organica costruzione teorica né a imbastire la propria rappresentazione del diritto privato facendo perno sul soggetto e le sue prerogative giuridiche. Come in numerose altre ricorrenze di *ius* nel lessico antico, ove è innegabile un'accezione soggettiva (e sulle quali non è qui possibile soffermarsi con la dovuta attenzione)⁵⁹, ciò che spicca nel maestro antoniniano è, per così dire, la contemporanea vicinanza (sul piano lessicale) e lontananza (sul piano concettuale, e nei presupposti da cui egli doveva muovere) rispetto a quelle che, dal tardo Seicento in poi, saranno le nozioni chiave messe a punto per declinare il ruolo dei singoli sulla scena giuridica⁶⁰.

3. Il «dispositivo» della persona e il discrimine fra soggettività antica e moderna

Su alcune caratteristiche dell'esperienza giuridica antica – ma possiamo dire pre-moderna in genere – poste in risalto nelle pagine precedenti, gli studiosi hanno insistito più volte⁶¹, per contrapporle alla torsione soggettivistica alla quale i materiali romani sarebbero stati sottoposti almeno da Leibniz sino alla Pandettistica, così da erigere sistemi giuridici centrati sul *subiectum iuris* e il suo composito corredo di facoltà, aspettative, poteri, diritti (di varia natura e «generazione», sino a quelli stimati «fondamentali»)⁶².

⁵⁸ In *Civitas* 1 cit., 34.

⁵⁹ Mi limito, pertanto, a rinviare a E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit., 149 ss. ove bibl.

⁶⁰ Cerco, così, di rendere più esplicite le conclusioni cui già ero pervenuto in E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi"* cit. spec. 157, che hanno riscosso l'adesione di P. COSTA, *Diritti fondamentali* cit., 367.

⁶¹ A partire almeno dai lavori di Orestano, del quale si vedano, in particolare, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche* cit., 117 ss. e *Il «problema delle persone giuridiche»* cit. spec. 16 ss.

⁶² In merito ai quali un lucidissimo quadro di sintesi, ponendo ordine fra quanto da molti altri autori risulta sovrapposto o confuso, è in P. COSTA, *Diritti fondamentali* cit., 365 ss.

Personalmente, continuo a ritenere⁶³ che questa nuova configurazione della soggettività giuridica abbia dispiegato effetti alquanto incisivi, e una determinante soluzione di continuità, anche rispetto alla semantica della persona, la cui ricchezza teorica connota il campo del diritto ma senza affatto esaurirsi in esso. Nella sua parabola – in merito alla quale ho avuto il privilegio di dialogare col compianto Stefano Rodotà⁶⁴ e soprattutto, a più riprese, con Roberto Esposito⁶⁵ – certo è dato scorgere (secondo la lettura di quest'ultimo)⁶⁶ l'operare di un «dispositivo», in senso foucaultiano, os-

⁶³ Dopo quanto già scritto in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 142 ss.; *Persona: von der Maske zum Rechtssubjekt* cit., 410 ss.; *Alla ricerca di 'dispositivi' e 'paradigmi'* cit., 439 ss. Colloca invece già a Roma la piena connessione fra persona e soggettività giuridica (si vedano, in particolare, le pp. 15 s., 109 ss.) O. SACCHI, *Antica persona. Alle radici della soggettività in diritto romano tra costruzione retorica e pensiero patristico*, Napoli 2012: ma una simile tesi solleva perplessità non minori dello stile con cui l'intera indagine è condotta, laddove l'autoesaltazione dei risultati interpretativi che si asserisce di aver raggiunto prevale nettamente sullo sforzo di fornirne un rigoroso sostegno logico e argomentativo.

⁶⁴ Di cui ricorderei, attorno al nostro tema, soprattutto *Dal soggetto alla persona*, Napoli 2007; *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia Politica* 21 (2007) 365 ss.; *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2009², spec. 25 ss.; *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 140 ss.

⁶⁵ Del quale, in merito a questo confronto, si vedano (oltre ai contributi citati alla nt. seguente), soprattutto *Editoriale*, in *Filosofia Politica* 21 (2007) 360 s. (ove si sostiene che la discontinuità, fortemente accentuata nella mia analisi, in realtà «non solo non preclude la comparazione – al contrario la richiede», dal momento che «è proprio l'assoluta discontinuità epocale a scavare un vuoto nella successione storica in cui irrompe, o da cui riemerge, l'arcaico, con tutta la sua potenza fantasmatica o spettrale») e *L'itinerario di ricerca percorso in un finissimo saggio*, in *SDHI* 77 (2011) 359 ss.

⁶⁶ Di Esposito si vedano, in particolare, *Terza persona* cit. spec. 13 ss., 91 ss.; *Pensiero vivente* cit., 30 s.; *Il dispositivo della persona*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino-M. Humbert-G. Negri, Pavia 2010, spec. 51 ss.; *Due* cit. spec. 4 ss., 91 ss. Più di un'affinità emerge con la precedente indagine di Y. THOMAS, *Il soggetto concreto e la sua persona. Saggio di storia giuridica retrospettiva*, in O. CAYLA-Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, tr. it. Milano, 2004, spec. 110 ss. Al di là dei punti di dissenso che, rispetto all'analisi di Esposito, tornerò a richiamare fra breve, è appena il caso di segnalare la rara densità teorica e forza suggestiva dei suoi contributi, che non mi sembrano davvero meritare le sbrigative censure di J.F. STAGL, *Da 'qualcosa' a 'qualcuno', da 'qualcuno' a 'qualcosa'. Percorsi esatti ed errati sul concetto di persona*, in *Fontes Iuris*. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten (Lecce, 30-31 marzo 2012), a cura di P. Buongiorno-S. Lohsse, Napoli 2013, 87 ss.: un contributo (apparso anche in precedenti versioni, le quali hanno l'unico pregio di essere in lingua originale e non in una traduzione italiana non di rado infelice) che tiene conto dei dibattiti più recenti solo in modo alquanto superficiale, sfociando in perentorie prese di posizione (p. 114 ss.), appunto, contro Roberto Esposito (così come contro Yan Thomas, per non dire di Simone Weil). Ben altrimenti attrezzato sul piano culturale, ma offuscato da una visione alquanto unilaterale, P. CAPPELLINI, *Persona umana, codificazione ovvero di come «toute histoire véritable est une histoire du sujet»*, in *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Fa-*

sia di una nozione che non si riduce a puro concetto descrittivo, ma riveste una funzione performativa, tale da incidere sul reale e operarne trasformazioni, sino a creare soggettivazione e assoggettamento al tempo stesso⁶⁷.

La sua prestazione – che è possibile, e in certa misura doveroso, seguire sull’arco di millenni (e su una pluralità di terreni disciplinari, fra cui spiccano quelli giuridico e teologico) – si risolve dunque in una scissione difficilmente ricomponibile: qui la dimensione «alta», spirituale, dell’umano (la sola che il segno persona, nei due campi appena richiamati, mira a catturare, e salvaguardare); lì la sua dimensione corporea, la «nuda vita»⁶⁸, la me-

coltà, a cura di L. Desanti-P. Ferretti-D.A. Manfredini, Milano 2009, 78, addebita a Esposito il torto di «lasciarsi egemonizzare ... dall’immagine continuista di certa romanistica in cerca di spazi di attualizzazione, e che per salvaguardarli meglio assume una sorta di “monopolio dell’origine” (del diritto occidentale)»: rilievo che francamente, almeno sul piano scientifico, non riesco proprio a comprendere.

⁶⁷ Circa la nozione foucaultiana di «dispositif», per tutti, M. CACCIARI-F. RELLA-M. TAFURI-G. TEYSSOT, *Il dispositivo Foucault* cit.; G. DELEUZE, *Che cos’è un dispositivo*, tr. it. Napoli 2007 (ed. or. 1989; poi anche in *A partire da Foucault. Studi su potere e soggettività*, a cura di A. Grillo, Palermo 1994, 158 ss.); G. AGAMBEN, *Che cos’è un dispositivo*, Roma 2006. Lo stesso soggetto, nella prospettiva di Foucault, si rivelava nient’altro che, appunto, «un dispositivo, un congegno agito dal potere»: così F. RELLA, *Introduzione*, in M. CACCIARI-F. RELLA-M. TAFURI-G. TEYSSOT, *Il dispositivo Foucault* cit., 8. Cfr. inoltre E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 17 ss. ove altra bibl. Una riflessione sui termini in cui Esposito tratta della persona alla stregua di un «dispositivo» è offerta in quasi tutti i contributi raccolti in *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, a cura di L. Bazzicalupo, Milano-Udine 2008 (e in particolare nei saggi di Lisciani Pietrini, Bazzicalupo, Fimiani).

⁶⁸ Questa nozione è ormai stabilmente entrata nel lessico filosofico, a partire almeno dalla sua formulazione («bloßes Leben») da parte di W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, tr. it. Torino, 1995 (ed. or. 1955), spec. 26 ss.: ne approfondisce molteplici profili l’acuta analisi di M. PALMA, *Benjamin e Niobe. Genealogia della ‘nuda vita’*, Napoli 2008, spec. 13 ss. Meno studiato il ricorrere del medesimo sintagma nell’opera di Patočka, su cui di recente cfr. però R. ESPOSITO, *Da fuori* cit., 38. Importante, e al centro di un ampio dibattito, il lavoro di G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995 (poi 2005): in particolare, su Agamben interprete di Benjamin (ma con esiti assai diversi, se non antitetici, da un Derrida) cfr. V. BORSÒ, *Walter Benjamin-teologo e politico: un trattino pericoloso*, in *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, a cura di M. Ponzi-B. Witte, Torino 2006, 90 ss., e P. WEIBEL, *Teorie della violenza. Benjamin, Freud, Schmitt, Derrida, Adorno*, ivi, 393 ss. Sulla «nuda vita» come prodotto della macchina biopolitica, che sbaglieremmo a immaginare ad essa preesistente, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione (Homo sacer II,1)*, Torino 2003, 112; sulla circostanza che, poiché inerisce all’uccidibilità, essa «non si definisce che in correlazione con la sua assenza, la morte» (pertanto «la nuda vita non c’è; è il limite del politico pensato come inclusione, come determinazione e dunque come forma»), L. BAZZICALUPO, *Ambivalenze della politica*, in *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, a cura di L. Bazzicalupo-R. Esposito, Roma-Bari 2003, 144 nt. 4. Di tenore diverso, ma difficili da seguire, le osservazioni critiche che attorno a questa figura della «nuda vita» – che costituirebbe una «falsificazione della povertà, un’apologia dell’alienazione», e la cui rivendicazione si rivelerebbe «ideologica», nel duplice senso di «falsa rispetto al vero e funzionale rispetto al potere» – propone T. NEGRI, *Il mostro*

ra falda biologica dell'esistenza – ma dovremmo forse dire: la nostra *zoé*, il vivere della carne sottratto a qualificazioni ulteriori (quali gli aristotelici *bíos theoretikós*, *apolaustikós* o *politikós*)⁶⁹, e che in realtà sappiamo, soprattutto dopo Foucault, essere l'autentica posta in gioco della politica⁷⁰.

E tuttavia, se entro quest'itinerario plurimillenario possiamo riconoscere vettori di lungo periodo, che rimontano sino alle ricorrenze del segno *persona* nel lessico giuridico romano (e a quanto vi persiste dell'originario significato del termine: una maschera che continua a rimanere altro dai concreti e sempre diversi lineamenti di chi la indossa)⁷¹, e riaffiorano nel

politico. Nuda vita e potenza, in *Desiderio del mostro. Dal circo al laboratorio della politica*, a cura di U. Fadini-A. Negri-C.T. Wolfe, Roma 2001, 193 ss. (in una direzione non lontana, ma più misurati, i rilievi di L. FERRARI BRAVO, *Dal fordismo alla globalizzazione. Cristalli di tempo politico*, Roma 2001, 280 ss., che pure mi sembra cadere in alcuni fraintendimenti delle tesi di Agamben).

⁶⁹ Presuppongo qui una polarità antica – quella appunto, greca, fra *zoé* e *bíos* – che peraltro non è stata sempre letta nei medesimi termini cui si accenna nel testo (si veda anche *infra*, nt. 82). Per un primo orientamento circa il corposo dibattito che ha interessato, da prospettive e in discipline diverse, i due sostantivi, posso rinviare a E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. spec. 102 s. e nt. 34. In genere si ritiene che la seconda parola avrebbe sempre indicato «la forma o maniera di vivere propria di un singolo o di un gruppo», laddove *zoé* «esprimeva il semplice fatto di vivere comune a tutti gli esseri viventi»: così G. AGAMBEN, *Homo sacer* cit., 3; ma si veda anche ID., *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, Torino 1996, spec. 9, 13 ss., 107 s., ove è segnalata l'attuale difficoltà, o impossibilità, di distinguere tra *bíos* e *zoé*, giacché anche quest'ultima non è più, come un tempo, «esclusa dall'ambito propriamente politico». In effetti è proprio nella dimensione della *zoé*, più che del *bíos*, che – ad onta del suo stesso nome – si colloca la biopolitica: essa infatti (come scrive R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino 2004, 4) «rimanda ... alla dimensione della *zoé*, vale a dire alla vita nella sua semplice tenuta biologica ... una vita assolutamente naturale – cioè spogliata di ogni connotato formale». Sulla rimodulazione che la coppia di vocaboli greci conosce nei due filosofi italiani, per tutti, L. DUBREUIL, *Abbandonare la politica. Bios, zoe, vita*, in *Impersonale* cit., 123 ss.

⁷⁰ Di Foucault basti qui ricordare due memorabili corsi al Collège de France: su *Sicurezza, territorio, popolazione* (1977-1978) e su *Nascita della biopolitica* (1978-1979), ora entrambi leggibili anche in traduzione italiana (Milano 2005). Si veda inoltre ID., *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica 1975-1984*, tr. it. Milano 2001. Della letteratura in proposito, ormai sconfinata, ricorderei almeno A. CUTRO, *Michel Foucault. Tecnica e vita. Biopolitica e filosofia del «bios»*, Napoli 2004 e R. ESPOSITO, *Bíos* cit., 3 ss.

⁷¹ Il dato è felicemente colto da R. ESPOSITO, *Due* cit., 9: «la qualifica di persona, a Roma, resta sempre una funzione – o, secondo l'etimo del termine, una maschera – che non coincide mai con il corpo vivente cui inerisce» (pressoché negli stessi termini ID., *Le persone e le cose* cit., X, ma si veda anche p. 14). Suggestive osservazioni – senza specifici richiami al mondo antico, ma rievocando l'inevitabile significato latino – si leggono altresì in A. PIZZORNO, *Saggio sulla maschera*, ora in *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Milano 2007, 349 e 355: «la maschera comincia là dove si abolisce la persona»; «la maschera nasconde ..., ma si tratta di un nascondere che abolisce e identifica. Un modo, cioè, di realizzare l'essere che la maschera rappresenta». Pur prestando poca attenzione ai profili giuridici, spunti interessanti attorno all'antica «historie du mot *persona*» sono poi in G. NAVAUD, *Persona. Le théâtre comme*

«carattere binario della stessa nozione di soggetto»⁷², è solo con la modernità che vengono a delinarsi connotazioni ulteriori. Sono proprio queste ultime a far sì che la «persona» non si esaurisca in un ruolo formale sulla scena giuridica – come poteva accadere anche per lo schiavo nella gaiana *summa divisio de iure personarum* – ma si proponga come il necessario centro di imputazioni e protezione giuridica.

Chiedersi oggi, ad esempio, se l’embrione oppure l’animale (o almeno alcuni animali) siano «persone» significa, sostanzialmente, interrogarsi sulla loro meritevolezza di riconoscimento e salvaguardia: sulla loro attitudine a essere titolari di diritti, e quindi sull’esigenza di una loro tutela. Questa risulterebbe imprescindibile in caso di risposta affermativa⁷³, mentre può negarsi qualora essi siano risospinti nella dimensione delle «cose» – la cui polarità con la «persona», che ci appare quasi ovvia e dietro la quale si è consumata una storia di secoli, in realtà tutt’altro che scontata e omogenea

metaphore théorique de Socrate à Shakespeare, Genève 2011, 15 ss., spec. 45 ss. Posso inoltre rinviare – a proposito dell’originaria, e mai rimossa semantica di *persona* – a E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. spec. 144 e *Persona: von der Maske zum Rechtssubjekt* cit., 410, 416 ss., così come a G. COSSA, ‘Agere personam’, in *Studi Senesi* 126 (2014) 260 s. ove altra bibl., nonché, in precedenza, almeno a U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». *Per un’interpretazione giuridica di «persona» nelle opere di Gaio*, estr. da *RDR*. 9 (2009) spec. 4 ss., il cui studio – serio e minuzioso anche se non particolarmente innovativo – muove dalla condivisibile idea che in Gaio *persona* assuma il significato di «attore giuridico ... soggetto che viene in qualche modo in rilievo nel mondo del diritto». Una configurazione destinata a plurimillennaria fortuna, se ancora in riferimento al diritto oggi vigente P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano 2009, 17, può osservare che «sulla scena della realtà si muove l’uomo nella sua nudità ... sulla scena giuridica, l’uomo compare in tanto in quanto il diritto lo considera, e lo riveste di *status*». Circa il cammino antico «dalla maschera all’individuo», si veda infine V. SCARANO USSANI, *La ‘scoperta’ della persona*, in *Ostraka* 18 (2009) 237 ss. ove altra bibl., spec. 243 ss. (ora in ID., *Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d. C.*, Napoli 2012, 7 ss., spec. 11 ss.).

⁷² Come colui che è al centro, appunto, di una soggezione, o ad altri oppure solo a se stesso: cfr. R. ESPOSITO, *Due* cit., 111 ss. (sue le parole citate nel testo). In questo senso, la saldatura sei-settecentesca fra *persona* e soggettività, cui ci stiamo riferendo, più che recidere la continuità con le radici antiche (della *persona*), per certi versi ne rivela e amplifica il senso più profondo, lo adegua alla nuova antropologia (anche) giuridica ma ne conserva il nucleo saliente, trattenendone in sé quasi un’eccedenza o uno scarto, che ancora una volta evoca la risorgenza perturbante dell’arcaico – in forma «infrastorica», come altrove scrive lo stesso R. ESPOSITO, *Pensiero vivente* cit., 200 (laddove egli ripercorre le modalità in cui il mito era affrontato nel cinema di Pasolini, ma in termini non troppo difforni viene presentata [p. 238] anche la nozione agambeniana di origine).

⁷³ Come scrive R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”*, tr. it. Roma-Bari 2005, 8 e 19, attribuire a qualcuno la qualifica di *persona* «significa riconoscerlo come qualcuno che può esigere di essere trattato in un certo modo», e «l’impiego del concetto di “persona” equivale a un atto di riconoscimento di determinati obblighi verso quanti sono definiti persone».

(né disposta sin dall'inizio sui due rigidi e giustapposti versanti che ci sono familiari), è stata recentemente reimmessa con forza nel dibattito filosofico, per discuterne radicalmente natura, implicazioni e limiti (e in particolare il suo tratto di «binomio escludente» o «relazione di dominio strumentale»)⁷⁴.

Proprio lo schiavo gaiano poteva invece, senza alcuna incoerenza (né giuridica né logica), essere annoverato fra le *personae*⁷⁵ ma disciplinato

⁷⁴ Si veda soprattutto R. ESPOSITO, *Le persone e le cose* cit. (sue le parole citate nel testo: p. IX e 4). Fra gli storici del diritto, un'acuta rivisitazione del concetto romano di *res*, nella sua profonda difformità rispetto alla nozione di 'cosa' propria del lessico giuridico moderno, è in Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine* cit., 413 ss., ma si veda anche *Il valore delle cose*, tr. it. Macerata 2015, 21 ss. Egli muoveva dalla persuasione di doversi liberare, nell'affrontare l'esperienza antica, dai condizionamenti esercitati da quella opposizione metafisica di soggetto e oggetto che fonda tutte le nostre visioni del diritto, e che in tema di *res* impone quella triplice possibilità semantica che Thomas esprimeva tramite la terminologia di Kaser: la cosa come «Sache», esterna al soggetto; come «Gegenstand», ossia oggetto del diritto soggettivo (la cosa per il soggetto); e come «Vermögen» (cosa nel patrimonio del soggetto, a lui incorporata). A porre in discussione la fecondità storiografica di questi significati alternativi è, ad avviso di Thomas, un'indagine interna al lessico giuridico, a cominciare da quello più risalente, laddove *res* compare inizialmente nel senso di affare da dibattere, o di cosa all'origine di un conflitto: valenze non completamente elise neppure coi mutamenti linguistici posteriori (basti pensare, nell'ambito del processo, all'espressione '*res de qua agitur*' della *formula*), così da dar vita a una prospettiva davvero irriducibile alla moderna teorica dei beni, con la sua drastica e decisiva contrapposizione fra persone e cose – contrapposizione che non cogliamo invece, almeno con tanta nettezza, dell'assetto romano, soprattutto arcaico: basti pensare a quanto Thomas segnalava a proposito del termine '*familia*', o della simmetria fra *patrimonium* e *matrimonium* (sul primo di questi due termini, con l'evidente «rimando al *pater*» che vi è iscritto, cfr. anche R. ESPOSITO, *Le persone e le cose* cit., 4). L'approccio «proceduralista», anziché «sostanzialista», è ulteriormente approfondito nel secondo saggio di Thomas (spec. 24 ss., 66 ss.), ed emerge visibilmente proprio in riferimento alla nozione di *res*, nella quale è colto uno stringente rinvio «alla "cosa" messa in causa e alla "messa in causa" della cosa»: pertanto la *res* – che «era in sé stessa una qualificazione giuridica» (p. 57 s.) – avrebbe avuto, nella sua versione «astratta e ridotta al suo valore», «la sua sede nel processo». Da qui anche la critica, severa quanto acuta, che lo studioso francese (*Il valore delle cose* cit., 79 nt. 87) rivolge a Orestano, il quale, a suo avviso, «più che desostanzializzare le cose del diritto, ne sostanzializza al contrario i nomi». Significativa la sintonia con R. ESPOSITO, *Le persone e le cose* cit. spec. 46 ss., che parla in effetti della *res* romana come «cosa e causa a un tempo».

⁷⁵ In un passo notissimo delle *institutiones* (1.9 = D. 1.5.3): *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Su questo testo esiste una folta letteratura: per qualche orientamento posso rinviare a E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 144 ss. (in particolare, sul fatto che Gaio propende qui, in modo significativo, per una *divisio* non *personarum* ma *de iure personarum*, cfr. R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, ora in *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, spec. 32 s.). Una formulazione analoga è rinvenibile nelle *institutiones* giustiniane (1.3pr.) e sarà oggetto, in età moderna, di alcune interessanti rivisitazioni: come quella di Vinnius, su cui, per tutti, C. BERSANI, *Nonnulla distinctio. Status e ceti nel secolo d'oro delle province unite*, Roma 2009, 33 ss. e *Appunti su servaggio e formazione del concetto di persona in età moderna: il Tractatus de servitute personali di Johann Hermann Stamm*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 22 (2011) 255 ss.

(salvo particolari risvolti) alla stregua di una *res*⁷⁶. La necessaria saldatura fra personalità e soggettività giuridica – proprio quanto abbiamo visto evocato nella *Nova methodus* leibniziana – è appunto la più incisiva conseguenza della moderna riscrittura dei nostri significanti (*ius, subiectum iuris, persona*)⁷⁷. Il che consente di comprendere, nella sua banale ma profonda ragione, anche tutta l'incompiutezza antica di un presunto cammino verso un'unitaria categoria di «persona giuridica»: qualifica che, di per sé, non avrebbe affatto garantito, ai vari «centri di riferimento di relazioni giuridiche»⁷⁸ alcun ulteriore riconoscimento di titolarità e diritti⁷⁹.

In definitiva, più che alla mera assenza di una concezione forte, nel mondo antico (ma anche medievale), della soggettività, occorre forse fare riferimento a un suo diverso statuto, nettamente difforme da quello che dal Seicento in poi le è stato attribuito, per sovraimprimerlo a quanto ricevuto in eredità dai giuristi romani. Se da questi ultimi era lecito, e percepito come pienamente consono alle esigenze del tempo, attingere la centralità stessa assegnata al *pater familias* proprietario contraente e testatore, con l'articolato regime di regole che scandivano i suoi poteri, questi si rivela, nel suo originario scenario, profondamente diverso dal «soggetto unico universale» delle teoriche sei-settecentesche⁸⁰ e poi delle costituzioni e codificazioni borghesi.

⁷⁶Proprio in merito a questo regime dello schiavo, e alla sua rappresentazione in Gaio, si esprime uno dei motivi del mio dissenso rispetto alla ricostruzione – che pur dichiaratamente si colloca, come ovvio, su un piano teorico ben più che storico-giuridico – di Roberto Esposito, convinto che si debba guardare al *servus* romano come alla «non-persona all'interno della più generale categoria di persona» (così in *Terza persona* cit., 96), in modo tale da determinare «l'inclusione formale della parte esclusa di fatto» (*Due* cit., 98). Per una rassegna delle argomentazioni del filosofo napoletano (che torna a parlare di quella gaiana, in merito agli schiavi, come di una «collocazione anfibia» in *Le persone e le cose* cit., 11) e delle ragioni per cui trovo necessario prenderne le distanze cfr. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit. spec. 147 s.; *Persona: von der Maske zum Rechtssubjekt* cit. spec. 410 ss.; *Alla ricerca di 'dispositivi' e 'paradigmi'* cit., 440 s. In marcata sintonia con le posizioni che vi ho assunto, si veda G. CIANFEROTTI, *Note sulla figura della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in *Studi Senesi* 126 (2014) 232 ss. Cfr. anche L. GAROFALO, *Persona e diritto romano nel Due di Roberto Esposito*, in *SDHI* 81 (2015) 449 ss.

⁷⁷Parla efficacemente di una moderna «configurazione politica di un diritto (soggettivo-naturale) dell'uomo ad essere "persona" nel diritto positivo» P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici* cit., 95.

⁷⁸La terminologia – ancora riecheggiata, ad esempio, da A. MANTELLO, *Lezioni di diritto romano. II. Persone*, Torino 2004, 100 ss. – è di R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»* cit. spec. 277 ss.: un lavoro che rimane per molti versi esemplare.

⁷⁹Ho cercato di approfondire questo punto – illustrando la «illuminante incompiutezza», in questa prospettiva, del «cammino antico verso la "persona giuridica"» – in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia* cit., 152 ss. ove bibl.

⁸⁰Ma ancora in certa misura recuperato e visto con favore, a fronte del dilagare di particolarismi di *status* e di figure cui sono riservati trattamenti privilegiati (ma con essi stimati non di

Altra è l'antropologia in cui egli si trovava radicato, e che risente di una peculiare visione dell'individuo, il quale neppure esisteva escarnato dai terreni istituzionali dell'appartenenza e dell'identità (a partire da *familia*, *gens*, *civitas*; così come *oikos*, *ghenos*, *polis*). Un individuo – potremmo dire estendendo all'intero mondo classico un'osservazione formulata per la Grecia – che «si cerca e si trova negli altri, in quegli specchi che sono per lui tutti coloro che costituiscono ai suoi occhi il suo alter ego: genitori, figli, amici. Anche l'individuo si situa nelle operazioni che lo realizzano, che lo mettono “in atto”, *energeia*, e che non sono mai nella sua coscienza. Non c'è introspezione, il soggetto è estrovertito, si guarda al di fuori»⁸¹.

Il soggetto antico (e pre-moderno in genere), dunque, non necessariamente s'identifica nella persona, ma neppure si colloca in una dimensione strettamente e necessariamente individuale. Esso – come il Dioniso di Nietzsche, ma anche di Kerényi⁸² – sfugge a un rigoroso *principium individuationis*: si risagoma e dispone lungo le linee di sangue che legano più generazioni e rendono continua la *zoé*, intollerante di caratterizzazioni o dei limiti propri di una vita singola e ben definita. Tutto questo era già in larga parte evocato in quella straordinaria fucina del pensiero politico e della coscienza civile che fu, nell'Atene del V secolo a.C., il teatro tragico: con personaggi i cui regimi identitari sono costantemente destabilizzati da scissioni, duplicità e rifrazioni – fratelli che sdoppiano i padri e si annientano a vicenda; nemici che si rispecchiano l'uno nell'altro, replicandosi nel tempo; contaminazioni miasmiche che percorrono le generazioni compri-

rado iniqui), da autori come U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari 2007, 32 ss.; *'Persona' e diritto cit.*, 193 ss. Per qualche rilievo critico posso rinviare a E. STOLFI, *rec.* a G. BONIOLO-G. DE ANNA-U. VINCENTI, *Individuo e persona cit.*, in *Filosofia Politica* 22 (2008) 500.

⁸¹ Sono parole di J.-P. VERNANT, *Tra mito e politica*, tr. it. Milano 1998, 70.

⁸² Alludo a due opere fondamentali, la cui vertiginosa profondità non può essere inficiata da alcuna perplessità di natura filologica (che pure notoriamente non è mancata, soprattutto nel caso del primo), quali F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia ovvero greicità e pessimismo*, tr. it. Roma-Bari 1990, spec. 113 (ove si parla di «Apollo ... come il genio trasfiguratore del *principium individuationis* ... laddove nel grido di giubilo di Dioniso viene rotto l'incantesimo dell'individuazione») e K. KERÉNYI, *Dioniso. Archetipo della vita indistruttibile*, tr. it. Milano 1998³, spec. 18 ss., 116 s. Quest'ultimo guarda a Dioniso come, appunto, al «dio della *zoé*», e intende la distinzione fra tale nozione e *bíos* in termini sensibilmente diversi da quelli già richiamati (*supra*, nt. 69) come più diffusi negli interpreti moderni: «il significato di *zoé* è quello di vita, senza ulteriori caratterizzazioni. Quando invece si dice *bíos*, in esso “risuona” qualcosa di diverso. Diventano infatti visibili ... i contorni, i tratti specifici di una vita ben definita, le linee che distinguono un'esistenza da un'altra: qui “risuona” la *vita caratterizzata*», «in quanto vita limitata di un uomo» – in definitiva, «*zoé* è il filo su cui ogni singolo *bíos* viene infilato come una perla e che, al contrario di *bíos*, si può pensare soltanto come *infinito*».

mendo le responsabilità individuali, come emerge soprattutto nelle saghe dei Labdacidi e degli Atridi (o addirittura, risalendo più addietro, dei Tantalidi)⁸³.

Ma l'irriducibilità alla dimensione strettamente individuale può essere senz'altro colta anche sul terreno delle vicende strettamente tecnico-giuridiche. Il punto era già intravisto in quel libro ricco di intuizioni che è *Ancient Law* di Sumner Maine, laddove questi segnalava, con particolare riguardo all'età arcaica (per percepire però uno stile mentale destinato ad affievolirsi, ma non a scomparire, nell'esperienza romana successiva): «l'unità della società antica era la famiglia, mentre quella della società moderna è l'individuo. ... Le corporazioni sono *immortali* e, corrispondentemente, il diritto primitivo considera le entità di cui si occupa, vale a dire i gruppi famigliari o patriarcali, come perpetui ed inestinguibili»⁸⁴.

Il fondamentale discrimine fra soggettività antica e moderna è dunque (principalmente, o comunque anche) nella sua diversa afferenza all'individuo, o – altrimenti detto – nella circostanza che l'una e l'altra si muovono entro scenari in cui del singolo uomo, della sua specifica esistenza e della sua stessa pensabilità come figura distinta, si delineano immagini decisamente difformi: sfocata e debole nel primo caso (almeno per la nostra sensibilità), sempre più vigorosa e invasiva nel secondo. Ricercare le ragioni e le condizioni storiche di una divaricazione così eclatante ci porterebbe sin troppo lontano; ma credo che un'interpretazione plausibile possa situarsi solo all'intreccio tra antropologia culturale, storia delle idee e vicende delle forze sociali in campo – col decisivo impulso che il decollo delle borghesie moderne, entro la cornice dei grandi Stati europei, esercitò sull'affermarsi del singolo quale soggetto di diritti, protagonista anche (se non prima di tutto) sulla scena giuridica.

Non è probabilmente azzardato, pertanto, guardare alla dimensione antica assumendo in termini estremamente più ampi – ossia di una «impersonalità» che connota un intero mondo – quella formula «di una soggettività non individualistica» di cui si serve Aldo Schiavone proprio nel trattare dei giuristi romani, affrontando il problema della loro «autorialità» in termini nuovi e suggestivi⁸⁵, che non si limitano alla confutazione della loro «fungibilità»

⁸³ Presuppongo qui quanto osservato – in specifico riferimento a un'opera sofoclea, ma con rilievi che non valgono per essa soltanto – in E. STOLFI, *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *SDHI* 80 (2014) spec. 490 ss. ove bibl.

⁸⁴ Così H. SUMNER MAINE, *Diritto antico*, tr. it. Milano 1998 (ed. or. 1861) 100.

⁸⁵ Autorialità che dobbiamo sforzarci di ricostruire sottraendoci ai condizionamenti «dell'individualismo intellettuale moderno», per leggerla piuttosto nel segno di «una soggettività non

di savignyana memoria⁸⁶ (e del resto la «funzione-autore», già destrutturata da Foucault, può ben essere intesa, secondo le parole di quest'ultimo, quale «una delle specificazioni possibili della funzione-soggetto»)⁸⁷.

Una soggettività che non combacia con l'identità e gli estremi di un'esistenza individuale; una soggettività che non muore, come non muore il re di Kantorowicz col suo duplice corpo⁸⁸. Potremmo forse scorgere qui un altro itinerario in cui la parabola della sovranità (pubblica) e della soggettività (privata), col suo corredo di prerogative giuridiche, tornano a incontrarsi e interagire. Così da farci rinvenire un paradigma peculiare e distinto di soggettività, riportato alla luce dalla ricerca genealogica e sottratto alla fascinazione rassicurante di certi continuismi, germogliati da vere o presunte «origini». Un paradigma che non sia al centro di alcuna praticabile «attualizzazione» ma, proprio al contrario, si riveli fecondo nella sua radicale «inattualità»⁸⁹, nel suo essere altro da schemi concezioni sensibilità emersi nei secoli a noi più vicini, accostabile quasi solo nel nome a quell'idea di soggetto – un a-priori elevato a icona, perno di interi sistemi – che il pensiero del secondo Novecento, soprattutto francese, ha meritoriamente riposto in discussione.

individualistica ... elaborata passando per un diverso rapporto ... fra sapere sedimentato e ricevuto, e nuovo pensiero riconducibile solo alla mente di chi scriveva», con «un certo, e per noi inconsueto, grado di 'impersonalità'». Si veda A. SCHIAVONE, *Ius cit.*, 26 s., ma anche *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, spec. 5 ss. In un ordine di idee non troppo distante, già osservava – in riferimento alla giurisprudenza, soprattutto per come tratteggiata nell'*enchiridion* di Pomponio (la quale «n'a pas d'histoire, mais une généalogie») – che «l'unité d'un même sujet collectif la parcourt» Y. THOMAS, *Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit* [1986], ora in ID., *Les opérations du droit*, éd. M.-A. Hermitte-P. Napoli, Paris 2011, 77.

⁸⁶ Come noto, infatti, nel *Beruf Savigny* scriveva dei giuristi romani che erano caratterizzati da una tale comunanza di metodi, tecniche e attitudini da apparire tutti «come persone fungibili». Su questa sua immagine (oltre che sul coevo riferimento di Gönner al «reggimento di Calmucchi») posso rinviare ai miei *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 9 s. nt. 11 ove bibl., cui adde almeno L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008, spec. 40.

⁸⁷ Così M. FOUCAULT, *Scritti letterari*, tr. it. Milano 1984, 20.

⁸⁸ L'allusione è ovviamente a E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957.

⁸⁹ Impiego il sostantivo in una precisa connotazione teorica, che rimonta soprattutto alla nozione nietzscheana di «unzeitgemäß», ma per intersecare anche la «greccità inattuale» di Hannah Arendt e l'«estetica dell'esistenza» (soprattutto) dell'ultimo Foucault: cfr. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia cit.*, 75 ss. ove bibl. Nella recensione a questo libro (in *Quaderni Fiorentini* 41 [2012] 805 s.) Pietro Costa ha ulteriormente precisato, assai meglio di quanto io fossi stato capace di fare, la duplicità di significati in cui impiegare la categoria di «inattuale».

L'EREDITÀ FRAINTESA.
IL DIRITTO DI PROPRIETÀ
DALL'ESPERIENZA ROMANA
AL CODE NAPOLÉON (E VICEVERSA)

Oliviero Diliberto

«La caratteristica generale più certa della tradizione filosofica europea
è che essa consiste in una serie di postille a Platone»
Alfred North Whitehead

«La tradizione non può essere ereditata,
e se uno la vuole deve ottenerla con grande fatica.
Essa implica, in primo luogo, il senso storico [...] e il senso storico implica una percezione,
non solo della condizione di passato del passato,
ma della sua presenza»
Thomas Stearns Eliot

1. Il tema che mi accingo a trattare¹ è, come ovvio, centrale nella storia giuridica occidentale: intrinsecamente complesso, frammentario nelle fonti da esaminare e nella vastissima letteratura moderna, carico (sin troppo) di implicazioni storico-giuridiche, filosofiche, strettamente ideologiche, politologiche.

Il dibattito scientifico è tuttora vivissimo.

In questa sede, dunque, scusandomi sin d'ora dell'inevitabile (e, in qualche misura, necessaria) sommarietà della mia esposizione, proporrò semplicemente alcuni spunti sul tema del diritto di proprietà nella costante

¹Riproduco in queste pagine il testo della relazione quale esposto al Convegno, senza modificazioni sostanziali. La bibliografia di volta in volta citata – a fronte di una produzione, come si sa, letteralmente sterminata – sarà ridotta all'essenziale. Mi è grato, in questa sede, esprimere un ringraziamento sentito ai colleghi della Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan (China), che mi hanno voluto onorare del titolo di “Wenlan” Professor (*honoris causa*).

dialettica, come proverò a dimostrare, tra passato e presente.

Mi riferisco all'“uso e ri-uso”² della giurisprudenza romana nella costruzione della nozione di proprietà privata alle origini della formazione di quello che Aldo Schiavone, con felicissima espressione, ha definito “il diritto romano-borghese”³.

2. Come notissimo, nell'art. 544 del codice civile napoleonico, la proprietà è il diritto:

“de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue*, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé *par les lois ou par les règlements*”.

Tale definizione è a sua volta ripresa, alla lettera, semplicemente traducendola, nel codice civile italiano del 1865 (art. 436: “diritto di godere e disporre delle cose *nella maniera più assoluta*, purché non se ne faccia un uso vietato *dalle leggi o dai regolamenti*”).

Siamo di fronte – è appena il caso di sottolinearlo – al perno del sistema privatistico borghese, quel “maledetto art. 544” (per impiegare le parole di Paolo Grossi) che “ha, con il suo trionfalismo, appagato la retorica borghese dell'Ottocento”⁴.

Grossi vi scorge delle trame, molte delle quali proveremo anche in questa sede a individuare e disvelare, che intrecciano il vecchio e il nuovo: quasi fosse *un palinsesto* (parole sue). Proveremo a scoprirne alcune, di quelle scritte sottostanti – per stare alla metafora di Grossi –, forse sinora rimaste in ombra.

Ma a noi ora interessa un punto chiave, dal quale prendere le mosse.

Alla grande maggioranza dei contemporanei e dei commentatori del *code*, l'idea che quella definizione di proprietà rappresentasse un debito rispetto al diritto romano, sembra del tutto ovvio, pressoché scontato.

Un esempio italiano, credo eloquente.

² Impiego tale espressione nel senso ben esplicitato da L. PEPPE, *Usa e ri-uso del diritto romano*, Torino 2012.

³ A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (A. Schiavone cur.), Roma-Bari 1990, 284. Ultimamente v. anche ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017², 16.

⁴ P. GROSSI, v. “Proprietà (dir. interm.)”, in *EdD*, XXXVII (1988) 251. Sull'art. 544 la letteratura è sterminata: rinvio pertanto solo a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981 (più volte riedito negli anni seguenti), 61 ss. (ma v. già ID., *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'articolo 544 del 'Code Civil'*, in *Quaderni storici delle Marche*, 3(9) (1968) 361 ss.

Gian Pietro Chironi, quasi per giustificare la trasposizione letterale della definizione francese della proprietà nel codice civile italiano del 1865, affermava – senza esitazioni – che gli italiani potevano riconoscere nel *code Napoléon* “leur propre droit” poiché esso era fondato sulle leggi romane e rappresentava, appunto, il “trionfo della tradizione romana”⁵.

Ma che il codice Napoleone fosse di diretta ispirazione romanistica era chiaro già ai principali protagonisti della sua compilazione⁶.

Per limitarci davvero all'essenziale, Jean-Étienne-Marie Portalis insiste diffusamente su tale lascito, “ereditato” appunto dal diritto romano. Nel celebre “Discorso preliminare” egli afferma infatti che il diritto scritto, quello del diritto romano, “a civilisé l'Europe”⁷.

Il legislatore moderno non potrebbe, dunque, che avvalersi della “sapienza dei giureconsulti romani sigillata nel *Corpus iuris civilis*”⁸. Anche il diritto di proprietà, solennemente proclamato nell'art. 544 del *code*, sarebbe tratto dal diritto romano: Portalis non ha dubbi sul punto.

Un'analogia impostazione si rinviene nel Rapporto a nome della Sezione di Legislazione, del 21 gennaio 1804, da parte di Louis-Joseph Faure, ma con una precisazione che a me sembra significativa: il debito verso i romani in relazione alla proprietà privata, farebbe ancor più apprezzare “la superiorité des lois nouvelles”⁹. Il debito è riconosciuto, dunque, ma le disposizioni del *code* sarebbero “superiori”.

Allo stesso modo, anche Jean Grenier, procuratore generale e oratore del Tribunato in Sessione Legislativa (27 gennaio 1804), sottolinea che la definizione di proprietà del progetto del *code* ricorda quella che si trova

⁵ G.P. CHIRONI, *Le code civil et son influence en Italie*, in *Le Code Civil. 1804-1904. Livre du Centenaire*, II Paris 1904, 765. Sul punto rinvio alle equilibrate parole di S. SCHIPANI, *Il 'modello' romano del code Napoléon: problemi del diritto delle persone*, in *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*, Napoli 1984, 137 e lett. ivi citata.

⁶ Da ultimo, v. C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Soveria Mannelli 2017, 45 ss.

⁷ Cito dalla recente edizione bilingue (francese e italiana), curata da Roberto Calvo: J.-É.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, Napoli 2013, 110. Sul *Discorso* v. il recentissimo G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli 2018, spec. 11 ss.

⁸ Riporto le parole, assai efficaci, di R. CALVO, *L'«arte» della legislazione nel pensiero di Portalis*, in PORTALIS, *Discorso preliminare* cit., 24: nelle pagine di Calvo, si rinvia anche la letteratura essenziale.

⁹ L.-J. FAURE, *Rapport au nom de la Section de Législation*, del 21 gennaio 1804, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des Codes Français*, IV, Paris 1836, 94.

nel diritto romano, richiamando la definizione di *utendi et abutendi* su cui torneremo in seguito¹⁰: ma chiosa anche (“osons le dire”), che la definizione proposta per il medesimo *code* “est plus exacte”¹¹, rispetto alle concezioni romane in tema di proprietà.

Il punto è – a mio modo di vedere – tutt’altro che banale. Iniziamo, infatti, a rinvenire, insieme alle liturgiche dichiarazioni del debito verso il diritto romano, anche alcune (caute ma chiare) precisazioni, rispetto alla distanza da quel modello antico.

3. La liturgia del debito romanistico, però, sembra prevalere nei decenni a seguire.

Le diverse edizioni del *code Napoléon* sono, di norma, pubblicate con il “confronto con le leggi romane”¹².

Altrettanto accade nei commenti e nelle annotazioni al *code* civile francese, sin dall’immediatezza della sua promulgazione¹³, che esaminano l’art. 544 costantemente nel confronto con le leggi romane: ma, il più delle volte, non si tratta di citazioni di fonti realmente ascrivibili al diritto romano, bensì di testi medioevali, su cui tornerò a breve¹⁴.

In definitiva, la maggioranza degli autori (e quelli, tra l’altro, di grande diffusione anche tra i pratici del diritto) sceglie di far prevalere l’eredità romanistica, rispetto alle differenze che – si è già sottolineato – avevano colto alcuni dei protagonisti della codificazione.

Un esempio, per tutti. Jacques de Maleville afferma: “cet article [544] est la traduction de la propriété: *dominium*”¹⁵.

¹⁰J. GRENIER, *Discours au Corps Législatif* (27 gennaio 1804), in LOCRE, *Législation* cit., IV, 97 s.

¹¹GRENIER, *Discours*, in LOCRE, *Législation* cit., IV, 98.

¹²Ciò vale, peraltro, sia nei territori di vigenza del *code*, sia in regni diversi. Per il primo caso, si può menzionare, ad esempio, un’edizione milanese, di natura didattica (“ad uso delle Università e dei Licei del Regno d’Italia”): *Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane*, Milano 1811; per il secondo (Regno di Sardegna) cfr., ancora una volta a titolo di mera esemplificazione, V. CATTANEO, *Tavole legali civili comparative, ossia Gli articoli del codice civile di S. M. Sarda in confronto con quelli del codice civile di Francia, colle leggi romane*, etc. etc., Saluzzo 1845.

¹³Cfr., ad es., G.-B. SIREY, *Codice civile annotato* (1817¹) II, Napoli 1823 (che ebbe un’enorme fortuna, anche in Italia) 48 ss.

¹⁴Cfr. *infra* § 7.

¹⁵J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d’État*, II, Paris 1822³ (1805¹) 25.

L'art. 544 avrebbe pertanto rappresentato, agli occhi dei contemporanei “la *résurrection de la propriété romain classique*”¹⁶.

4. Poco importa, evidentemente, che le fonti romane non riportino alcuna definizione della proprietà privata. L'ossequio verso l'illustre “antenato”, nella sua splendida atemporalità, prevale.

Ma la conseguenza di tale atteggiamento, unita all'ossequio altrettanto grande verso il legislatore moderno – l'unico possibile erede di Giustiniano, Napoleone – opera una sorta di corto circuito temporale e concettuale.

Infatti, verrebbe da dire per simmetria, quella idea di proprietà *la più assoluta* viene assunta anche nei trattati di diritto privato romano. In altre parole, le caratteristiche del diritto di proprietà contenute nel codice civile francese del 1804 vengono proiettate dalla romanistica – in misura maggiore o minore, evidentemente – indietro nel tempo, sul diritto romano.

Anche in questo caso, mi limiterò a pochi, ma eloquenti esempi.

Il diffusissimo e fortunatissimo trattato di Ortolan¹⁷ (la cui prima edizione è del 1827) afferma con nettezza che presso i romani la proprietà privata era caratterizzata dalla più totale assolutezza, potendo il proprietario giungere sino alla distruzione della propria cosa (*jus abutendi*): il che, come vedremo a breve, non era condiviso da tutti gli autori.

Ma idee analoghe leggiamo in un autore, questa volta italiano, certo non scevro di attenzione al fenomeno storico-giuridico, e tuttavia – evidentemente – anch'egli fuorviato in qualche misura dallo *spirito del tempo*: Pietro Bonfante.

La prima edizione del manuale istituzionale di diritto privato romano di Bonfante risale al 1896. Ebbene, l'insigne studioso si esprimeva così, in una celebre definizione: la proprietà sarebbe “la signoria più generale sulla cosa, sia in atto, sia per lo meno in potenza”¹⁸. Ora, come ben noto, Bonfante collega la proprietà privata alla *sovranità territoriale* e ne chiarisce la nozione definendola come “veramente assoluta, esclusiva signoria, repugnante a qualunque limitazione”¹⁹.

¹⁶ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil francais*, Paris 1969, 179 s. e ivi letteratura.

¹⁷ M. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, II, Paris 1863⁷, spec. 255 s.

¹⁸ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, rist. corretta della X edizione (1946) Milano 1987 § 80, 204.

¹⁹ BONFANTE, *Istituzioni cit.*, 205.

Ora, la nozione di proprietà privata che da esso si evince, pur richiamandosi alla tradizione giuridica romana, ha ben poco a che vedere con la nozione romana di proprietà²⁰: si tratta, come ovvio, di un uso (o ri-uso, felice espressione, già ricordata, di Leo Peppe²¹) del diritto romano, fondato su una visione (quella, appunto, “romano-borghese”) estranea alle concezioni romane, ma estrapolata pur sempre *anche* dai testi del *Corpus iuris* giustiniano.

5. Non tutta la dottrina è attestata, peraltro, su tali posizioni. Abbiamo già annotato come alcuni protagonisti della codificazione napoleonica abbiano evidenziato differenze tra la nozione moderna e quella romana della proprietà, ma altri autori, successivamente, solleveranno altrettante perplessità.

Si tratta di eccezioni, evidentemente, ma val la pena segnalarle subito. Saranno poi riconsiderate in sede conclusiva di queste pagine.

In Francia, Jean-Charles-Florent Demolombe, nel monumentale Corso di diritto civile (31 volumi, 1845-1876), asserisce che il diritto di proprietà sarebbe imperniato su due caratteristiche fondamentali: l'assolutezza (*jus utendi et abutendi quatenus juris ratio patitur*) e l'esclusività (che ricava da Celso, citato da Ulpiano in D. 13.6.5.15)²². Sia in tema di uso e abuso, che su Celso torneremo diffusamente appresso²³. Il proprietario sarebbe, dunque, libero – per Demolombe – di commettere ogni sorta di “eccessi” sulle sue cose. Può abusare, persino distruggere la cosa. È la conseguenza coerente dell'assolutezza del dominio: ma ciò varrebbe solo nella legislazione civilistica moderna.

Demolombe, infatti, aggiunge che nei testi romani *abuti* indicava la *disposizione*, non la *distruzione* della cosa oggetto della proprietà: ciò si ricaverrebbe da un passo delle Istituzioni giustinianee (I. 1.8.2) – in verità, rarissimamente preso in considerazione in quel torno di tempo – secondo il quale *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*²⁴.

²⁰ O. DILIBERTO, *Il diritto di proprietà: estensione e limiti. Dal diritto romano ai codici contemporanei*, in *Diritto romano, Diritto cinese e codificazione del diritto civile*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 28 (2009) 59 ss. e ivi letteratura essenziale. Cfr. anche *infra* § 10.

²¹ V. *supra* nt. 2.

²² J.-C.-F. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX, Paris 1852, 487 s.

²³ Cfr. *infra* § 8.

²⁴ S. SCHIPANI, *Expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur. Intervento di chiusura dei lavori*, in *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali* (S. Schipani e G. Terracina cur.) Roma 2009, 335 ss.

Dunque, conclude l'autore, la possibilità del distruggere la cosa – insita nella nozione moderna di proprietà – *non è romana*.

Ma anche l'italiano Francesco Filomusi Guelfi²⁵, da civilista avveduto, sottolineava che nel diritto romano non si rinviene una “definizione formale del *dominium*”, pur potendosi scorgere in esso “il germe delle numerose definizioni di proprietà”: l'autore, tuttavia, concludeva che i compilatori del *code Napoléon* si erano convinti “erroneamente che [la definizione di proprietà del medesimo *code*] derivasse dalle fonti del diritto romano”.

Torneremo in conclusione su questi due autori.

6. Per ulteriormente approfondire il tema in esame, sono necessarie alcune annotazioni preliminari, ben note agli studiosi, ma utili per affrontare poi la sostanza del nostro ragionamento.

L'art. 544 del *code Napoléon* è il trionfo della concezione giusnaturalistica del diritto di proprietà. Per Portalis, la proprietà individuale è un diritto naturale sin dalle origini degli uomini, poiché vi sarebbero stati dei proprietari fin da che vi sono stati degli uomini²⁶.

Lo stesso Grenier, il 27 gennaio 1804, nella sua qualità di oratore del Tribunato in Sessione Legislativa, proclamava che il diritto di proprietà, oltre che “sacro” (concetto ripetuto più volte), sarebbe “perfettamente conforme alla natura umana”²⁷.

Ciò è evidente in tutti gli atti preparatori al codice.

Veniva, cioè (implicitamente), superato Hobbes (*Leviatano* XXV ss.) che riteneva con vigore che la proprietà fosse legge civile (“del sovrano”) e non di natura.

È, viceversa, il trionfo di Locke, del legame indissolubile tra Libertà e Proprietà.

“*Liberty and Property*”, proclamava Voltaire²⁸, secondo cui il binomio avrebbe rappresentato “le crit de la nature”, ancora una volta nel rapporto tra idee giusnaturaliste ed illuministe.

Questo legame tra libertà e proprietà è, in qualche modo (e con una certa spericolatezza), desunto da D. 1.5.4pr. Flor. 9 *ist.*: *libertas est natura-*

²⁵ F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli 1910⁶ (1873¹) 215 s. in nota.

²⁶ PORTALIS, *Exposé de motifs au corps législatif*, in LOCRE, *Législation* cit., IV, spec. 76. Nella trattatistica, basti qui richiamare un “classico” quale A. DURANTON, *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, II, Bruxelles 1841⁴ (1825-1837¹) 315 ss.

²⁷ GRENIER, *Discours* in LOCRE, *Législation* cit., IV, 96.

²⁸ *Dictionnaire philosophique*, v. “Propriété” [1764¹], cito dall'ediz. Paris 1816, 218. Sul punto, basti qui rinviare al brillante lavoro di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, 269.

lis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur. Tale frammento è in tema di diritto delle persone, ma vi si legge che la libertà è la facoltà naturale di fare ciò che si vuole, con i limiti delle proibizioni del *ius*. È tutt'altra materia, dunque, rispetto al diritto di proprietà, ma è pur sempre un frammento giurisprudenziale utile per estrapolare un concetto. Non sarà certo l'unico caso.

Nel codice civile francese del 1804, la tutela della proprietà privata (dell'individualismo proprietario) nasce nel combinato disposto di illuminismo giuridico e rivoluzione francese²⁹, ma di quella rivoluzione che ha definitivamente superato Robespierre (che escludeva la proprietà dai diritti naturali dell'uomo e la subordinava all'esigenza del "diritto alla sussistenza di tutti")³⁰.

Da ciò si desume anche, come corollario indispensabile, che l'art. 544 rappresenta il perno *dell'intero codice* per stessa esplicita ammissione dei suoi principali estensori: per Portalis, la proprietà privata è l'anima universale di tutta la legislazione civilistica³¹.

Come se l'intero codice civile fosse costruito *attorno ed in funzione* del diritto individuale di proprietà e della sua protezione, il medesimo Portalis insiste, ad esempio, su una sorta di triade dell'assolutezza della libertà individuale, costituita da proprietà privata, libertà contrattuale, libertà testamentaria³².

Il che viene sempre sostenuto attraverso il richiamo ostentato al diritto romano.

7. In realtà, al di là dell'esaltazione del debito romanistico, l'art. 544 è il precipitato di espressioni in parte medioevali e in parte successive, ma comunque antecedenti di secoli alla formazione del codice Napoleone.

Per quanto tale ovvia considerazione sia notissima in dottrina, la tradizione e la sedimentazione medioevali e moderne della nozione di proprietà sono quanto mai frammentarie, dunque assai difficili da seguire.

Tuttavia, credo si possano individuare *due distinti filoni* di tale sedimentazione, non di rado intrecciati tra loro, i cui contorni precisi non è sempre semplice individuare. Ci proveremo, con una qualche approssimazione, ma spero con altrettanta perspicuità.

Soccorre, a questo proposito, un lavoro prezioso, di Ferdinando Picci-

²⁹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 113 ss., 135 ss.

³⁰ SALVI, *Teologie* cit., 13.

³¹ PORTALIS, *Exposé de motifs* in LOCRE, *Législation* cit., IV, spec. 84.

³² CALVO, *L'"arte" della legislazione* cit., 20 e 28 s.

neli, del 1886³³: utilissimo più che per le intrinseche considerazioni in esso contenute, per la mole impressionante di materiale raccolto.

Attraverso tale ricerca si possono, dunque, anche individuare i due filoni definatori che ho anticipato:

a. Bartolo (XIV secolo), ad l. *Si quis vi*, § *Differentia*, ff. *de acquirenda possessione* (D. 41.2.17.1 Ulp. 76 *ad ed.*)³⁴.

La proprietà, per Bartolo, sarebbe *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeatur*. Il diritto di proprietà è – in tale impostazione – diritto assoluto (*perfecte disponendi*)³⁵: limitato, appunto, solo da eventuali proibizioni della legge. Si noti, subito, l'assonanza con la definizione dell'art. 544 del *code Napoléon*.

In realtà, il testo di Ulpiano si limita a segnalare la differenza tra proprietà e possesso:

D. 41.2.17.1 Ulp. 76 *ad ed.*: *Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nibilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. etc.*

Della celeberrima definizione di Bartolo, esiste tuttavia una variante, piuttosto interessante.

Duareno (1509-1559), infatti, afferma che la proprietà sarebbe: *ius ... plene ac libere disponendi, extra quam si quid lege prohibeatur*³⁶. È la definizione di Bartolo, con la variante di *libere* in luogo di *perfecte*.

Di lì a poco, Grozio (1583-1645) proporrà un'ulteriore variante definitoria: *Dominium ... natura sua consistit in libera facultate de re disponendi*³⁷.

Grozio giustifica tale definizione asserendo di averla ricavata, a suo dire, da C. 4.35.21: "*suae ... quisque rei moderator atque arbiter*". La forzatura, sin dalla materia trattata, appare evidente: il testo romano è in tema di mandato. Ma la suggestione proposta da Grozio giungerà anche nei lavori dei commentatori del *code Napoléon*: come nel già menzionato Maleville³⁸).

³³ F. PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione Dominium est ius utendi et abutendi de re sua quatenus iuris ratio patitur*, Firenze 1886 (rist. nella collana Antiqua, con nota di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Napoli 1980).

³⁴ PICCINELLI, *Studi cit.*, 42 ss.

³⁵ Sul punto, per tutti, v. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1972, 292.

³⁶ PICCINELLI, *Studi cit.*, 57.

³⁷ PICCINELLI, *Studi cit.*, 59 s. Importanti considerazioni in ARNAUD, *Les origines cit.*, 184.

³⁸ Cfr. *supra* § 3.

Lo schema definitorio sin qui osservato è pressoché sempre il medesimo: *ius disponendi ... nisi lex prohibeatur*³⁹.

Cambia l'avverbio: in Bartolo leggiamo *perfecte*, in Duareno (e poi Grozio) *libere* (o *libera facultas*). Vedremo appresso che la mutazione giunge sino alle soglie della codificazione napoleonica.

Ma osserviamo ora il secondo filone della sedimentazione che ho anticipato.

b. François Hotman (1563) così definisce la proprietà: *ius ac potestas re quapiam tum utenti tum abutendi quatenus iure civili permittitur*.

Già i glossatori, in verità, avevano in qualche luogo impiegato il termine *abuti*, ma la definizione nella sua limpidezza è per primo, appunto, di Hotman⁴⁰.

Anche in questo caso, Hotman e gli autori a lui successivi rivendicano l'ascendenza romana della definizione (labile, ma in effetti esistente):

D. 5.3.25.11 Ulp. 15 *ad ed.*: *dum de re sua abuti putant*.

Siamo in tema di *hereditatis petitio*. I possessori di buona fede non saranno tenuti se avranno dilapidato l'eredità mentre credono di "abusare" delle proprie cose. Si parla d'altro, ma *abuti* effettivamente viene rinvenuto nelle fonti romane.

L'analisi muove, dunque, da un frammento giurisprudenziale romano, una parola, un'espressione, per poi "piegarla" ad esiti certamente non romani.

La circostanza è notissima (si pensi agli atti di emulazione). Ma, nel nostro caso, giova esaminare le differenze tra i due filoni definitivi così sommariamente riportati.

8. In entrambe le definizioni la proprietà è presentata come diritto assoluto.

Ma tale assolutezza, nella prima definizione, è esplicitata nel disporre *perfettamente* (Bartolo) o *liberamente* (Duareno e in parte Grozio), avendo come unico limite le proibizioni della legge.

Nella seconda definizione (Hotman), invece, l'assolutezza è esplicitata nell'*utendi atque abutendi*, salvo nel caso delle proibizioni del *ius civile*.

Con tutta evidenza, entrambe le definizioni sono frutto di una lunga

³⁹ Sul concetto di *disposizione* – dal *disposer* francese ai codici contemporanei – v. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano 1994, 118 ss.

⁴⁰ PICCINELLI, *Studi cit.*, 57, 88 ss.

evoluzione, di sedimenti lessicali e concettuali precedenti (glossatori e commentatori).

Resta da comprendere quale sia stato il tramite tra queste due definizioni celebri e il *code Napoléon*.

Azzardo un'opinione in proposito, ben sapendo che sul punto è aperta una discussione piuttosto aspra in dottrina. Ritengo, tuttavia, che un ruolo decisivo sia stato svolto da Pothier.

Nel trattato sulle Pandette, Pothier asserisce, infatti, in primo luogo, che la proprietà – “*vulgo*” – sarebbe “*Jus utendi et abutendi re sua, quatenus Juris ratio patitur*”; quindi, specifica che la “piena proprietà” (“*plenum dicitur [il dominium]*”) sarebbe il diritto “*in quo facultas de re disponendi*”; ma conclude che, laddove la proprietà non sia piena, come nel caso del marito sui beni dotali o del *nudus dominus* della *res* data in usufrutto, la mancata “pienezza” si spiegherebbe “*quia caret libera disponendi facultate*”⁴¹. Siamo all’inizio del commento del titolo primo, 41 libro Digesto (acquisto della proprietà).

Ancora. Nel trattato sulla proprietà, il medesimo Pothier aggiunge al concetto di disporre, anche il limite del diritto altrui e i divieti di legge: “de disposer à son gré d’une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d’autrui, ni aux lois”⁴².

Pothier, in altre parole, sembra proprio voler conciliare – in qualche misura, ma con chiarezza – Bartolo e Hotman: disporre a proprio piacimento da una parte; usare e abusare dall’altra.

Pothier, tuttavia, riprende Bartolo (*disporre*, tranne che per attentare a diritti altrui o per motivi vietati dalla legge), ma con una differenza di sostanza.

Perfecte si trasforma ancora in *libere*. Lo ha notato e sottolineato acutamente Oberdan Scozzafava⁴³.

È la variante osservata in Duareno – Grozio.

Sottolineo un punto. La scelta terminologica in Pothier è, a mio modo di vedere, *sicuramente voluta* (non casuale). La circostanza va sottolineata e motivata.

Pothier, infatti, in altro luogo, legittima la nozione assolutistica della proprietà privata alla luce di D. 50.17.139.1 Gai. *ad ed. pr. urb.*: *Non videtur perfecte cuiusque id esse, quod ex casu auferri potest.*

⁴¹ R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, III, Parisiis 1819, 683 s.

⁴² R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Ouvres de Pothier*, IX, Paris 1844, 103.

⁴³ O. SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino 2014, 23 ss.

Ora, in questo testo si legge *perfecte*. Eppure, l'autore preferisce, rispetto a ciò che riviene nelle fonti romane, l'avverbio *libere*.

Dunque, Pothier *vuole* che nella definizione di proprietà si legga: *libere*.

Libere e perfecte, dunque, si alternano e giungono a Pothier che, come detto, unifica Bartolo e Hotman (*utendi et abutendi*), e poi, sulla definizione bartoliana, innesta un concetto simile ma non identico, che trovava in un altro filone definitorio (Duareno e poi Grozio).

Una parte della dottrina identifica il *libere* con l'esclusività del diritto di proprietà (ancora Scozzafava⁴⁴): un'ipotesi, quest'ultima, proposta per primo dal Touillier⁴⁵.

Così, in Pothier – per tale dottrina – emergerebbe la nozione di esclusività come caratteristica saliente del diritto di proprietà. Ma noi sappiamo che *libere* non è di Pothier. È molto precedente.

È ben vero che Pothier teorizza l'esclusività della nozione di proprietà, giustificandola alla luce delle fonti giurisprudenziali romane (Celso, citato da Ulpiano in D. 13.6.5.15⁴⁶): non può coesistere una proprietà in solido con altri.

Ma *libere* – giova ribadirlo – è assai più risalente, come sappiamo.

Appare decisamente difficile risalire alle motivazioni che indussero Duareno a scegliere l'avverbio in esame per la definizione della proprietà privata.

Ma per quanto riguarda Grozio e Pothier, si può avanzare una congettura (niente di più): il *perfecte* di Bartolo indica la completezza della possibilità di disporre. *Libere* invece tiene insieme la doppia valenza dell'assenza di restrizioni, ma anche della libertà in quanto tale, iniziandosi forse a intravedere il legame tra proprietà e libertà di cui abbiamo già accennato.

Non è inutile ricordare che Pothier (1699-1772) è contemporaneo di Voltaire (1694-1778).

9. Ancora. Pothier prefigura anche lo stretto legame tra la proprietà e la libertà testamentaria. L'individuo può disporre (torna nuovamente l'espressione) dei propri beni a qualunque titolo, anche (il che è fondamentale) *post mortem*: negare la libertà testamentaria significherebbe infatti comprimere anche il diritto di proprietà. E, ancora una volta, Pothier ricava tale convinzione dalla giurisprudenza romana (Mod. 2 *pandect.* D. 28.1.1: la celebre definizione del *testamentum*).

⁴⁴ SCOZZAFAVA, *La soluzione cit.*, 23.

⁴⁵ C.B.M. TOUILLIER, *Le droit civil française suivant l'ordre du code*, II, Bruxelles 1845 (1819¹) 22.

⁴⁶ Si ricorderà: *supra* § 5.

Si ricorderà, tuttavia, che identico concetto verrà ripreso da Portalis, nel rapporto tra proprietà e testamento⁴⁷.

Pothier, insomma, a me pare il primo a enunciare una definizione – verrebbe da dire – teorica e consapevole della nozione di proprietà.

L'elaborazione di tale autore, quindi, sembra prefigurare proprio l'art. 544.

Tutto ciò è quanto mai controverso. Una (forse non sopita) *querelle* ha contrapposto, sul punto, Paolo Grossi e il già menzionato Oberdan Scozzafava⁴⁸: mentre, per quest'ultimo, proprio Pothier avrebbe aperto un'epoca nuova in tema di proprietà, per Grossi il medesimo Pothier sarebbe “l'ultimo giurista dell'antico regime”, non il primo dei giuristi nuovi”⁴⁹.

Una discussione, questa, che confesso non appassionarmi.

Nella saldatura tra vecchio e nuovo, tra tradizione e innovazione, tra folgoranti intuizioni e antichi retaggi, non può che esistere sempre un rapporto indissolubile. Il nuovo trascina con sé, inevitabilmente, anche il vecchio: in fondo, lo stesso Grossi ha sottolineato assai spesso tale circostanza.

Mi limito, anche in questo caso, ad un esempio, che giudico (anche se in ambiti completamente differenti) quanto mai significativo. Si è molto discusso, infatti, su Isaac Newton: per secoli considerato il primo scienziato moderno, quando furono rinvenuti i suoi manoscritti alchemici fu definito, viceversa, l'ultimo dei maghi⁵⁰.

Entrambe le definizioni appaiono egualmente corrette: né avrebbe potuto essere altrimenti.

Concordo, pertanto, con quanto sostenuto da André-Jean Arnaud, in uno studio giustamente celebre⁵¹, in merito alla centralità di Pothier per la costruzione dogmatica del diritto di proprietà: il che non esclude certo antichi retaggi e concezioni del passato intrecciate con la consapevolezza nuova che si può – anche a mio avviso – desumere con sufficiente nettezza nel pensiero del medesimo Pothier.

⁴⁷ Cfr. *supra* § 6.

⁴⁸ P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985) 406 ss. (a proposito del lavoro di Scozzafava qui ricordato), cui seguirà, anni dopo, O. SCOZZAFAVA, *Una lontana replica a Paolo Grossi*, in *Studi* cit., 35 ss.

⁴⁹ GROSSI, v. “Proprietà (*dir. interm.*)” cit., 250 s.

⁵⁰ Rinvio al recente, brillantissimo, R. ILIFFE, *Priest of Nature. The Religious Worlds of Isaac Newton*, Oxford 2017.

⁵¹ ARNAUD, *Les origines* cit., 186. Concorda, tra gli altri, anche RODOTÀ, *Il terribile diritto* cit., 65 (sulle definizioni di Pothier, 81).

10. È tempo di trarre qualche prima considerazione di sintesi.

Abbiamo constatato che i protagonisti della codificazione e gli immediati commentatori (tranne poche eccezioni) non nutrivano dubbi sulle ascendenze romane del diritto di proprietà quale definito nell'art. 544 del *code Napoléon*.

Ma abbiamo altresì evidenziato che, pur asserendo ciò, essi non riescono (neppure Pothier) a rinvenire nelle fonti giurisprudenziali romane alcun appiglio reale per motivare tale convinzione.

D'altro canto, la dottrina giusromanistica ha maturato, nel tempo, e segnatamente nell'ultimo cinquantennio, un'idea della proprietà romana ben più aderente a ciò che si legge nelle fonti. Il diritto non sarebbe *mai stato assoluto* e coesisterebbero diverse forme di appartenenza e differenti discipline della proprietà medesima⁵².

In fondo, i giuristi francesi non riescono a trovare nella giurisprudenza romana la definizione della proprietà, perché semplicemente nelle fonti romane non c'è.

La rielaborano attraverso i medioevali e le opere dei giuristi del XVI secolo, anche grazie alla successiva mediazione di Pothier.

Sono circostanze notissime.

Ma se nella giurisprudenza romana non si rinviene alcuna definizione generale del diritto di proprietà, a me pare altrettanto evidente – anche ad una sommaria analisi della struttura del codice francese del 1804 – che il “sistema” complessivo dei diritti reali è di chiara ascendenza romana (giustiniana, ma non solo: si pensi alle Istituzioni gaiane): nella sistematica, appunto, nelle forme acquisitive (ad es. l'occupazione, l'accessione, l'*inventio thesauri*, etc.) e nel complesso della trattazione dei diritti reali su cosa altrui.

Dunque, se si vuole trovare una dipendenza del *code Napoléon* da modelli romano-giustiniani va cercata nella sistematica e nelle scelte classificatorie, assai più che nei contenuti della declinazione del diritto di proprietà medesimo.

Un esempio per tutti. La nozione codicistica di usufrutto (art. 578 *code Napoléon*) sembra ricalcare in modo quasi pedissequo la celebre definizione di Paolo (D. 7.1.1 Paul. 3 *ad Vitell.*), come è chiarissimo proprio agli stessi commentatori francesi del codice⁵³.

⁵² Per tutti, si rinvia a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. “Proprietà (*dir. rom.*)”, in *EdD* XXXVII (1988) 160 ss., spec. 189.

⁵³ SIREY, *Codice civile annotato* cit., II, 79 ss.

11. In conclusione, giova ancora richiamare le opinioni di André-Jean Arnaud. La nozione di proprietà e quella dell'autonomia contrattuale (art. 1134) non sono sicuramente di origine romanistica⁵⁴, bensì schiettamente moderne: i punti chiave del *code Napoléon* sono pertanto frutto di un'originale impostazione dei giuristi francesi, che rielaborano formule medioevali e dei giuristi nel XVI secolo, attraverso la (assai probabile) mediazione di Pothier.

Il punto, però, è che l'ostentato e quasi obbligato ossequio verso il diritto romano non ha impedito ad alcuni tra i più lucidi protagonisti della codificazione del 1804 di avvertire una difficoltà, una sorta di disagio di fronte alla nozione di proprietà.

Si ricorderà⁵⁵, infatti, che pur asserendo che l'origine della nozione di proprietà (l'art. 544) fosse romana, quella antica "memoria fa ancor più apprezzare la superiorità delle nuove leggi" (Faure). Per altri, la proprietà dell'art. 544 "ricorda quella che si trova nel diritto romano", ma la definizione del *code Napoléon* "è più precisa" (Grenier).

È pertanto sicuramente vero quanto sosteneva il già menzionato Demolombe, con lucida consapevolezza, in merito alla diversità dei due assetti proprietari (quello romano e quello francese)⁵⁶.

Continuità e discontinuità, dunque. Uso e riuso dei frammenti giurisprudenziali, attraverso la loro modificazione e la rielaborazione secolare. Intrecci definitivi della proprietà privata che si riescono, non senza fatica, ad individuare e che trovano un momento essenziale di snodo e consolidamento nell'opera di Pothier.

Ma l'espressione *de la manière la plus absolue*, volutamente così ostentata, rappresenta la genuina originalità del codice Napoleone.

⁵⁴ ARNAUD, *Les origines* cit., 194 s.

⁵⁵ Cfr. *supra* § 2.

⁵⁶ Cfr. *supra* § 5.

IL CONTRATTO NEI GIURISTI ROMANI E NELLE COSTRUZIONI DA DOMAT A POTHIER

Massimo Brutti

Sommario: 1. Schemi della *iurisprudencia*. – 2. Le antiche immagini nel pensiero giuridico moderno: Jean Domat. – 3. Le volontà individuali nell’opera di Pothier.

1. *Schemi della iurisprudencia*

La più antica rappresentazione teorica delle attività contrattuali nel diritto romano viene da Quinto Mucio Scevola: ne leggiamo le formulazioni in un frammento di Pomponio¹. L’attribuzione del contenuto del testo a Quinto Mucio, già sostenuta in anni passati da Aldo Schiavone, è ora confermata nel volume sul giurista repubblicano, pubblicato per la collana *Scriptores iuris Romani*. All’inizio del frammento troviamo l’espressione riassuntiva *quidque contractum est*, riferita a vari tipi di accordo, produttivi di effetti obbligatori. Adopero il termine “tipi” per denominare ipotesi astratte di *contrahere*, che la giurisprudenza identifica come cause di obbligazioni.

Secondo l’elencazione di Quinto Mucio, le obbligazioni nascono dal *contrahere re* del mutuo, dal *contrahere verbis* della *stipulatio*, dal *contrahere consensu* che si rileva nelle operazioni di vendita e di locazione. Manca il

¹D. 46.3.80 Pomp. 4 *ad Quint. Muc.*: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

contrahere litteris, forse caduto dal testo. All'interno di ciascuna di queste categorie, vi saranno nomi di atti (accomunati da elementi strutturali e funzionali). Gaio ne darà conto compiutamente, ma un'esemplificazione è già presente nel pensiero del giurista repubblicano. Per il *contrahere re* è citato il mutuo; mentre nell'ambito del *contrahere consensu* Quinto Mucio indica le figure dell'*emptio*, della *venditio*, della *locatio*; Gaio completerà le denominazioni e vi aggiungerà la società e il mandato.

La concettualizzazione, all'interno del *quidque contractum est*, consiste nell'individuare un elemento saliente per ciascuno dei tipi, compreso da ultimo il *consensus* su atti determinati, rilevanti nello *ius gentium*. Il *genus* unitario (di cui il testo del giurista repubblicano coglie il primo manifestarsi) è un contenitore di comportamenti rientranti nei tipi e rimanda a questi².

²Sul frammento D. 46.3.80, vedi J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, in *Scriptores iuris Romani*, 1, Roma 2018, 196 ss. (il commento è di E. Stolfi): si dà conto di due letture. La prima attribuisce a Pomponio (per un'estensione del pensiero muciano a situazioni che questo non contemplava) il tratto da *aeque* alla fine. La seconda considera risalente al giurista repubblicano l'intero testo. Cfr., su questa ipotesi, A. SCHIAVONE, 'Ius'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 182 ss. La "tensione unificante" che l'autore coglie nel concetto iniziale del *quidque contractum* (forse non ancora un *genus* sostantivato, ma un insieme di situazioni che presentano un tratto comune: quello di generare *obligationes*) rende possibile che il discorso relativo a mutuo e *stipulatio* si estenda ai contratti consensuali. L'inclusione riguarda due figure tipizzate come la vendita e la locazione. Possono compiersi *consensu* ed in modo simmetrico sciogliersi, con una manifestazione di volontà in senso contrario. Vi è un salto tra le prime due figure e il *contrahere consensu*. Come se questa categoria fosse aggiunta e presentasse delle peculiarità che la separavano dalle precedenti. «Il passaggio – leggiamo nel libro di Schiavone del 2005 – avveniva con evidente fatica». Ma è innegabile che Pomponio (questa la tesi dell'autore) non avrebbe avuto alcuna difficoltà a porre i casi di *contrahere consensu* sullo stesso piano del *contrahere re et verbis*. La separazione dei piani di discorso individuabile nel testo (il passaggio dal *debere* al *posse* per descrivere le modalità di costituzione e di scioglimento) era probabilmente uno snodo interno al discorso muciano e non è aggiunto ad esso. Pomponio non ne avrebbe avuto bisogno. Cfr. R. CARDILLI, 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione, Napoli 2016, 289 sulla "tecnica di associazione" del giurista repubblicano. Osservo che la frase finale indica una visione del *contrahere consensu* non ancora come un *genus* consolidato. Quinto Mucio considera la tipizzazione dei contratti consensuali ancora in fieri, eppure la indica sotto forma di possibilità di applicazione di una regola già fissata per contratti che fondavano il vincolo sulla solennità verbale o sul dato materiale della consegna di una cosa. L'uso delle nozioni di *emptio*, di *venditio*, di *locatio*, tutte costruite sulla posizione di una sola parte del contratto, indica una puntuale specificazione di comportamenti in via di tipizzazione. Inoltre il riferimento al *nudus consensus*, per queste figure implica che anche nel *contrahere re et verbis* vi sia un consenso "vestito" da qualcos'altro. Sul frammento Schiavone è tornato di recente, confermando la sua esegesi, nella *Nuova edizione di Ius*, Torino 2017, 206 ss. Che il salto tra prima e seconda parte del testo, dal *debere* al *posse* non sia da ricondurre ad un'aggiunta di Pomponio è anche sostenuto da F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e sunt per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Torino 1992, 24 ss.

La classificazione muciana, che ordina in una serie astratta la materia dei casi, riemergerà spesso nel discorso giuridico. La concettualizzazione delle modalità di formazione dei vicoli (*re, verbis, consensu*) sarà accompagnata dalla definizione di tipi distinti entro ciascun *contrahere*.

Accanto a questa struttura classificatoria, si afferma ben presto una visione più aperta, che riconduce i contratti a due modelli strutturalmente diversi e di portata generale, destinati a convergere: da un lato la *conventio*, l'accordo che si immagina presente in ogni atto bilaterale o plurilaterale di disposizione; dall'altro il *συνάλλαγμα*, lo schema della reciprocità. Entrambi sono pensati dai giuristi come scheletri concettuali svincolati dalla tipizzazione, riferibili a casi diversi e ad operazioni giuridiche che possono sfuggire ai tipi.

La *conventio* è indicata come fondamento per tutte le forme di *contrahere*. Essa inoltre è presente nel *pactum de non petendo*, tutelato dal pretore tramite un'*exceptio*, nel *pecuniam debitam constituere*, nei *recepta*, nel pegno, nell'ipoteca e – secondo un passo di Giavoleno – nella *traditio*. La *conventio* è nudo consenso.

Invece, nel *συνάλλαγμα*, l'accordo si conferma come essenziale all'atto, ma vi è qualcosa di più. Si ritiene che l'obbligazione assunta da una parte fondi l'obbligazione reciproca dell'altra; oppure che la prestazione di un contraente obblighi l'altro ad una controprestazione. Sempre entro un contesto consensuale.

* * *

Le nozioni di *conventio* e *συνάλλαγμα* sono già nettamente delineate da Labeone. Egli denomina con i termini *convenire* e *conventio* varie forme di incontro tra le volontà. È possibile *convenire* – afferma – con la consegna di una cosa o per lettera o mediante un messaggero; o con l'immediato manifestarsi del volere, rilevante in sé ed in alcuni casi perfino senza parole³. L'enunciato svela la propagazione dei rapporti contrattuali a distanza (con il ricorso all'*epistula* o al *nuncius*). Il discorso labeoniano appartiene ad una vicenda storica di cambiamenti nelle strutture economiche. In seguito all'espansione politico-militare di Roma, il meccanismo della circolazione crea forme di comunicazione ed intermediari nuovi rispetto ai modelli del passato, alle forme chiuse di contrattazione che ispiravano Quinto Mucio. Questi si muoveva in una prospettiva conservatrice, che guardava

³Cfr. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.2pr.-1: *Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. sed etiam tacite consensu convenire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, futuramque ei conventionis exceptionem placuit.*

alla società agraria e non considerava, come osserva Bremer, il grande commercio⁴: la *mercatura magna et copiosa*, descritta da Cicerone⁵.

Labeone mette in luce ciò che gli sembra interno e costante nei meccanismi contrattuali, andando oltre le immagini tradizionali. Egli isola la volontà dai modi di espressione che la manifestano. Distinguere la volontà dall'espressione era un esercizio diffuso nella retorica. Ora entra pienamente nel discorso giuridico.

Il *convenire*, dal primo secolo d.C., si impianta nei singoli *contractus* e si estende ad altri atti: diviene un *genus* capace di abbracciarli. Tra il 60 e il 90 nasce, attorno a questa figura, la teoria di Pedio, che sarà accolta da Ulpiano ed avrà un seguito nella tradizione:

«... A tal punto è generale la parola *conventio* che, come elegantemente afferma Pedio, è nullo il contratto, nulla l'obbligazione che non abbia in sé una convenzione, sia che si effettui attraverso la consegna di una cosa, sia attraverso la pronunzia di parole: infatti anche la stipulazione che si effettua attraverso la pronunzia di parole, se non ha in sé il consenso, è nulla. Per la maggior parte però le convenzioni passano sotto un altro nome, come nella compera, nella locazione, nel pegno o nella stipulazione»⁶.

⁴Vedi F.P. BREMER, *Turisprudientiae antehadrianae quae supersunt*, Leipzig 1896, 48 ss., spec. 51.

⁵Cfr. Cic., *De off.* 1.42.151.

⁶Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3-4: ... *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.* Su questo testo e sul significato della *conventio*, come una sorta di archetipo delle moderne dottrine negoziali, vanno ricordati gli studi di Salvatore Riccobono, in polemica con l'interpolazionismo che considerava giustiniano il rilievo autonomo della volontà (la forza del nudo consenso) negli atti di disposizione. Cfr. S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. 'Stipulationes contractus pacta'* (anno accad. 1934-35), Milano 1935. Vedi, da punti di vista diversi. G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1988, 3 ss.; F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e sunt per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, II, Torino 1995, 206 ss. Con richiami ad una bibliografia amplissima, vedi C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 518 ss. Vi è – probabilmente a partire dal commento all'editto – la definizione di un concetto indipendente dai tipi e con un'ambizione generale, che si oppone – osserva Giachi – «alla marginalizzazione, tutta di stampo sabiniano, della *conventio* nei soli contratti consensuali» (p. 527). Sta di fatto che la teoria di Pedio ha molteplici echi ed acquista una funzione centrale nel discorso ulpiano sui contratti e sui patti. È probabilmente l'*edictum de pactis* il documento normativo da cui muove la teoria. Comunque ad esso si riferisce Ulpiano.

Il richiamo finale al pegno mostra l'estensione del *genus* ad atti che producono effetti reali. Vi è una tendenza in questo senso. Come ho già detto, Giavoleno si spingerà fino ad affermare che nel trasferimento del *dominium* è necessaria la volontà di entrambe le parti, che il giurista chiama *contrabentes*. Il *convenire* è implicito nella *traditio*⁷. E si conferma come autonoma astrazione.

* * *

Labeone fissa inoltre una definizione dei contratti consensuali ad effetti obbligatori, che ruota intorno alla categoria *συνάλλαγμα*. Comprende i tipi già inclusi da Quinto Mucio nel *contrahere consensu*, ma non è limitata a questi.

La nuova parola-chiave è ritagliata dal linguaggio filosofico. Il giurista fa sua una nozione che trae dall'*Etica Nicomachea* di Aristotele e di cui cambia in parte il significato. Il problema è garantire l'equilibrio tra le azioni umane e negli atti giuridici. Il giurista vede nel contratto il luogo dell'equilibrio e mutua la nozione aristotelica di "rapporto implicante obblighi", spostandola entro il discorso giuridico. Il filosofo definiva "giustizia correttiva" lo stabilirsi di una uguaglianza o di un'analogia nelle relazioni private. Riguardo agli atti della circolazione economica, il cedere e l'acquistare, sosteneva che il giusto significasse gli obblighi e le prestazioni secondo una misura unica⁸. Certo non affrontava questa corrispondenza come un problema giuridico.

«... Ma nelle associazioni di scambio è questo genere di giusto che dà compattezza: il reciproco (τό ἀντιπεπονθός) secondo analogia e non secondo uguaglianza. Infatti è col restituire proporzionalmente a quanto si è ricevuto che la città rimane compatta. Poiché gli uomini cercano di restituire: sia che abbiano ricevuto del male, altrimenti si pensa che vi sia schiavitù; sia che abbiano ricevuto del bene, altrimenti non vi è scambio, e con lo scambio essi sono compatti ...». Ed aggiunge più avanti: «... Per questo tutti i beni dei quali vi è scambio devono essere in qualche modo comparabili. In vista di ciò è seguita la moneta ed essa costituisce in qualche modo un medio ...»⁹.

Con ogni probabilità Labeone trae occasione dalle proprie letture filosofiche (mentre egli scrive, l'opera di Aristotele è direttamente accessibile

⁷ Cfr. Iav. 10 ep. D. 44.7.55: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium ...* Un riflesso della teoria della *conventio* è in Iul. 13 dig. D. 41.1.36.

⁸ *Ethic. Nic.* V.7.1131 b 32 – 1132 a 7.

⁹ *Ethic. Nic.* V.8.1133 a 8-25.

agli intellettuali che vivono nella *civitas*) per inventare un concetto giuridico nuovo. Riconduce il *συνάλλαγμα* all'idea di reciprocità. Assume questa come base per assegnare una forza giuridica vincolante al *consensu contrahere*: come condizione perché al rapporto bilaterale o plurilaterale si colleghino effetti giuridici.

Leggiamo in una citazione di Ulpiano nei *libri ad edictum*: «Labeone ... definisce contratto quella obbligazione reciproca delle parti che i greci chiamano *συνάλλαγμα*, come la compravendita, la locazione conduzione, la società ...»¹⁰.

Sono poche parole, collocate entro un tentativo di riordino della terminologia relativa agli atti di disposizione, che nel suo insieme non avrà successo. Sarà solo l'individuazione della reciprocità come struttura del consenso, come dato oggettivo attorno a cui il consenso si manifesta, a lasciare un traccia duratura nella giurisprudenza. Per la prima volta nell'opera labeoniana l'accordo applicato alla corrispettività degli obblighi (ed in qualche caso anche delle prestazioni) diviene il presupposto per riconoscere il potere vincolante di negoziazioni atipiche. È uno spunto che verrà ripreso, fondando una visione dei rapporti obbligatori che si svilupperà fino all'età severiana.

Ne vediamo un esempio in un frammento di Papiniano. Egli cita il parere di Labeone di fronte ad una situazione di incertezza contrattuale.

«Labeone scrive che al padrone delle merci, quando è incerto se egli sia conduttore della nave o se abbia dato in locazione le merci perché venissero trasportate, si deve dare un'azione civile in fatto»¹¹.

¹⁰Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam contrabantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem quod graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.* Siamo di fronte ad una prescrizione di significati relativa a termini impiegati nell'editto. Per quanto riguarda le specifiche accezioni proposte per *agere* e *gerere*, essa non sarà recepita dai pretori né dai giuristi. Lo scheletro sinallagmatico avrà invece ulteriori impieghi nella giurisprudenza. Sul frammento e sul nesso con gli usi del termine greco nell'*Etica Nicomachea*, vedi A. SCHIAVONE, *Ius* cit. 2017, 314 ss. Sui contratti tipizzati e sulla posizione labeoniana, posta in relazione con le immagini teoriche che saranno proposte da Aristone e Mauriciano, quali risultano dal testo ulpiano in D. 2.14.7.2, cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. Milazzo (a cura di), *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli 1990, 35 ss., spec. 96 ss.

¹¹Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.*

Il caso riguarda il commercio a distanza. Il *dominus* delle merci ha preso in affitto la nave, oppure ha dato in locazione le merci perché si realizzasse il trasporto. Quale azione scegliere se vi è inadempimento?

Labeone prospetta un'azione non ancorata ad un tipo contrattuale. La chiama *civilis*, in quanto ricalcata sul *iudicium bonae fidei* (che si dà nella compravendita) ed *in factum*, poiché la formula descrive la situazione di fatto ed in relazione a questa dà al giudice la possibilità di valutare l'interesse in gioco, di calibrare la condanna. Il giurista indica quindi ai pretori una via innovativa, realizzabile nell'esercizio discrezionale della *iurisdictio*.

La reciprocità attiene al contenuto del volere. Entrambi i contraenti puntano alla costituzione di un vincolo. L'incertezza sul tipo a cui ricondurre i comportamenti viene superata, poiché in primo piano è posta la reciprocità.

Labeone è coerente su questa linea. I testi che ci permettono di cogliere il suo pensiero sono tutti ancorati alla casistica, base pressoché costante del lavoro giurisprudenziale. Osservo al riguardo che proprio nell'articolazione dei casi, nel confronto tra le soluzioni normative formulate per casi che si ripetono o si somigliano (secondo le immagini volta a volta leggibili nei testi), possiamo distinguere il contributo e l'orientamento di ciascun giurista. Ciò emergerà dalle fonti che mostrano l'adozione dello schema labeoniano da parte di Aristone e di Paolo e le novità introdotte.

Nei casi che mi accingo a considerare emergono esempi di contratto non corrispondenti ad alcun tipo: la tutela è in funzione della reciprocità del rapporto instaurato. Scrive in proposito il giurista augusteo:

«Non si può ritenere che uno abbia venduto la cosa della cui proprietà si è convenuto che non passasse al compratore, ma questa o è una locazione o un altro genere di contratto»¹².

L'accordo è sul dare una cosa in cambio di danaro e stabilisce che non vi sia il trasferimento del *dominium*. Per comprendere il senso di questa clausola, dobbiamo ricordare che la vendita fissa l'obbligo a trasferire il possesso della cosa. Questo può essere eseguito (sia tra romani sia tra *cives* e *peregrini*) con una *traditio*. Se è una *res Mancipi* quella consegnata mediante *traditio*, allora il possesso, con il trascorrere del tempo previsto, porterà all'usucapione della cosa; quindi la proprietà passerà all'acquirente. Se invece la *traditio* ha ad oggetto una *res nec Mancipi*, che appartiene al tra-

¹² Lab. 5 Post. a Iav. epit. D. 18.1.80.3: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*

dente, allora trasmette immediatamente il *dominium*. In entrambi i casi, pattuire che il *dominium* non passi al compratore significa collocarsi fuori dall'ambito dell'*emptio-venditio*.

Si può trattare allora (suggerisce il giurista) di una *locatio conductio*, oppure di un *aliud genus contractus*, cioè di una ipotesi indeterminata, che tuttavia produce effetti vincolanti, in quanto la struttura dell'accordo è sinallagmatica: è caratterizzata dalla reciprocità degli obblighi che le parti intendono costituire.

La stessa prospettiva emerge in un parere richiamato da Ulpiano: la tutela proposta da Labeone è denominata *actio praescriptis verbis* ed è sostanzialmente lo stesso rimedio che altrove è detto *actio civilis in factum*. I *verba praescripta* sono quelli coi quali il fatto da cui nasce l'*intentio* è indicato all'inizio della formula.

«Mi hai chiesto di darti a mutuo una somma di danaro; poiché non l'avevo, ti ho dato una cosa da vendere, in modo tale che tu potessi servirti del prezzo ottenuto dalla vendita. Se non hai venduto la cosa o l'hai venduta, ma non hai ricevuto in cambio il danaro del mutuo, è più sicuro agire, come dice Labeone, *praescriptis verbis*, quasi tra noi vi fosse stata la conclusione di un contratto in senso proprio»¹³.

È evidente la reciprocità delle obbligazioni voluta dalle parti. Una si obbliga a consentire che la cosa propria sia venduta e che il prezzo sia trattenuto a titolo di mutuo; l'altra si obbliga, in base al mutuo, a restituire il prezzo. Potrebbe forse configurarsi un mandato da parte di chi fa vendere la cosa propria, ma il giurista sceglie un mezzo di tutela ricalcato sulla fattispecie concreta¹⁴. La stessa soluzione sarà proposta da Ulpiano per un altro accordo, col quale si dà incarico di vendere, prevedendo che la parte

¹³ Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19pr.: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris, si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.* Cfr. F. GALLO, *Synallagma* cit. I, 238 ss. L'anteposizione della *praescriptio* alla *formula* doveva essere accordata caso per caso dal pretore. Il che rendeva *in factum* la formula nel suo insieme, ideata da Labeone. Il giurista augusteo pensava ad una formula o *iudicium in factum* con *intentio iuris civilis*, ove l'*oportere* si qualificava *ex fide bona* (cfr. Inst. 4.6.289). Lo schema giudiziario è di origine giurisprudenziale, nasce da un'innovazione labeoniana; acquista concretezza, sulla linea fissata dal giurista augusteo, attraverso la discrezionalità pretoria. Sarà esperibile, in via decretale, anche dopo il cristallizzarsi dell'editto e la redazione giuliana.

¹⁴ Si tenga presente quel che scrive Papiniano in Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1pr.: *Nonnumquam evenit ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur ...*

venditrice trattenga per sé l'eventuale differenza tra il prezzo ottenuto e quello su cui si era impegnata con il mandante¹⁵. Il giurista severiano esclude però che vi sia un mandato (poiché manca la gratuità) o una *societas* (in quanto chi trattiene per sé il di più rispetto al prezzo non è comunque socio nella vendita). Perciò la tutela proposta è un'*actio in factum*, che fa valere la correlazione tra l'impegno alla vendita da parte di colui che ha ricevuto l'incarico ed il suo potere di retribuirsi con una maggiorazione del prezzo.

Ancora due soluzioni labeoniane, citate da Ulpiano, applicano lo scheletro concettuale del *συνάλλαγμα*. Qui la reciprocità è tra le prestazioni: tra un comportamento che dà luogo ad un obbligo della controparte e l'esecuzione a carico di questa.

«Nell'opera di Labeone è affrontata la seguente questione: se ti ho dato in prova dei cavalli che sono in vendita, con la condizione che me li avresti restituiti se entro tre giorni ti fossi dichiarato insoddisfatto, e tu da cavallerizzo hai corso con essi ed hai vinto, poi non li hai voluti comprare, vi è nei tuoi confronti un'azione *ex vendito*? Credo che si debba più correttamente agire *praescriptis verbis*: infatti si è stabilito tra noi che tu ricevesti i cavalli in prova gratuitamente, non che tu anche gareggiassi con essi»¹⁶.

L'ultima frase può essere riferita ad Ulpiano, che sta esponendo il pensiero di Labeone. Questi aveva espresso un dubbio circa l'esperibilità dell'*actio ex vendito* ed è verosimile che già lo risolvesse utilizzando l'*actio praescriptis verbis*.

La fattispecie è limpidamente disegnata. Una parte dà i cavalli in prova, in vista di una compravendita da concludere. Se in seguito al periodo di

¹⁵ Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13pr.: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium accepit.*

¹⁶ Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20pr.: *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederis, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.* L'accordo sulla messa in prova si colloca in una fase anteriore alla vendita. Dare i cavalli in prova genera un obbligo corrispettivo di uso entro i limiti della prova e di restituzione. Il problema giuridico è se in questo caso possa darsi l'*actio ex vendito*. L'espressione di Ulpiano *et puto verius esse* introduce una soluzione del problema. Non si può dire che questa (*actio praescriptis verbis*) non fosse anche la scelta di Labeone. Cfr. F. GALLO, *Synallagma* cit. I, 202 ss. (il quale suppone che il giurista augusteo desse un'*actio de dolo*; in realtà l'*actio praescriptis verbis* sembra ritenuta già da Labeone più idonea ad atti non tipizzati, a struttura sinallagmatica).

prova il potenziale compratore li restituisce, l'equilibrio tra prestazione e controprestazione è salvo. Ma se i cavalli vengono utilizzati in senso diverso dall'accordo che accompagnava la dazione, allora sorge un vincolo a carico di chi ha tratto dall'uso un vantaggio non previsto. L'ammontare della condanna sarà deciso dal giudice attraverso un accertamento che muove dal fatto descritto all'inizio della formula.

Lo stesso ragionamento è svolto per il secondo caso. Un orafo ha consegnato oggetti di argento ad un potenziale compratore, che non avendoli graditi li affida ad un servo per la restituzione. Ma il servo li perde. Non tornano all'orafo e la reciprocità delle prestazioni si spezza. Ulpiano parla ancora una volta di *actio praescriptis verbis*, seguendo la traccia segnata da Labeone¹⁷.

* * *

Il rapporto fra prestazione effettuata e controprestazione attesa ritorna ed assume una portata più ampia nell'opera di Aristone. La reciprocità è ora esplicitamente collegata alla *conventio*. Questa può essere sottostante ad un contratto che ha già un nome (quindi è tipizzato), o può assumere una fisionomia diversa.

«... Anche nel caso in cui l'accordo non passi sotto un altro contratto, e tuttavia sussista una causa, Aristone elegantemente rispose a Celso che vi è un'obbligazione. Per esempio, se ti ho dato una cosa affinché tu me ne dessi un'altra, o se ti ho dato affinché tu faccia qualcosa: questo è un *συνάλλαγμα* e da qui nasce un'obbligazione civile ...»¹⁸.

¹⁷ Ulp. 32 ad ed. D. 19.5.20.2: *Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.*

¹⁸ Ulp. 32 ad ed. D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Ariston Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem ...* Nel seguito si registra la divergenza tra Giuliano e Mauriciano. Il primo prospetta un'*actio in factum*; il secondo un'*actio civilis incerti*, che identifica con l'*actio praescriptis verbis*. Non credo che abbia molto rilievo la differenza tra i due. L'*actio in factum* è sicuramente e soltanto un'azione pretoria ricalcata sul caso controverso. Ma l'*actio praescriptis verbis* è anch'essa un'azione con un *intentio* tratta dallo *ius civile* (un *oportere ex fide bona*), eppure elaborata dal pretore, probabilmente su una linea prospettata da Labeone per primo. In questo quadro si comprende la doppia qualifica *in factum* e *civilis* (cfr. ad esempio Labeone citato da Papiniano in D. 19.5.1.1 e analogamente Paolo in D. 19.5.5.2). La doppia qualifica – come osserva F. GALLO, *Synallagma* cit., I, 236 – risponde «alle caratteristiche dell'agere e dell'*actio praescriptis verbis* prima e dopo la codificazione dell'editto». Giuliano punta invece sull'*actio in factum* senza l'*oportere* civile, nei casi di con-

Vi è una discussione tra giuristi, collocabile nella prima metà del secondo secolo e riassunta nel testo. L'orientamento di Aristone, è condiviso da Ulpiano. L'incontro delle volontà, se non ha il nome proprio di un contratto consolidato, produce effetti giuridici, purché vi sia una causa. Questa non è altro che il *συνάλλαγμα*, riferito direttamente alle prestazioni, che diventa effettivo nel momento in cui interviene la prestazione concordata. È un fatto materiale, che ha un valore economico e che vincola la controparte ad un determinato comportamento.

Chi porterà alle estreme conseguenze lo schema della prestazione come causa di *obligatio* sarà Paolo, in età severiana. Distinguerà le possibili applicazioni del *συνάλλαγμα*, raggruppandole secondo quattro schemi e prevedendo mezzi giudiziari di volta in volta diversi¹⁹.

Anzitutto lo schema *do ut des*, in cui la prestazione eseguita e la controprestazione attesa consistono nel trasferimento del possesso di una cosa e nel pagamento del prezzo, come nella compravendita, oppure nella dazione di una cosa propria in cambio di un'altra, come nella permuta. In entrambi i casi vi è un'azione di *ius civile*, secondo il punto di vista che era di Aristone: o l'azione che nasce dalla vendita o un'*actio incerti*, che mira a soddisfare l'aspettativa di chi ha dato una cosa in permuta.

In secondo luogo, *do ut facias*, in cui la prestazione eseguita consiste nel trasferimento della proprietà di una cosa e la controprestazione attesa è un'attività: ad esempio, quando la dazione di uno schiavo o di una somma di danaro obbliga il destinatario alla manumissione di uno schiavo. L'azione che serve ad avere indietro la somma ceduta è una *condictio* o un'*actio praescriptis verbis*.

In terzo luogo, *facio ut des*, in cui la prestazione eseguita consiste in un'attività e la controprestazione attesa nella dazione di una cosa o di una somma di danaro. Per questa fattispecie Paolo mette in campo un mezzo di tutela pretorio: l'*actio de dolo*.

In quarto luogo *facio ut facias*, in cui la prestazione eseguita e la controprestazione attesa consistono in attività. Per esempio: ho edificato sul suolo di Tizio perché Tizio edificasse sul mio suolo. Si può configurare il rapporto come un mandato, oppure ricorrere a un'apposita *actio praescriptis verbis*.

trattazione ove si ravvisi lo scheletro sinallagmatico (questa distanza di Giuliano in casi simili dal modello civile è confermata da Paolo, che cita, in D. 19.5.5.2, l'*actio de dolo* prospettata proprio da Giuliano per un atipico *do ut facias*: quindi un mezzo pretorio consolidato). Ulpiano (in D. 2.14.7.2) ripercorre la vicenda dottrinale. L'apertura alle convenzioni atipiche è il suo punto di arrivo, ma anche, con altre formulazioni, quello di Paolo (in D. 19.5.5). Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius cit.* 2017, 391 ss.

¹⁹ Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5pr.-4.

2. *Le antiche immagini nel pensiero giuridico moderno: Jean Domat*

Le testimonianze che ho finora citato racchiudono una storia. Siamo di fronte ad una serie di nozioni elaborate dai giuristi romani e che si sovrappongono nel tempo. Il senso di ciascuna cambia nei vari contesti. I concetti più generali (come la *conventio* e il *συνάλλαγμα*) servono ad ordinare e disciplinare una contrattazione fluida ed in movimento, durante l'età del principato.

Questo campo discorsivo che proviene dall'antica giurisprudenza, costituito da enunciati particolari, da soluzioni e idee dei singoli *scriptores*, nate a ridosso dell'esperienza pratica, viene ripensato nella tradizione europea. Dà luogo ad un linguaggio senza tempo, cui attingeranno tutti gli interpreti della compilazione giustiniana, dai glossatori in avanti.

Nelle esperienze moderne, i segmenti di teoria che i giuristi romani avevano affidato ai loro libri vengono incorporati entro la costruzione di diritti civili unitari e stabili: quelli che si formano per regolare la società mercantile, il mondo nuovo delle industrie, i lavori salariati.

La sistemazione del diritto privato degli Stati europei che avrà come approdo i codici dell'età contemporanea si fonda, tra Seicento e Settecento, su una rete di astrazioni concepite come naturali e costruite con il linguaggio del diritto romano, ma volte a sostenere i nuovi rapporti economici, sorti sulle ceneri del mondo feudale²⁰.

Mi soffermerò sulle opere teoriche di due giuristi, elaborate nel vivo della trasformazione che investe l'Europa, dopo Westfalia e prima della rivoluzione francese. Nei loro scritti è evidente l'intreccio tra uso delle dottrine antiche e concezioni della modernità. Essi hanno alle spalle una lunga vicenda di ripensamenti e forzature nella lettura delle fonti giuridiche romane. Fanno ancora i conti con i materiali tramandati dalla compilazione giustiniana, tra i quali i frammenti dei *prudentes*, già studiati dalla scienza medievale e dagli umanisti.

Ora quei testi, quelle nozioni entrano a comporre costruzioni intellettuali che sono molto lontane dalla casistica del diritto romano. Uso il termine costruzioni per indicare un'attività non limitata alla spiegazione e al commento di testi e norme, ma volta a disporre tutti gli elementi del diritto secondo un ordine capace di legarli assieme e di renderli stabili. È la *coherence rerum* di cui aveva parlato Hugues Doneau²¹; è l'*ordre naturel* di

²⁰ La scienza assorbe la casistica, compone regole generali ed astratte e le organizza secondo connessioni logiche.

²¹ Vedi H. DONEAU, *Commentarii de iure civili* (1589-96), *Praefatio*, in *Opera*, ed. Lucae 1762,

Domat; è la ricerca definitoria di Pothier (quale appare nello studio dei contratti). Le costruzioni, insomma, tendono a riassumere e a rendere più facilmente dominabile l'insieme dei materiali giuridici, fino alla pluralità delle regole particolari. Possiedono un ordine interno che le regge e le fa durare; perciò ambiscono a collocarsi fuori dalle contingenze, fuori dal tempo.

Le categorie nate dalla *iurisprudencia* fanno blocco con le ideologie che guidano i loro impieghi moderni. La macchina del diritto romano ha una sua persistenza formale, ma ciò che interessa storicamente sono le metamorfosi, per cui i modelli del passato vengono traditi e diventano involucri approssimativi di nuove realtà.

Nella seconda metà del Seicento, Jean Domat utilizza le astrazioni provenienti dal passato per una visione religiosa del diritto civile, che legittima le utilità dei singoli, i loro scambi, i loro contratti. Un secolo dopo, Robert-Joseph Pothier costruisce una teoria delle obbligazioni di stampo volontaristico, ove emerge la dimensione morale dei vincoli giuridici. Domat, come vedremo, afferma il nesso tra natura ed ordine giuridico. Pothier similmente collega le obbligazioni civili a quelle naturali, al loro legame con l'interiorità dell'individuo. Per entrambi l'elemento tecnico del diritto rimanda a idealità ed immagini che stanno al di fuori delle norme.

* * *

L'opera di Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), segna una svolta nella cultura giuridica²². Egli si ispira al pensiero religioso del giansenismo, come la storiografia ha più volte segnalato²³.

tom. I, e più avanti cap. I, col. 9 s. A suo avviso, l'autorità politica, che fa le leggi (di cui Giustiniano è preso a simbolo), non può forzare l'ordine fondato sugli usi. Sembra una teoria che afferma la formazione consuetudinaria del diritto, ma – se si guarda bene – essa risolve la tensione tra norma autoritativa ed ordine nel primato della scienza. È questa che riconosce l'ordine. Scrive Doneau: *...Ut enim verba bona, eorumque significationem Iustinianus, quamvis Princeps, mutare non potuit quae usu populi constant non cuiusquam arbitrio aut voluntate: sic nec efficere, ut non sit certa methodus ea, quam natura ipsa rerum et cohaerentia praescribit.* “Metodo” è la via della scienza. Parlerà altrove, nel commento al titolo XXXV del *Codex*, in materia di contratti, di un *ordo doctrinae* distinto dall'*ordo naturae*, ma che a questo deve ispirarsi (tom. VII, col. 543). Il discorso di Domat sulle leggi, come discorso sull'ordine (nel quale le leggi sono frutto della elaborazione scientifica), ha un punto di riferimento, un precedente nell'impianto indicato da Doneau.

²²J. DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689-1694, ediz. *Oeuvres complètes de J. Domat* (in quattro tomi), a cura di J. Remy, Paris 1835. Si tratta di un'edizione che ha nelle note riferimenti agli articoli del *Code civil* ricondotti alla trattazione del giurista. Cfr. Y. NODA, *Jean Domat et le code civil français*, in *Comparative Law Review*, 3 (1956) 17 ss.

²³Vedi N. MATTEUCCI, *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna 1959; C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino 1995, 21 ss.

Al centro della sua disposizione sistematica dei materiali normativi vi è una rappresentazione della società. Guardando agli impegni che i singoli assumono, ai bisogni umani ed alla divisione del lavoro, la scienza cerca di fissare un insieme di regole indipendenti dall'arbitrio ed immutabili, registrando al tempo stesso la presenza, accanto a queste, di leggi arbitrarie. Leggiamo nell'introduzione all'opera (il *Traité des lois*):

«... Tutte le differenti idee che si possono concepire dei diversi tipi di leggi, indicate con il nome di leggi divine e umane, naturali e positive, di religione o di polizia, del diritto delle genti, del diritto civile, e con tutti gli altri nomi che si possono dare loro, si riducono a due specie: l'una delle leggi che sono immutabili e l'altra delle leggi che sono arbitrarie»²⁴.

Il legame tra leggi naturali e leggi arbitrarie dà luogo ad una rappresentazione unitaria e si fonda su una sorta di continuità²⁵. Le leggi arbitrarie che sono riconducibili a quelle naturali o ad altre leggi arbitrarie consolidate dall'uso, possono interpretarsi in base a queste e rientrano in una struttura comune²⁶. La trama portante delle leggi naturali riguarda le discipline relative ai soggetti²⁷ e si trova sostanzialmente nel diritto romano: ma in un diritto romano che la scienza riordina, in modo tale da far emergere il giusto, la *ratio scripta* per cui esso può ancora valere²⁸.

In questo ambito vi è una necessità ontologica delle convenzioni, fondate sulle leggi immutabili, senza le quali non vi è la società, lo stare insieme

²⁴ Vedi J. DOMAT, *Traité des lois*, chap. XI § 1, in *Oeuvres* cit. tom. I, 36.

²⁵ Un mutuo sostegno: *Traité des lois*, chap. XII § 2 in *Oeuvres* cit. tom. I, 60.

²⁶ Di interpretazione in base agli usi parla esplicitamente nel *Traité*, chap. XII, § 4, 60: «... Et il n'ya pas de meilleure règle pour expliquer les lois obscures ou ambiguës, que la manière dont la coutume et l'usage les ont interprétées».

²⁷ Vedi *Traité des Loix*, chap. IV, spec. § 1 e § 3, in *Oeuvres* cit. tom. I, 12 s.

²⁸ Vedi *Traité*, chap. XI § 19, 42: «... Mais pour les lois naturelles, comme nous n'en avons le detail que dans les livres du droit romain, et qu'elles y sont avec peu d'ordre, et mêlées avec beaucoup d'autres qui ne sont ni naturelles, ni de notre usage, leur autorité s'y trouve affaiblie par ce mélange, qui fait que plusieurs on ne veulent ou ne savent pas discerner ce qui est sûrement just et naturel, de ce que la raison et notre usage ne reçoivent point ...». Ed ancora § 24, 46, sulle sottigliezze che devono essere rigettate, pur provenendo dal diritto romano, «parce qu'il n'est reçu en France que comme la raison écrite, et que ces subtilités, blessant le droit naturel, blessent la raison ...». Vedi in proposito G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 156 ss., spec. 168: «... è chiaro, il diritto arbitrario fa sistema con il diritto naturale solo nella misura in cui ne rispetta l'*esprit*. Or bene, dovendo determinare quali siano le leggi che discendono direttamente dai principi primi e che sono, perciò, diritto naturale, Domat non trova di meglio che dire che si tratta del diritto privato e (cioè) di quella parte del diritto romano che è di diritto privato ...».

voluto da Dio²⁹; e ciò porta in primo piano l'idea di contratto.

Domat fissa anzitutto i fondamenti del diritto privato in una sorta di teologia giuridica. La prima legge che muove l'uomo, implicita al suo modo di essere, comanda la ricerca del sommo bene, che è in Dio³⁰. Da questa scaturisce un legame tra gli uomini, quindi una seconda legge, che ordina di stare insieme, di essere uniti in vista del bene. Il che avviene attraverso le regole di condotta e gli obblighi.

«E come si vede nella natura dell'uomo la sua destinazione al sommo bene, così ugualmente si vedrà la sua destinazione alla società e si vedranno i diversi legami che lo impegnano da ogni parte; e questi legami, che sono conseguenze della destinazione dell'uomo all'esercizio delle due prime leggi, sono nello stesso tempo i fondamenti delle regole particolari relative a tutti i suoi doveri e le fonti di tutte le leggi»³¹.

Il giurista distingue gli obblighi che derivano dalla nascita o dal matrimonio e quelli che si stabiliscono attraverso l'incontro tra le persone, nella società. La moltiplicazione dei bisogni, voluta da Dio, determina gli *engagemens* e mette in moto il volere dei singoli³².

La disciplina degli obblighi è in funzione delle vite umane, della ricerca dei beni sensibili, i quali hanno valore anche per la religione (com'è chiaro nel *Traité des lois*). L'amor proprio o l'attaccamento a sé, secondo i giansenisti, costituisce l'elemento negativo della vita sociale (si possono ricor-

²⁹Gli "engagemens volontaires", su cui tornerò tra poco, sono volontari «per ciò che riguarda la scelta delle modalità specifiche con cui si attuano, non per ciò che concerne la possibilità di sottrarsi ad essi» (cfr. C. SARZOTTI, *Jean Domat* cit., 199 s.). Vedi anche chap. IX § 5, 26, sulle leggi naturali, la cui conoscenza è inseparabile dalla ragione e nelle quali rientrano le regole della proprietà e dei contratti. Emblematici gli esempi di leggi immutabili nel chap. XI, 36 ss., tutti di diritto privato.

³⁰*Traité*, chap. I § 3, in *Oeuvres* cit. tom. I, 4: «... et il faut enfin apprendre de celui qui a formé l'homme, que c'est lui seul qui, étant son principe, est aussi sa fin, et qu'il n'y a que Dieu seul qui puisse remplir le vide infini de cet esprit et de se coeur qu'il a faits pour lui ...». Conoscenza ed amore nascono dalla creazione divina. «... C'est cette construction de l'homme, formé pour connaître et pour aimer Dieu, qui fait sa ressemblance à Dieu. Car, comme Dieu est le seul souverain bien, c'est sa nature qu'il se connaisse et s'aime soi-même: et c'est dans cette connaissance et dans cet amour que consiste sa félicité ...». Natura umana e religione dettano la prima legge (§§ 4, 5, 6): «... et sa première loi, qui est l'esprit de la religion, est celle qui lui commande la recherche et l'amour de ce souverain-bien, où il doit s'élever de toutes les forces de son esprit et de son coeur qui sont faites pour le posséder».

³¹*Traité*, chap. I § 8, in *Oeuvres* cit. tom. I, 5.

³²Chap. IV § 1, in *Oeuvres* cit. tom. I, 12: «C'est pour former cette seconde sorte d'engagemens, que Dieu multiplie les besoins des hommes, et qu'il les rend nécessaires les uns aux autres pour tous ces besoins ...».

dare le pagine di Blaise Pascal e di Antoine Arnauld). Sembra un male irrecuperabile. Ebbene, nella costruzione di Domat viene piegato dal lavoro, dai commerci, dai legami che i bisogni rendono necessari. Scrive in proposito: «si può considerare questo veleno della società come un rimedio di cui Dio si è servito per sostenerla» (*on peut regarder ce venin de la société comme un remède dont Dieu s'est servi pour la soutenir*)³³. Con le relazioni giuridiche si compongono gli egoismi. Ciò significa avvicinare Dio alla vita quotidiana ed è qui l'originalità rispetto al rigore giansenista. Gli *engagements* sono necessari agli uomini, «pour le lier à l'exercice de l'amour mutuel» e tutti i diversi doveri che ne scaturiscono «non sono altra cosa se non i diversi effetti che questo amore deve produrre, secondo le congiunture e le circostanze».

La conclusione riguarda direttamente il campo dei rapporti giuridici fra privati: la proprietà, la responsabilità, il dovere di correttezza:

«Così, in generale, le regole che comandano di rendere a ciascuno ciò che gli appartiene, di non fare torto ad alcuno, di osservare sempre la fedeltà e la sincerità, e le altre simili non dispongono altro se non effetti dell'amore reciproco. Perché amare è volere e fare il bene; e non si ama colui al quale si fa torto né colui verso il quale non si è fedeli e sinceri ...»³⁴.

* * *

In un libro del 1927 sulle *Origini dello spirito borghese in Francia*, Bernard Groethuysen ha fatto emergere nella letteratura religiosa tra Seicento e Settecento un'alternativa tra il Dio dei giansenisti, che chiede rinuncia e fede, e dall'altra parte il Dio dei gesuiti, che ammette il moderato egoismo dell'*honnête homme*³⁵. Il libro utilizza testi di teologi e predicatori: nel pensiero e nel senso comune del cattolicesimo francese scorge una tensione tra religiosità e perseguimento dell'utile privato. Egli cita le parole di Arnauld;

³³ Chap. IX § 3, 26.

³⁴ *Traité*, chap. IV § 5, 14.

³⁵ B. GROETHUISEN, *Origines de l'esprit bourgeois en France. I. L'Église et la bourgeoisie*, Paris 1927, trad. it., *Origini dello spirito borghese in Francia*, Milano 2017, 131 ss. La contrapposizione è chiara. «I giansenisti si battono per il loro Dio: l'antico Dio, il Dio di sempre: 'Combatiamo contro coloro che vogliono strapparci l'eredità dei nostri padri...' dicono. Si vuol sostituire al Dio onnipotente adorato dai cristiani un nuovo Dio più conforme all'orgoglio umano: quello dei gesuiti ... un Dio che usando mille riguardi con gli uomini lascia che agiscano secondo i loro capricci. 'Debole, impotente, non osa valersi del proprio potere per tema di nuocere alla libertà' ...» (p. 136). I giansenisti accusano i gesuiti di limitare la potenza di Dio, associando ad essa il principio del libero arbitrio.

«Riconosciamo dunque che il cuore dell'uomo è sin dalla nascita intossicato, riempito di un veleno sottile che si diffonde in tutte le sue azioni e che non è altro che l'orgoglio e l'amore di sé ...»³⁶.

Ecco il veleno, di cui anche Domat – come abbiamo appena visto – riconosce l'esistenza nella società. Tuttavia, pensa che l'intossicazione possa essere volta al bene. Di fronte alla drastica alternativa tra carità e piacere individuale, Domat, propone una terza via: limitare l'egoismo attraverso il diritto e così legittimarlo. L'amor proprio di ciascuno si ridimensiona attraverso una sorta di bilanciamento, da raggiungere con la reciprocità degli impegni.

Entro questa prospettiva, spicca la funzione delle convenzioni. «L'uso delle convenzioni – egli afferma – è una conseguenza naturale dell'ordine della società civile e dei legami che Dio forma tra gli uomini (*L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile et des liaisons que Dieu forme entre les hommes*)»³⁷. Impiega l'antica categoria della *conventio*, tratta da Labeone, da Pedio, da Ulpiano per definire, quanto più astrattamente è possibile, l'esperienza degli accordi e degli *engagemens*.

«La parola convenzione è un nome generale che comprende ogni sorta di contratti, di trattative e patti di qualsiasi natura (*Le mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traité et pactes de toute nature*) ... La materia delle convenzioni è la diversità infinita dei modi volontari coi quali gli uomini regolano tra loro le comunicazioni e i commerci di industria e lavoro e di ogni cosa secondo i propri bisogni»³⁸.

Domat realizza una piena fusione dei concetti relativi al *contrahere*, che si erano stratificati nella giurisprudenza antica. Le convenzioni servono a regolare le comunicazioni e i commerci, che egli definisce utilizzando la figura del *συνάλλαγμα*. La reciprocità è applicata ad ogni genere di *engagement*. È essa che dà a ciascuna convenzione un fine accettabile: rende il

³⁶ B. GROETHUISEN, *Origini* cit., 179.

³⁷ *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 1, in *Oeuvres* cit. tom. I, 121: «... Car comme il a rendu nécessaire, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différens commerce des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent. Ainsi, pour l'usage de l'industrie et du travail, les hommes s'associent, se louent et agissent différemment les uns pour les autres. Ainsi, pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges; et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent ou les empruntent; et selon les autres divers besoins, ils y assortissent les différentes sortes de conventions ...». L'industria, il lavoro, il commercio si strutturano attraverso le convenzioni.

³⁸ *Les lois civiles*, I, 1, 1 §§ 1-3, in *Oeuvres* cit. tom. I, 122.

perseguimento dell'utile individuale non confligente con l'amore tra gli esseri umani. Così ogni mio interesse è unito e proporzionato all'interesse di altri. Il *contrahere* è la composizione di un dualismo o di spinte plurime.

Credo che senza la reciprocità non si comprenda il rapporto tra i bisogni che fondano la società e il bene a cui devono tendere gli esseri umani.

Per costruire i rapporti che implicano uno scambio economico, Domat ricalca il testo di Paolo, che già abbiamo esaminato, fissando le stesse applicazioni dello schema sinallagmatico già definite dal giurista romano. Dare reciprocamente; fare in cambio di un fare; dare in cambio di un fare. Sono i modelli fondamentali. Per l'ultimo – dare in cambio di un fare – Domat cita l'esempio del lavoro salariato, che torna spesso nelle sue pagine.

Egli riconduce l'esposizione di Paolo a quella precedente di Aristone e definisce la prestazione effettuata o l'obbligazione assunta entro l'accordo, come fondamento o causa dell'obbligo alla controprestazione. È la causa che crea il vincolo. L'accordo senza causa è vuoto.

«Così l'obbligazione che si forma in questo tipo di convenzioni a vantaggio di uno dei contraenti trae sempre la propria causa dalla controparte; e l'obbligazione sarà nulla se nella realtà essa è priva di causa»³⁹.

Il rilievo attribuito al *συνάλλαγμα* si staglia nettamente negli *engagements* a titolo gratuito:

«Nelle donazioni e negli altri contratti dove uno solo fa o dà e dove l'altro non fa e non dà nulla, l'accettazione forma la convenzione: e l'obbligo di colui che dà ha il suo fondamento su qualche motivo ragionevole e giusto, come un servizio reso al donante, o qualche altro merito del donatario o il solo piacere di fare il bene. E questo motivo tiene il luogo di causa da parte di colui che riceve e non dà nulla»⁴⁰.

Pensare che in questi casi il bilanciamento possa essere tra il piacere personale procurato al donante dall'atto di liberalità e il vantaggio acquisito dal donatario significa universalizzare la reciprocità, renderla inseparabile dalla *conventio*, che del resto esiste in base ad un mutuo consenso e ad una convergenza di interessi. La compravendita ad effetti obbligatori ne costituisce un esempio⁴¹.

Essa rientra tra i tipi contrattuali ereditati dalle visioni romane. Ora

³⁹ *Les lois civiles*, I, 1, 1 § 5, in *Oeuvres* cit. tom. I, 122 s.

⁴⁰ *Ibidem*, § 6, 124

⁴¹ *Ibidem*, § 8, 125.

questi sono posti sullo stesso piano degli accordi senza nome, dai quali si distinguono solo in quanto corrispondono ai casi più frequenti⁴².

Le convenzioni sono proporzionate ai bisogni cui si riferiscono (*proportionnées aux besoins où elles se rapportent*)⁴³. Tutto ciò porta a pensare gli impegni nella loro oggettività, legata al volere divino che accoglie ed organizza i legami tra i singoli entro il commercio.

I contratti si fondano sulle leggi immutabili. Obbligano non solo a ciò che le convenzioni esprimono, ma a «tutto ciò che richiede la natura delle convenzioni, e agli effetti stabiliti dall'equità, dalle leggi, dagli usi»⁴⁴. Domat tende a concepire la *conventio* come atto che realizza un ordine prefissato, nel quale l'immutabile e l'arbitrario finiscono col connettersi.

Considerare oggettivamente l'atto privato significa svalutarne i moventi e i motivi, come si vede nella parte dedicata all'interpretazione delle convenzioni. La premessa fondamentale è la fiducia nel linguaggio. Al pari dei logici di Port Royal, che cercano nella lingua una base naturale ed un rispecchiamento della realtà, Domat sostiene che le parole del contratto, purché siano chiare, sono autosufficienti⁴⁵. Non vi è da ricercare alcuna volontà al di là di esse. L'intenzione è oggetto di indagine solo quando le parole appaiono autocontraddittorie. Ma anche in questa ipotesi, la volontà dei contraenti viene ricercata attraverso l'esame del contesto verbale; e al di là di esso, tutti gli altri criteri ermeneutici relativi alla convenzione nascono dall'esame della realtà entro cui questa si forma. Lo stesso significato del linguaggio si rende chiaro in base agli usi circostanti. D'altro canto, l'interpretazione favorevole al debitore, utilizzabile secondo l'autore di fronte al dubbio, purché il debitore non sia in mala fede, conferma la tendenza a valutare il rapporto nella sua oggettività.

I legami sociali orientano e spiegano l'accordo tra le parti, la sua fun-

⁴² *Ibidem*, § 7, 124: «... De ces différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si frequent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre: comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres; et il y en a qui n'ont pas de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, à condition qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra en avoir de plus ...». Questa ipotesi ricalca un testo di Ulpiano che ho già citato: Ulp. 30 *ad Sab. D.* 19.5.13pr.

⁴³ *Les lois civiles*, I, 1, 2 § 1, in *Oeuvres* cit. tom. I, 128.

⁴⁴ *Les lois civiles*, I, 1, 3 § 1, in *Oeuvres* cit. tom. I, 134. L'autore mette in luce qui la combinazione tra equità naturale, leggi, *coutumes*. Vedi anche *Ibidem*, § 2: L'idea della reciprocità («... l'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre ...») regge tutte le convenzioni.

⁴⁵ Rimando, sulle regole ermeneutiche enunciate da Domat, a M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017, 106 ss. Vedi anche V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino 2008, 23 s. (con un puntuale richiamo al circolo di Port Royal).

zionalità rispetto all'ordine. Cito tre esempi teoricamente emblematici.

Il primo rimanda agli usi che stanno intorno all'accordo:

«Se l'intenzione comune delle parti non si scopra nell'espressione, e si possa interpretare in base a qualche uso dei luoghi o delle persone che hanno fatto la convenzione, o per altre vie, bisogna attenersi a ciò che sarà più verosimile secondo queste vedute»⁴⁶.

Nel secondo esempio vi è un esplicito riferimento al mercato, come spazio delle convenzioni. Dall'osservazione delle prassi mercantili si ricava il senso comune e "buono" in cui deve intendersi l'obbligazione. Punto di partenza è un caso di incertezza sul prezzo di una vendita; la controversia si risolve fissando la misura oggettiva della reciprocità.

«Nelle convenzioni ove uno si obbliga a cose il cui valore può accrescersi o diminuire secondo la differenza delle loro qualità, come le derrate o alcune opere, o altre cose, l'obbligazione non si estende a ciò che è migliore o di maggior prezzo, ma si limita a ciò che si definisce buono e mercantile. E il debitore, per esempio, che deve del frumento adempie alla sua obbligazione dandone di questa qualità, poiché si presume che i contraenti non abbiano pensato se non a ciò che è nell'uso ordinario. Ma se la convenzione stabilisca la qualità di ciò che si deve, o l'intenzione dei contraenti appaia dalle circostanze, a ciò conviene attenersi»⁴⁷.

Si può parlare insomma, per Domat di una tendenziale identificazione tra l'ordine (fissato da leggi immutabili) e il mercato. L'interpretazione in base ad un parametro mercantile, nel passo che ho citato, conferma la reciprocità come elemento essenziale della convenzione, dal momento che ogni incertezza sull'oggetto, vale a dire sulle prestazioni delle parti contraenti, si risolve

⁴⁶ *Les lois civiles*, I, 1, 2 § 9, in *Oeuvres* cit., 131.

⁴⁷ *Les lois civiles*, I, 2, in *Oeuvres* cit., 155. Cfr. D. 21.1.19.4; D. 21.1.18. Il contesto è quello del commercio, su cui vedi *Les lois civiles*, I, tit. II, 155: «... Le premier commerce ... a été celui de donner une chose pour l'autre; et c'est ce commerce qu'on appelle échange: ou pour avoir une chose dont on a besoin, on en donne une autre qui est inutile ou moins nécessaire. Mais comme l'échange n'assortit que rarement et avec peine, ou parce qu'on n'a pas de part et d'autre de quoi s'accommoder, ou parce qu'il est embarrassant de faire les estimations, et de rendre les choses égales, on a trouvé l'invention de la monnaie publique qui, par sa valeur réglée et connue, fait le prix de tout; et ainsi au lieu des deux estimations qu'il était si difficile de rendre égales, on n'a plus besoin d'estimer que d'une part une seule chose, et on a de l'autre son prix au juste par la monnaie publique ...». Il commercio è composto da una serie di operazioni di vendita. L'idea di reciprocità inclina verso quella di equivalenza in base al danaro. Vedi anche I, tit. IV e VIII. Nel commercio si può scorgere la dialettica tra "amor proprio" e ordine sociale, che ho già menzionato (cfr. *Traité des lois*, chap. IX, 24 ss.).

secondo l'uso ordinario, secondo le corrispondenze di valore consolidate nelle prassi commerciali. L'intenzione comune, pure individuata dal giurista come criterio di interpretazione, non può considerarsi svincolata da questa misura. Non vi è una scoperta dell'intento effettivo su cui le parti si sono incontrate: non è richiesta per superare il dubbio interpretativo.

Il terzo esempio conferma la visione impersonale del contratto.

«Se in una convenzione si lascia da regolare il prezzo di una cosa, la stima non si farà né al prezzo più alto né a quello più basso, ma al prezzo comune, senza alcun riguardo alle circostanze particolari dell'affezione (*attachement*) che l'uno o l'altro contraente potrebbe avere per la cosa che si deve stimare né del suo bisogno; ma si deve solamente considerare ciò che essa vale nella verità (*ce qu'elle vaut dans la vérité*); ciò che varrebbe nel suo uso comune per chiunque; e ciò per cui essa potrebbe essere giustamente venduta»⁴⁸.

La verità dell'uso ha precise condizioni di tempo e di luogo; si ricava per induzione:

«La stima delle cose, che non sono state consegnate nel tempo e nel luogo stabiliti, come del vino, dei grani e di altre cose simili, si fa secondo il valore che avevano nel tempo e nel luogo in cui dovevano essere consegnate»⁴⁹.

3. *Le volontà individuali nell'opera di Pothier*

Passiamo ora a Pothier e al suo *Traité des obligations* (1761)⁵⁰. Il fine dell'opera – come scrive il suo biografo Dupin – è fornire un “prototipo” dei contratti, un insieme di regole applicabili a tutti⁵¹. L'esordio della trat-

⁴⁸ Vedi *Les lois civiles*, I, 1, 2 § 17, in *Oeuvres cit.*, 133. Cfr. D. 35.2.63pr.; D. 9.2.33pr.

⁴⁹ *Ibidem*, § 18. Cfr. D. 12.1.22.

⁵⁰ Una seconda edizione ampliata è del 1764. Vedi R.-J. POTHIER, *Traité des obligations* (con prefazione di Jean-Luis Halpérin), Paris 2011. Si può vedere anche una diffusissima edizione ottocentesca in *Oeuvres de Pothier*, a cura di M. Bugnet, Paris 1848. Essa è corredata da un utile *Éloge historique de M. Pothier. Par M. Le Trosne, avocat du roi au présidial d'Orleans*.

⁵¹ Vedi A.-M.-J.-J. DUPIN, *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, premessa all'edizione delle *Oeuvres*, in 11 volumi, Bruxelles 1824-25, II ediz. in 8 voll., Paris 1831, I, p. III ss. Si veda la traduzione italiana della biografia di Dupin in G.R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, seconda ediz. italiana, Livorno 1841. Leggiamo tra l'altro: «... Delle convenzioni considerò la sostanza e formazione elementare, i modi, l'esecuzione, lo scioglimento; invocò le regole della coscienza o foro interno come quelle della legge civile o foro esterno, perché non volle separare l'intelletto dalla coscienza, la legge umana dalla divina ...».

tazione è costituito da definizioni di essenza⁵². Le regole, prodotte dal lavoro scientifico, discendono teoricamente dalle astrazioni. A queste è assoggettato il richiamo ai casi.

Il giurista di Orleans conosce bene il pensiero di Domat; utilizza talvolta la distinzione tra leggi arbitrarie e principi fondati sulla ragione e sull'equità naturale, dandola per scontata⁵³.

All'inizio del trattato pone un *Article préliminaire*, ove definisce la differenza tra doveri religiosi ed obbligazioni. Queste ultime valgono nell'ambito della coscienza, quindi come vincoli di mera equità, oppure "nel foro esteriore", ove si formano le vere e proprie relazioni giuridiche.

«Si chiamano *obligazioni imperfette* le obbligazioni di cui non siamo responsabili se non verso Dio, e che non danno diritto ad alcuno di esigerne l'adempimento: tali sono i doveri di carità, di riconoscenza; per esempio l'obbligo di dare il superfluo per elemosina. Questa è una vera obbligazione e il ricco pecca gravemente quando non l'adempie, ma è imperfetta poiché egli è responsabile solo verso Dio: quando la soddisfa, il povero al quale egli dà l'elemosina non la riceve come un debito, ma come un puro beneficio ...»⁵⁴.

«Perfette» sono invece le obbligazioni tra le persone: *engagemens personnels*, «che danno a colui verso il quale sono costituite il diritto di esigerne l'adempimento». La partizione che segue mette in luce una identità di struttura tra i vincoli che possono dirsi esclusivamente morali e quelli muniti di tutela giudiziaria. Il giurista muove dalle definizioni della compilazione giustiniana: dal *vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae*; dalla *obligationum substantia*, per cui si è tenuti *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*.

⁵² R.-J. POTHIER, *Traité* cit. I, 1, 4: «Il est de l'essence des obligations, 1° qu'il avait une cause d'où naît l'obligation; 2° des personnes entre lesquelles elle se contracte; 3° quelque chose qui en soit l'objet». La nozione di causa va al di là di quella che era stata formulata da Aristone e che Domat aveva ripreso, intendendo la prestazione effettuata o l'obbligazione assunta come fondamento dell'obbligo alla controprestazione. Secondo Pothier «... Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi délits; quelquefois la loi ou l'équité seule ...». Ma si veda il § 42, 21 s., ove la causa è ciò che la parte crede essere suo obbligo. Il concetto di essenza torna più volte nel primo capitolo.

⁵³ Vedi in proposito R.-J. POTHIER, *Traité* cit. I, 2 § 164, 71 s., riguardo ad una legge arbitraria di Giustiniano, che limita «la modération des dommages et intérêts excessifs, précisément au double de la valeur de la chose», e che non è applicata – scrive l'autore – «nelle nostre province», ma fondata su un principio corrispondente alla ragione e all'equità naturale.

⁵⁴ R.-J. POTHIER, *Traité* cit., 2 s.

Le parole *vinculum iuris* evocano una obbligazione civile e tuttavia – egli scrive –

«... L'obbligazione puramente naturale, che è *solius aequitatis vinculum*, è anch'essa, sebbene in un senso meno proprio, un'obbligazione perfetta: perché, se non nel foro esteriore, almeno nel foro della coscienza, dà a colui verso il quale fu contratta, il diritto di esigerne l'adempimento, a differenza dell'obbligazione imperfetta che non ne dà alcuno»⁵⁵.

Quale significato ha la presenza della pretesa all'adempimento in un'obbligazione non civile? Essa è legata ad una dimensione dell'obbligo che precede il riconoscimento giuridico ed i mezzi coattivi che lo attuano. Ogni *engagement* insomma ha la propria origine ed ha un rilievo *dans le for de la conscience*. Prima della giuridicità esterna, è messo in luce questo fondamento che riguarda l'individuo e (com'è spiegato in qualche punto) il suo onore.

Pothier si allontana dall'opposizione antica delle obbligazioni naturali a quelle civili. Definisce ora, in termini assai generali, le obbligazioni naturali come fondate sul semplice accordo, senza forme e configurate indipendentemente dal *συνάλλαγμα*. Di solito – egli sostiene – coincidono con le obbligazioni civili.

«Si dice obbligazione naturale quella che nel foro dell'onore e della coscienza obbliga colui che l'ha contratta all'adempimento di ciò che in essa è contenuto. Ordinariamente le obbligazioni sono naturali e civili insieme ...»⁵⁶.

Secondo questo modo di pensare si considerano naturali tutti gli obblighi che nascono dalle nude convenzioni, ove l'elemento determinante è il volere dei singoli, senza la previsione di altri elementi dell'atto, necessari a manifestare l'intento o a rafforzarlo. Ecco la ragione del nesso che si affaccia tra natura ed equità. Questi obblighi sono pari agli altri ed anche il ruolo della buona fede è in tutti identico.

La differenza pensata dai romani aveva ragioni politiche ed è venuta meno nel diritto moderno, salvo qualche eccezione. Era un'arbitraria di-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Vedi i §§ 173-174, 77. Nella sua prefazione, J.-L. Halpérin vede in questa unità il fondamento della "lettura volontaristica" che può essere data della definizione di contratto in Pothier. «... À la suite des jesuites Molina et Lessius, et bien sûr de Grotius et Pufendorf, Pothier rejette la notion romaine de 'pactes nus' dépourvus d'action (sauf pour les quelques contrats consensuels expressément reconnus par les Romains) ou la distinction entre contrats nommés et contrats innommés...». Invece Pothier definisce ogni contratto come convenzione (promessa reciproca con obblighi corrispettivi, o solo promessa di uno verso l'altro).

versità di trattamento. Emerge qui la differenza – che era stata centrale in Domat – tra leggi della politica e leggi della natura.

«... Si chiamava nel diritto romano obbligazione naturale quella che era mancante di azione, vale a dire che non dava a colui verso il quale era contratta il diritto di domandarne in giustizia il pagamento. Tali erano tutte quelle che nascevano dalle semplici convenzioni, non rivestite né della qualità di contratto, né della forma della stipulazione»⁵⁷.

Non sono rievocate le relazioni tra persone *sui iuris* ed *alieni iuris*: quelle che secondo Ulpiano portavano ad un abuso della parola *debere*, poiché si riferivano ad un mero rapporto di fatto e non ad un vincolo giuridico⁵⁸. Piuttosto Pothier immagina che la diversità di condizione tra patrizi e plebei abbia potuto bloccare l'accesso dei plebei all'esercizio delle azioni, tanto da limitare al piano della natura l'obbligo che essi intendessero far valere.

«... Queste obbligazioni erano molto favorevoli. *Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*... Se erano destituite di azione, ciò non era che per una ragione derivante dalla politica dei patrizi, che per il loro interesse particolare avevano pensato di far dipendere il diritto di azione da formule, di cui essi soli avevano conoscenza nei primi tempi, al fine di obbligare i plebei a ricorrere a loro per i propri affari e per tenerli così subordinati. Per questo, a parte il fatto che erano mancanti di azione, avevano tutti gli altri effetti che può avere un'obbligazione ...».

Il pagamento non era ripetibile e le obbligazioni naturali potevano essere opposte in compensazione alle azioni civili.

Singolare costruzione questa, che riconduce il formarsi di una categoria speciale di obbligazioni senza azioni alla disuguaglianza ed all'egemonia dei patrizi nella società romana della repubblica (ove si definiscono i concetti dello *ius civile*). È forse una rappresentazione che nasce dallo sguardo del giurista sulla disuguaglianza nei tempi a lui contemporanei. Certo è che egli contrappone a queste immagini del passato l'equiparazione tra obbligazioni, insieme all'affermazione della volontà come sostanza comune a tutte.

Pothier vede uno stretto collegamento tra la sfera morale e quella giuridica. Da qui nasce il rilievo della volontà pura, comune a tutti gli *engagements*. Egli restringe il campo delle obbligazioni meramente naturali e non

⁵⁷ R.-J. POTHIER, *Traité* cit. §§ 191-192, 82 s.

⁵⁸ Vedi Ulp. 43 *ad Sab. D.* 15.1.41.

civili a due ipotesi marginali. La prima si verifica quando la causa dell'*obligatio* è considerata con sfavore dalla legge. Ma non si tratta di una causa contraria all'onestà, altrimenti non vi sarebbe alcuna *obligatio*. L'esempio – bizzarro ai nostri occhi – è quello del debito verso un oste per le spese fatte nella sua osteria. La seconda ipotesi si ha quando una convenzione è conclusa da una persona che secondo la legge è incapace di contrattare (come la donna che è sotto la potestà del marito). Invece, è civile e non naturale l'obbligo che deriva da una sentenza erronea ma non appellata e lo è ugualmente quello del giuramento decisorio. Nel foro interiore non vi è in questi casi alcun vincolo⁵⁹. Mentre in ogni altro caso il naturale e il civile coincidono. O meglio, le obbligazioni civili hanno un fondamento che va al di là del piano giuridico. Gli obblighi esigibili coi mezzi previsti dal diritto sono comunque anche naturali.

Secondo Pothier, la base morale del diritto privato è nell'interiorità del singolo. La regola del contratto non dipende da un ordine esterno, voluto da Dio (quello che limita l'amor proprio), come pensava Domat. È piuttosto, la volontà individuale ad essere considerata la fonte di ogni obbligo⁶⁰, mentre la buona fede che regge tutti i contratti ha origine nel foro della coscienza⁶¹.

Oltre la determinazione delle regole giuridiche, oltre l'analisi dei concetti, vi è un rinvio alla coscienza individuale che ha forme nuove ed è destinata a divenire la base ideale dell'autonomia privata.

* * *

Trattando gli effetti delle obbligazioni, Pothier enuncia un principio, che riprende alla lettera da un frammento di Paolo:

«... una convenzione non ha effetto se non riguardo alle cose che hanno formato oggetto di essa e solamente tra le parti contraenti»⁶². Ed aggiunge: «... La ragione della prima parte di questo principio è evidente; essendo la convenzione formata dalla volontà delle parti contraenti, essa non può avere effetto se non su ciò che le parti contraenti hanno voluto ed hanno avuto di mira ... La ragione della seconda parte del principio non è meno evidente: l'obbligazione che nasce dalle convenzioni, con il diritto che ne deriva, essendo formata dal consenso e dal concorso delle volontà delle parti, non può ob-

⁵⁹ *Traité* cit. § 174, 77 e § 191, 82.

⁶⁰ *Traité* cit. § 86, 42.

⁶¹ *Traité* cit. § 30, 18.

⁶² *Traité* cit. § 86, 42. Cfr. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27.4.

bligare un terzo, né dare il diritto ad un terzo, la cui volontà non ha concorso a formare la convenzione ...»⁶³.

Quindi, la volontà individuale è in primo piano⁶⁴. Ciò significa che tra i concetti ereditati dai giuristi antichi, Pothier privilegia la *conventio*. Pone in secondo piano il *συνάλλαγμα*, al quale non dà la stessa portata generale. Lo riferisce ai contratti bilaterali, distinguendo tra quelli sinallagmatici perfetti (vendita, locazione, società) ed imperfetti (mandato, deposito, prestito d'uso). Considera inoltre i contratti reali come contratti consensuali a cui si aggiunge qualcosa: quasi un'integrazione particolare della volontà che crea il vincolo⁶⁵.

Torniamo per un momento alla delimitazione degli effetti della *conventio*. Come abbiamo appena visto, Pothier richiama il principio per cui non è ammesso alcun genere di contratto o patto a favore di terzi, come stabiliva una regola fissata da Quinto Mucio⁶⁶. Fa eccezione il patto a favore dell'erede, poiché gli eredi sono la continuazione di noi stessi. Su questi presupposti, il patto formulato a favore mio e di mio figlio non dovrebbe produrre effetti⁶⁷. Ma che cosa accade se il figlio menzionato come beneficiario dell'accordo diventa mio erede? Viene citato in proposito un parere di Giuliano: non vi è alcun effetto, poiché il patto di cui si occupava il giurista romano era a favore della figlia; nominava una persona estranea al rapporto e non era a favore dell'erede⁶⁸.

La decisione tuttavia è "troppo letterale" agli occhi di Pothier (*trop litterale*). Ed egli osserva che i giuristi romani non sono concordi. Celso infatti sceglie, in modo opposto, l'interpretazione secondo la volontà⁶⁹. Il richiamo alle differenze tra gli antichi *prudentes* (un tema ancora periferico negli studi settecenteschi) è funzionale alla costruzione giuridica che qui si prospetta. Sulla espressione prevale il senso della volontà. Lo squarcio casistico è illuminante.

Emerge così un modo di intendere l'accordo oltre la lettera, oltre la su-

⁶³ *Traité* cit. § 87, 42.

⁶⁴ Pur mettendo in guardia dalle semplificazioni che legano Pothier al liberalismo trionfante nel XIX secolo, Jean-Luis Halpérin, nella prefazione al *Traité*, segnala gli elementi di individualismo presenti in quelle pagine, che svolgono premesse giusnaturalistiche ed echeggiano pensieri di Grozio e Pufendorf. Tutto ciò nel quadro di un discorso sempre fortemente ancorato alla formulazione di regole giuridiche e tendenzialmente afilosofico.

⁶⁵ *Traité* cit. §§ 9-16, 9 ss. sulla divisione dei contratti.

⁶⁶ D. 50.17.73.4, Quint. Muc. *lib. sing. ὄρον*.

⁶⁷ *Traité* cit. § 61, 31.

⁶⁸ Vedi § 62, 31 s. e cfr. D. 2.14.17.4 Paul. 3 *ad ed.*, ove è richiamata l'opinione di Giuliano.

⁶⁹ D. 2.14.33 Cels. 1 *dig.*

perficie del linguaggio, che era assente in Domat. Pothier esplicita la sua idea di *conventio* nella prima regola tra quelle che detta per l'interpretazione dei contratti.

«Nelle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, piuttosto che il senso grammaticale delle parole (*On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des terms*)»⁷⁰.

La formulazione è identica ad un passo dei *libri responsorum* di Papiniano⁷¹. Pothier ne trae un criterio-guida, al quale aggiunge la descrizione di una fattispecie, ove l'intenzione comune si desume non dalle parole, e neanche dagli usi o dalle abitudini delle parti, ma da una specifica vicenda che ha preceduto il contratto e può indicare la volontà effettiva che avevano i contraenti nel concluderlo. Non siamo di fronte ad un'implicazione necessaria di quanto dichiarato nel regolamento contrattuale, né interviene il richiamo alla consuetudine o al mercato. Vi è invece la messa a fuoco del contenuto empirico dell'accordo, sulla base di un esame dei comportamenti concreti delle parti. Sta qui la novità. Il contratto di locazione viene interpretato in base ad un altro contratto, di poco anteriore e simile. La somiglianza con il primo contratto getta luce sulla comune intenzione che è manifestata nel secondo.

«... Voi tenete in affitto un piccolo appartamento in una casa mia di cui io occupo la parte restante; ed io ho contratto con voi una nuova locazione in questi termini: 'do in affitto la mia casa al tale per un certo numero di anni e al

⁷⁰ *Traité* cit. § 91, 43 s.

⁷¹ D. 50.16.219 Pap. 2 *resp.*: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.* Il fondo è stato dato in concessione da una comunità municipale ad un privato, in cambio del pagamento periodico di un *vectigal*. L'accordo, inquadrato in una *locatio-conductio*, prevede che alla morte del concessionario il fondo passi in locazione al suo erede. Papiniano ritiene compreso nel contratto il caso in cui il conduttore decida di trasmettere la conduzione del fondo mediante un legato. La comunità municipale continuerà ad essere creditrice o debitrice nei confronti del legatario, restando fermo il rapporto preesistente. La volontà verosimile delle parti che hanno concluso la *locatio* è – oltre le parole – quella di consentire una successione ereditaria, quindi una continuità nella conduzione del fondo; e ciò avviene anche mediante un legato. Va sottolineato che l'enunciazione *voluntatem potius quam verba spectari placuit* sembra intesa da Pothier, che la cita, come un riferimento al volere effettivo dei contraenti, da esaminare e da provare. Il testo papiniano invece ricavava per induzione dal tenore dell'accordo una interpretazione estensiva (comprendendo come successore anche il legatario, mentre nella *locatio* era stato menzionato soltanto l'erede).

prezzo fissato per la prima locazione'. Sarà fondato sostenere che io vi abbia dato in locazione l'intera mia casa? No; perché, sebbene questi termini, 'la mia casa', significhino in senso grammaticale la casa intera e non un semplice appartamento, tuttavia è evidente che la nostra intenzione è stata quella di rinnovare la locazione dell'appartamento che voi avevate da me; e questa intenzione, di cui non si può dubitare, deve prevalere sulle parole del contratto»⁷².

La determinazione dell'oggetto locato, che appare incerto, non si fissa in base al valore della controprestazione; non si deduce dal *συνάλλαγμα*. Avviene invece attraverso una ricostruzione della volontà concreta, desumibile da vicende prossime, che coinvolgono i contraenti. Piegandosi sull'investigazione di queste vicende, decifrando in base ad esse la volontà, l'interprete dà evidenza all'intenzione. Questa viene dalla sfera interna di ciascun individuo e si fonde con ciò che contemporaneamente vuole la controparte.

Nel caso che l'autore porta ad esempio, l'esame circa l'intenzione delle parti non nasce da una difficoltà incontrata nell'attribuire significato alle parole. La loro chiarezza è indubbia; eppure, in base ad un'indagine sulla volontà, (come dato che risulta dai comportamenti) il senso letterale viene messo da parte e superato. È il volere empirico, è ciò che realmente hanno pensato le persone, a muovere il contratto, a fondare l'*engagement*. Ed è quello che bisogna ricostruire

Confrontiamo la regola con i criteri ermeneutici indicati da Domat, nei quali prevalgono la lettera del testo contrattuale, la logica del verosimile, gli usi e il mercato (o anche, in assenza di mala fede, il favore per la posizione debitoria). La distanza è evidente. I criteri di Domat, anche il *favor debitoris*, sono tutti orientati in senso oggettivo. La trattazione di Pothier porta invece in primo piano l'accertamento del volere nella sua singolarità. Egli introduce dunque una cesura individualistica, che puntualmente si rifletterà nell'art. 1156 del *Code civil*⁷³.

⁷² *Traité* cit. § 91, 43 s. Su questo punto e sulle regole ermeneutiche fissate da Pothier, vedi il mio *Interpretare i contratti* cit., 123 ss. L'investigazione sulla volontà, che si vede in questo caso, è diversa dall'interpretazione suggerita da Papiniano, che era invece incentrata su un criterio di verosimiglianza.

⁷³ «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes». La disposizione sarà ampiamente discussa sia nella fase di redazione del *Code civil*, sia dalle dottrine successive, poiché non subordina l'investigazione sulla comune intenzione al manifestarsi di un dubbio sul testo contrattuale, al suo essere autocontraddittorio. Si tenterà così di accreditare la massima *in claris non fit interpretatio*, come una sorta di premessa logica che fa da sbarramento all'interprete, se la superficie linguistica del contratto appare autosufficiente. Ho visto questi aspetti in *Interpretare i contratti* cit., 134 ss.

Lo schema di Pothier è sostanzialmente lo stesso che fonda il “dogma della volontà” nella civilistica tedesca e poi nelle dottrine italiane, tra Ottocento e Novecento. Mentre nelle società europee si affermano regole omogenee a garanzia della libertà contrattuale e si consolidano i rapporti capitalistici di produzione e di scambio, la *conventio* sovrasta ogni altra concettualizzazione degli atti privati. L’antica invenzione teorica di Labeone e Pedio viene assunta come figura unificante di prassi lontanissime da quel passato, eppure ancora imperniate sull’idea del consenso, dell’uguaglianza formale tra le parti, come base di ogni operazione economica.

Alla volontà libera, che fonda la giuridicità dell’accordo, all’arbitrio dei traffici, si accompagna l’apprezzamento sovrano del giudice nelle controversie. In nome dell’antiletteralismo, sarà il giudice che dovrà ricercare la volontà empirica. *Interpretation souveraine* è l’espressione usata nella giurisprudenza ottocentesca della *Cour de Cassation*⁷⁴. Essa trova un fondamento nella costruzione di Pothier. Dunque, l’affermazione dell’individualismo porta con sé un potere più ampio dell’interprete.

⁷⁴Cfr. E. Fuzier-Herman (a cura di), *Code civil annotés. Tome deuxième*, Paris 1891-1898, 1051 ss.

GIUSTINIANO E L'EREDITÀ DELLA SCIENZA GIURIDICA ROMANA

Giovanni Luchetti

1. L'obiettivo di questo mio intervento è quello di svolgere alcune riflessioni sul rapporto fra l'opera compilatoria di Giustiniano e il sapere dei giuristi romani, con particolare riferimento all'atteggiamento assunto dai giustiniani nella compilazione della raccolta di *iura*, anche tenendo conto delle fasi prodromiche che si possono intravedere già in alcuni interventi legislativi del 529 e poi, successivamente, soprattutto nell'emanazione delle *quingquaginta decisiones* e delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, due momenti diversi, ma entrambi fondamentali per chiarire il rapporto fra i giustiniani e la scienza giuridica del passato.

Quando Giustiniano sale al trono nell'aprile del 527, e poi, quando dall'agosto dello stesso anno, rimane unico imperatore, il quadro normativo di riferimento in materia di *iura* era costituito dalla c.d. legge delle citazioni, emanata a Ravenna il 7 novembre del 426, che, come è noto, si prefiggeva il fine primario di ancorare le decisioni degli organi giudicanti della *cognitio* a rigidi canoni di giudizio, conciliando, in un momento di sintesi, l'esigenza di certezza del diritto e la consapevolezza dei crescenti limiti di reperibilità delle opere dell'antica giurisprudenza¹. Era da tempo mutato l'atteggiamento e la prospettiva di lettori e pratici del diritto che ormai si

¹ La legge delle citazioni (riprodotta in C.Th. 1.4.3 era parte, come è noto, di una *oratio* indirizzata al senato di Roma in cui la cancelleria occidentale delineava il quadro generale del sistema delle fonti normative, regolando altresì l'applicazione in sede giudiziale della legislazione imperiale, sia che si trattasse di costituzioni aventi carattere particolare (cfr. C. 1.14.2, C. 1.19.7 e C. 1.22.5, per quanto riguarda *rescripta* e *decreta*), sia che si trattasse piuttosto di *leges generales* (cfr. a questo proposito C. 1.14.3). Sul punto, cfr. per una sintesi i miei *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, 3, *Dominio*, Bologna 2004, 141 s.; v. inoltre, ampiamente, A.J.B. SIRKS, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf 2007, 17 ss., nonché, fra gli altri, in particolare, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 335 ss.

avvicinavano alle opere classiche come di fronte a un sapere non più vivo e dinamico nella sua continua ricerca di soluzioni nuove, ma come a un discorso ormai concluso in cui trovare la risposta più conveniente alle questioni poste dai casi concreti prospettati dalla prassi giudiziale².

A questo proposito la recezione nel *Novus Iustinianus Codex* della legge delle citazioni, attestata da *P. Oxy.* 1814 dimostra come Giustiniano e i suoi collaboratori, fino all'aprile del 529, pensassero a un'utilizzazione giudiziale dei *iura* secondo un'ottica che possiamo ancora ritenere teodosiana, circostanza che ci deve portare a ritenere, ulteriormente, che non era ancora maturata l'idea di una raccolta delle opere della giurisprudenza³.

Ma la preoccupazione per la situazione dispersa dei *iura* doveva emergere di lì a poco. Assenti del tutto nella legislazione del 528, alcune citazioni di giuristi compaiono infatti per la prima volta – e in quattro casi – già nella legislazione del 529. Si tratta ancora di interventi che potremmo definire “di assaggio” in cui ci si limita a richiamare esclusivamente Papiniano (e più esattamente i *responsa* e le *quaestiones*) e Paolo (le sole *quaestiones*), cioè – non a caso – le opere di due giuristi che, come ben sappiamo, erano menzionati nella legge delle citazioni⁴. Del resto che la cancelleria si muovesse in un'ottica di continuità rispetto al passato è anche testimoniato dalle espressioni laudative con cui ci si riferisce a Papiniano, definito *acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens* o come *summi ingenii vir*, circostanza questa che sembrerebbe appunto alludere non solo al prestigio goduto dal giurista (ciò trova peraltro conferma nella ripetuta adesione della cancelleria alle opinioni espresse da quest'ultimo), ma, for-

²Sul punto cfr. in specie G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 121 s.; per un quadro di sintesi v. anche i miei *Materiali* cit., 3, 140.

³Cfr. *The Oxyrhynchus papyri*, eds. Bernard P. Grenfell, Arthur S. Hunt, 15, London 1922, 217 ss. Nel senso qui prospettato, v. in specie R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna 1985⁴, 23 (= *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano 1989², 639); nella letteratura successiva cfr. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici* cit., 433.

⁴Si tratta, segnatamente, di C. 3.28.33.1 e di C. 6.30.19pr., che richiamano appunto entrambe le *quaestiones* di Paolo, nonché di C. 6.42.30 e di C. 7.45.14, che citano, rispettivamente, i *responsa* e le *quaestiones* di Papiniano. Sul punto, v. già le mie *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, 258 e nt. 287. Nella più recente letteratura, cfr. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: “reverentia antiquitatis” e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, 39 s.; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi classici: l'esempio delle decisiones*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento 2012, 578.

se, anche alla posizione preminente che gli era stata attribuita proprio dall'*oratio* ravennate del 426⁵.

Almeno in parte diverso, ma parimenti significativo, è l'atteggiamento della cancelleria nei confronti di Paolo. Più precisamente in C. 3.28.33.1 che è del 17 settembre del 529 (ed è la prima costituzione giustiniana a citare un giurista), si giudica iniquo quanto sostenuto nelle *quaestiones* paoline circa l'esclusione dalla legittimazione all'esercizio della *querela inofficiosi testamenti* del figlio diseredato dalla madre in odio al marito⁶. Un diverso atteggiamento nei confronti delle opinioni del giurista severiano si riscontra in C. 6.30.19pr., che è del 30 ottobre (e fa parte insieme alle due altre costituzioni che citano Papiniano di un unico contesto normativo), un testo con cui si estende invece la portata di una regola richiamata nella medesima opera del giurista severiano per introdurre la cosiddetta *transmissio Iustiniana*⁷. Del resto la cancelleria ancora un anno più tardi, in una costituzione che affronta il tema del procedimento arbitrale – si tratta dell'unica collocabile nella prima metà del 530 che cita giuristi – si riferisce nuovamente proprio a Paolo, che si dice avesse affrontato *non autem perfectissime* assieme ad altri la materia ora oggetto della riforma giustiniana⁸. Si tratta di un “dialogo” con la giurisprudenza del passato che pare

⁵Cfr. C. 6.42.30: *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis...*; C. 7.45.14: *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit...* Sul punto, v. quanto ho già avuto modo di osservare nelle *Nuove ricerche* cit., 119, nt. 63 e 258, nt. 287. Cfr. inoltre DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 39 s.; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 579 e nt. 8.

⁶C. 3.28.33.1: *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quancumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub conditione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari.* Sulla costituzione, v. DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 14 ss.; cui *adde* le osservazioni di F. GORIA, *rec. a op. ult. cit.*, in *Iura* 59 (2011) 314.

⁷C. 6.30.19pr.: *Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam.* Sulla *transmissio Iustiniana*, v. F. GALGANO, *Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria*, Città del Vaticano 2007, 113 ss., nonché DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 19 ss.

⁸Si tratta di C. 2.55(56).5.3: *Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem perfectissime peregerunt, sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existi-*

ancora mosso da esigenze di carattere eminentemente pratico. Peraltro il fatto stesso che il legislatore si misuri con questioni di *ius controversum* appare circostanza già del tutto nuova rispetto ai temi e al *modus operandi* della cancelleria pregiustiniana.

2. Tuttavia un fatto nuovo si verifica il 22 luglio del 530, con l'emanazione di una serie di disposizioni indirizzate *ad senatum*, ragionevolmente da considerarsi parti di un unico provvedimento⁹. Si tratta più precisamente delle previsioni ora contenute in C. 2.44(45).4, C. 3.38.12, C. 5.4.24, C. 6.25.7(6), C. 8.41(42).8¹⁰, cui è possibile aggiungere, sia pure in via congetturale, altri due testi normativi, che presentano uguale destinatario e che sono riportati in C. 4.65.35 e C. 11.48(47).21¹¹.

Ciò che balza agli occhi è anzitutto il fatto che il provvedimento fosse appunto indirizzato *ad senatum*, aspetto questo che sappiamo non frequente nell'ambito della legislazione giustiniana e che certo lo connota di una particolare rilevanza. È noto infatti che hanno come destinataria l'assem-

maverunt, plenius tamen et generaliter definimus conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata. Sul provvedimento, v. in specie DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 32 ss.; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 581 e nt. 10.

⁹Del tema mi sono già occupato *ex professo* in alcuni precedenti lavori: cfr. *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle quinquaginta decisiones*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, 17 ss.; *La raccolta di iura: gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, in *Κοινωνία* 35 (2011) 157 ss. Per un accenno, v. anche il mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 471, nt. 196.

¹⁰Tali costituzioni conservano la *subscriptio* (D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) e hanno quindi data certa. Il Krüger (cfr. *Editio maior*, 219, nt. 3; 291, nt. 5; 249, nt. 2) ipotizzò che le prime quattro facessero parte di un unico contesto normativo, cui aggiungeva (cfr. *ibidem*, 219, nt. 3 e 549, nt. 2) C. 5.20.2, una costituzione di quegli stessi giorni, di data incerta (cfr. per un tentativo di emendazione della *subscriptio* lo stesso Krüger [*Editio maior*, 452, nt. 4, che però la data contraddittoriamente al 1 agosto del 530]; sul punto, cfr. anche C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quinquaginta decisiones*, Milano 1999, 28, nt. 59), ma che risulta indirizzata al prefeto del pretorio Giuliano (più plausibilmente infatti lo stesso Krüger ne conferma la datazione al 1 agosto nell'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [cfr. *Editio maior*, 47]). Che anche C. 8.41(42).8 fosse parte dello stesso contesto normativo pare tuttavia confermato dal fatto che nel suo testo è dato riscontrare, come meglio vedremo, un riferimento ai *volumina* del diritto antico che risulta dello stesso tenore di quello contenuto in C. 5.4.24 (v. *infra*, nel testo).

¹¹In relazione a queste ultime due costituzioni, prive di *subscriptio*, il discorso appare più delicato, ma una volta che le si ipotizzi emanate nella stessa data (così fa il KRÜGER, *Editio maior*, 398, nt. 1 e 986, nt. 3), il che mi pare possibile soprattutto per C. 11.48(47).21, non si può escludere che facessero parte dello stesso provvedimento normativo, considerando, che sono appunto a loro volta indirizzate *ad senatum*, circostanza questa certo non frequente in epoca giustiniana (v. quanto si dirà *infra*, nel testo).

blea senatoria buona parte delle costituzioni in cui si enunciano i progetti o si pubblicano le opere della compilazione (si tratta – è appena il caso di ricordarlo – della *const. Haec quae necessario*, della *const. Tanta-Δέδοκεν* [= C. 1.17.2] e della *const. Cordi*)¹². A ciò si può aggiungere che in precedenza erano stare indirizzate *ad senatum* C.Th. 1.1.5 (con cui nel 429 si era enunciato il primo progetto di codificazione teodosiana) e già prima, in Occidente, C.Th. 1.4.3, vale a dire la già ricordata legge delle citazioni¹³. In secondo luogo appare significativo che in due dei testi sopra indicati figurino espliciti riferimenti ai *volumina* del diritto antico con particolare riferimento alle *contentiones* e alle *ambiguitates veteris* (o *antiqui*) *iuris* che la cancelleria intendeva appunto risolvere: si tratta di C. 5.4.24: ... *sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient...*¹⁴, nonché di C. 8.41(42).8pr.: ... *cor-*

¹²Del resto al senato risultano altresì indirizzate in epoca giustiniana soltanto altre due costituzioni, entrambe di ampio respiro e che si segnalano per l'importanza del loro contenuto normativo. Mi riferisco più esattamente a C. 6.30.22 (forse del 27 novembre del 531) con cui si introdusse il *beneficium inventarii* e di C. 6.51.1 (del 1 giugno del 534), con cui si abolì invece definitivamente la legislazione caducaria. Quanto a C. 6.30.22 v. R. REGGI, *Ricerche intorno al "beneficium inventarii"*, Milano 1967, 155 ss., che ha ipotizzato di posticipare la datazione al 534; tuttavia di diverso avviso, sul punto, G. WESENER, *Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: "separatio bonorum" und "beneficium inventarii"*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 410 s.

¹³La legislazione indirizzata *ad senatum*, ancora copiosa nel corso del IV e nella prima parte del V secolo, si era andata rarefacendo fin quasi a scomparire del tutto nella legislazione posteodossiana. Non a caso, a partire dalla metà del V secolo e prima di Giustiniano, risultano indirizzate al senato orientale due sole costituzioni tra l'altro entrambe contenenti disposizioni che riguardavano specificamente la stessa assemblea senatoria. Mi riferisco a C. 12.2.2 (*Marcianus*, a. 450-455) con cui si era abolita la *collatio glebalis* o *folles* e a C. 10.32(31).63 (*Leo*, s.d.), con cui si era invece prevista la regola generale secondo la quale dovevano essere liberati dalla condizione curiale i figli di coloro che detenessero una carica effettiva di rango *illustris*, purché nati successivamente all'acquisto di tale carica. Su quest'ultima disposizione cfr. A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, 436 s.

¹⁴C. 5.4.24: *Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit sive nuptias nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient.* Per l'esegesi del testo rinvio ai miei precedenti saggi *La const. ad senatum* cit., 32 ss. e *La raccolta di iura* cit., 165 s.; nella più recente letteratura, v. anche A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, 123 s. Sulla proposta di interpretazione avanzata da C. BUSACCA, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano 2009, 223 ss., secondo cui la costituzione in esame ricolleggerebbe: «l'esistenza di un matrimonio ad un preciso momento iniziale», attestando «che nell'ottica della cancelleria giustiniana il matri-

*rigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus...*¹⁵.

Dall'analisi complessiva delle singole *leges* ricavate dal provvedimento si percepisce del resto un vivace "confronto" con l'opera e le soluzioni adottate dai *veteres*. In particolare, in C. 6.25.7(6), che si occupa di fedecommissi universali condizionati posti a carico dei figli, a conforto della soluzione adottata dalla cancelleria, viene citato il responso papiniano di cui è traccia in D. 35.1.102, responso in cui il giurista severiano aveva escluso che avesse luogo la sostituzione fedecommissaria in presenza di discendenti benché nulla fosse stato disposto al riguardo dal *de cuius*¹⁶. Si può ancora notare – e la circostanza testimonia la tendenza del legislatore a ritornare, procedendo per approssimazioni, su una questione evidentemente controversa – che la soluzione papiniana era stata in precedenza ribadita e generalizzata in C. 6.42.30 prevedendo che una *condicio tacita* si applicasse nei confronti di qualunque discendente onerato della restituzione dopo la morte e che inoltre tale *condicio* riguardasse anche i nipoti e i pronipoti¹⁷.

monio era fondato su una manifestazione iniziale di volontà e non più sull'*affectio maritalis* come in epoca classica», v., per alcune osservazioni critiche, il mio *Minima de legitimatione et de nuptiis*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, II, Torino 2013, 486 ss.

¹⁵C. 8.41(42).8pr.: *Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautela innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*. Sulla riforma giustiniana della novazione, rinvio per brevità, ancora una volta, alle osservazioni formulate e al quadro bibliografico da me fornito in *La const. ad senatum* cit., 22 ss. e *La raccolta di iura* cit., 162 s.

¹⁶C. 6.25.7(6).1: *Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filio suo substituit nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, ex optimo intellectu disposuisse evanescere substitutionem, si is qui substitutione praegravatus est pater efficiatur et liberos sustulerit, intellegendem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc et latius et pinguius interpretandum esse credidimus*. D. 35.1.102: *Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum (Mo. actum, scr.) fuerat, invenireur*. Sulla valenza del richiamo del responso del giurista severiano, cfr. da ultima DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 38 s.

¹⁷Si tratta della già ricordata (cfr. *supra*, ntt. 4-5) C. 6.42.30: *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis, si quis filium suum heredem instituit et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri dispositum, nisi cum filius eius sine subole vitam reliquerit: nos huiusmodi sensum merito mirati plenissimum ei donamus eventum, ut, si quis haec disposerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab*

Quanto appena rilevato appare particolarmente significativo se si presti contestualmente attenzione alla evidente continuità cronologica tra il provvedimento in questione e l'avvio della realizzazione del progetto delle *decisiones*, che sappiamo prese in concreto le mosse a pochi giorni di distanza, e cioè, come è da ritenersi ragionevolmente certo, a partire dal 1 agosto dello stesso anno¹⁸. La sovrapposizione del dato cronologico e di quello contenutistico sembra cioè quasi necessariamente implicare uno stretto collegamento tra i due momenti e ciò anche alla luce della particolare rilevanza che la cancelleria aveva inteso evidentemente conferire al primo, in relazione agli sviluppi normativi che ne sarebbero derivati.

La legge del 22 luglio del 530 apre dunque la strada alle *decisiones*, rispetto alle quali non posso qui che limitarmi a prendere in considerazione alcuni "passaggi critici", evidenziati dall'attuale dibattito scientifico¹⁹. Benché il problema all'individuazione delle *decisiones* non possa dirsi ancora definitivamente risolto, si può infatti anzitutto affermare che l'incrocio del metodo formale con il criterio cronologico (secondo il classico studio del Rotondi sarebbero state emanate entro e non oltre il 17 novembre

*initio nepotem vel neptem, pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi hi qui restitutione onerati sunt sine filiis vel filiabus vel nepotibus vel pronepotibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis antepone. Per un approfondito esame di C. 6.42.30, con particolare riferimento alla citazione nominativa di Papiniano in essa contenuta, cfr. ancora DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 23 ss.*

¹⁸La circostanza può dirsi unanimemente condivisa: quanto alla fissazione del 1 agosto come data di inizio del periodo di emanazione delle *quingenta decisiones* cfr. il quadro bibliografico da me fornito in *La legislazione imperiale* cit., 31, nt. 33; l'ipotesi è confermata nella letteratura successiva: v. a questo proposito M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quingenta decisiones*, in *AUPA*. 46 (2000) in specie 467. Sul punto, cfr. anche J. PARICIO, *Sulle «quingenta decisiones»*, in *Labeo* 46 (2000) 506; R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quingenta decisionum liber*, in *Iura* 57 (2008-2009) 131, nt. 23, nonché i miei *La const. ad senatum* cit., 39 e nt. 50 e *La raccolta di iura* cit., 167 e nt. 30.

¹⁹Sulle *decisiones* la letteratura è sufficientemente ampia cfr. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quingenta decisiones* cit., 3 ss.; PARICIO, *Sulle «quingenta decisiones»* cit., 503 ss.; VARVARO, *Contributo allo studio delle quingenta decisiones* cit., 365 ss.; D. PUGSLEY, *Cordi and the Fifty Decisions*, in *Il Diritto giustiniano tra tradizione classica e innovazione*, a cura di F. Botta, Torino 2003, 135 ss.; LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quingenta decisionum liber* cit., 121 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Sulle quingenta decisiones, dieci anni dopo*, in *SDHI*. 76 (2010) 445 ss.; nonché i miei *La const. ad senatum* cit., 17 ss. e *La raccolta di iura* cit., 168 ss. Accanto ai lavori dedicati *ex professo* al tema delle *quingenta decisiones*, devono essere poi ricordate le riflessioni contenute in M.A. MESSANA, *Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano. 'Definitio' e 'definire' nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA*. 45.2 (1998) 275 ss.; M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.2, Perugia 2007, 443 ss.; DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 41 ss.; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 575 ss.

530) ci permette comunque di pervenire sulla questione a risultati sufficientemente affidanti²⁰. Ciò tenendo sempre conto che, per quanto il criterio formale risulti da solo insufficiente a causa del processo di massimazione che ha fatto talvolta cadere nei testi inseriti nel Codice il riferimento autotassonomico²¹, quello cronologico ha comunque da parte sua il difetto di poter essere ricavato solo *a posteriori*, circostanza che lo fa ritenere integrativo rispetto al primo²². Ne risulta che l'arco cronologico individuato dal Rotondi debba essere ritoccato, estendendolo fino al 30 aprile del 531, data in cui risultano emanate le costituzioni più recenti che si autoqualificano come *decisiones*²³.

Ragionevolmente certo è poi il numero di cinquanta e ciò nonostante che alle *decisiones* si faccia di norma riferimento senza alcuna precisazione numerica ed esse siano esplicitamente quantificate solo nel paragrafo 1 della *const. Cordi*²⁴. Ancor più certo è che cinquanta furono le *decisiones* e

²⁰ Cfr. G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *BIDR.* 29 (1918) 148 ss. (= *Scritti giuridici*, 1, Pavia 1922, 232 ss.).

²¹ Sintomatico, com'è noto, il caso di I. 1.5.3 con riferimento a C. 7.5.1. L'opera istituzionale, dando conto delle riforme che avevano portato all'unificazione dello *status libertinorum*, prima *tripertitus*, include espressamente tra le *decisiones* C. 7.5.1, mediante la quale era stata formalmente abolita la categoria dei *dediticii* (cfr. I. 1.5.3: *...et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus...*). L'inclusione nel novero delle *decisiones* di C. 7.5.1 non è invece ricavabile dal testo della costituzione inserito nel *Codex repetitae praelectionis*.

²² Sui limiti che tuttavia presenta l'impiego del criterio cronologico v. peraltro le osservazioni di RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quinquaginta decisiones* cit., 18 ss.; EAD., *Sulle quinquaginta decisiones* cit. in specie 447 e nt. 10; sul punto v. anche quanto da me osservato in *La raccolta di iura* cit., 168, nt. 34.

²³ Si tratta di C. 6.27.5 (che generalizza la soluzione già adottata con la *decisio* conservata in C. 6.27.4) e di C. 6.50.20 e 21. Quanto alla possibilità che alcune *decisiones* siano state emanate al di fuori dell'arco cronologico in cui tradizionalmente le si colloca v. in particolare la ricostruzione fornita da VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones* cit., 403 ss., 410 s., 448. Io stesso ho tentato di salvare la cronologia del Rotondi ipotizzando che C. 6.27.5 sia una *decisio* in quanto costituente uno sviluppo interpretativo della soluzione già adottata con la *decisio* riprodotta in C. 6.27.4, ma la proposta di soluzione non può valere per le altre costituzioni della fine di aprile del 531, tanto che pare giocoforza pensare che l'emanazione delle *decisiones* si sia protratta oltre il periodo tradizionalmente indicato. Con riferimento a C. 6.27.5 e per i rapporti con la *decisio* conservata in C. 6.27.4, cfr. le mie considerazioni in *La legislazione imperiale* cit., 31, nt. 33. L'osservazione non può peraltro valere per C. 6.30.20 e 21. Ammette genericamente che l'emanazione delle *quinquaginta decisiones* possa essere avvenuta anche oltre i limiti cronologici tradizionalmente individuati LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber* cit., 131, nt. 23.

²⁴ Cfr. *const. Cordi*, 1: *Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones*

non le costituzioni che le contengono, che furono certamente meno, considerato il fatto che le *decisiones* furono emanate per blocchi e che quelle che hanno la stessa *subscriptio* devono considerarsi parti di una o più costituzioni emanate nella stessa data²⁵.

Semmai può opportunamente porsi il problema se siano state concepite come cinquanta fin dall'inizio. Il numero di cinquanta ha infatti certamente carattere simbolico e forse non casualmente coincide con il numero dei libri del Digesto (già preannunciato nel paragrafo 5 della *const. Deo auctore*)²⁶. Ciò detto non si può escludere che il numero non sia stato fissato originariamente, ma in un momento successivo, probabilmente per simmetria appunto dopo la fissazione del progetto della raccolta di *iura* in cinquanta libri. Ne potrebbe essere prova proprio il fatto che l'emanazione delle *decisiones* continua, sia pure brevemente, anche dopo l'inizio dei lavori di compilazione del Digesto, forse a completamento del numero, quando già era iniziato il dialogo fra la cancelleria e i compilatori attraverso le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (il cui primo blocco è costituito da quelle databili al 20 febbraio 531)²⁷.

Rimane la questione forse più rilevante da affrontare – sia pure brevemente – in questa sede, cioè quella degli scopi perseguiti dalla cancelleria con l'emanazione delle *decisiones*. A questo proposito non appare convincente l'idea, pur ancora da alcuni sostenuta, che le *decisiones* si configurino

promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus. Sul punto, cfr. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber* cit., 126, nonché il mio *La raccolta di iura* cit., 170 e nt. 38. Non credo invece che si possa pensare che il numero di cinquanta sia il risultato di un arrotondamento per difetto o per eccesso: di diverso avviso è J. PARICIO, *Sulle «quinquaginta decisiones»* cit., 504, *contra*, v. tuttavia LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber* cit., 134; v. anche RUSSO RUGGERI, *Sulle quinquaginta decisiones* cit., 446.

²⁵ Ne abbiamo vari indizi, ma si ricordi per tutti il fatto che in C. 6.2.22 ricorrono ben tre *decisiones*: sul punto rinvio a *La legislazione imperiale* cit., 490 s., nt. 24; per un accenno, v. anche *La raccolta di iura* cit., 170 e nt. 38.

²⁶ Cfr. *const. Deo auctore*, 5: *Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere...* Per questa osservazione v. già *La raccolta di iura* cit., 170 e nt. 39. Sul particolare valore, anche simbolico, assunto dal numero cinquanta, cfr. VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisionum* cit., 369, nt. 4; cui *adde* LAMBERTINI, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber* cit., 130 ss.

²⁷ Per la fissazione del momento in cui avrebbe preso avvio l'emanazione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, cfr. specificamente C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR.* 19 (1907) 132 ss.

come un lavoro immediatamente preparatorio al Digesto²⁸. Né convince l'ipotesi di una perfetta unitarietà dei due progetti, soprattutto in relazione all'indiscutibile stacco temporale fra il momento di inizio dell'emanazione delle *decisiones* e l'avvio del progetto di compilazione del Digesto, pur se nel quadro di una sicura continuità di intenti del comune ideatore, Triboniano²⁹.

A mio modo di vedere non si può invece escludere che almeno in origine, pur denotando un crescente disagio per lo stato dei *iura*, il progetto delle *decisiones* fosse finalizzato alla risoluzione di singole questioni controverse – di origine classica e non – il cui superamento era probabilmente percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia, con lo scopo di amputare (come si era detto nel *principium* della *const. Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*³⁰. Credo cioè plausibile ritenere che solo nella seconda metà del 530 – nel corso quindi dello svolgimento di quel lavoro di scandaglio dei materiali classici che costituiva il necessario presupposto delle *decisiones* – sia maturato compiutamente il progetto di redigere la raccolta di *iura*, dopo che ci si era forse resi conto, che, comunque, lo strumento delle *decisiones* non sarebbe stato sufficiente a mettere ordine in una materia tanto articolata e dispersa, che – *re melius perpensa* – richiedeva un'opera ben più radicale e complessa di razionalizzazione³¹. Sotto questo profilo anzi l'idea che la redazione delle *decisiones* e la compilazione del Digesto siano progetti cronologicamente concatenati piuttosto che parti di un disegno originariamente concepito come unitario sembra altresì testimoniato dal fatto che – come ho già accennato – il pri-

²⁸ Tale opinione è ancora oggi sostenuta da D. PUGSLEY, *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution "ad senatum" of 22 July 530*, in RIDA. 42, 3^e série (1995) 291 s.; ID., *Cordi and the Fifty Decisions* cit., 135 ss. In senso contrario, cfr. RUSSO RUGGERI, *Sulle quinquaginta decisiones* cit., 446 s.

²⁹ In questo senso, v. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quinquaginta decisiones* cit., 113 ss.; EAD., *Sulle quinquaginta decisiones* cit., 463. È appena il caso di ricordare che le Istituzioni attribuiscono a Triboniano la paternità delle *quinquaginta decisiones* (cfr. I. 1.5.3), evidenziando in tal modo la riconducibilità di queste ultime e della raccolta di *iura* a una comune mente ispiratrice: cfr. sul punto *La legislazione imperiale* cit., 20 e nt. 18, nonché *La raccolta di iura* cit., 171 nt. 42.

³⁰ Com'è noto, alcune *decisiones* risolvevano questioni di diritto che non avevano il proprio fondamento in dispute dell'antica giurisprudenza, ma traevano origine nell'epoca posteriore: cfr. in particolare K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, 93 ss. (con riferimento a C. 5.51.13); 95 s. (per quanto riguarda C. 5.4.26); 326 ss. (a proposito di C. 4.5.11).

³¹ Sul cambio di prospettiva nella lettura dei materiali classici fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum*, v. ampiamente DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 180 s., nonché quanto ho già avuto modo di osservare in *La raccolta di iura* cit., 171.

mo progetto sembra non esaurirsi del tutto con l'inizio del secondo, protraendosi fino ai primi mesi del 531³².

Mi sembra dunque che si possa giungere plausibilmente alla conclusione che nel luglio del 530 nella mente di Triboniano il progetto della codificazione dei *iura* fosse ancora concepito a livello embrionale (o forse ancora accarezzato come un sogno irraggiungibile) e che proprio per questo motivo si sia annunciato il progetto delle *decisiones* al fine di risolvere immediatamente quantomeno alcune questioni controverse, che rendevano lo stato dei *iura* particolarmente insoddisfacente anche a fini strettamente pratici. In questo contesto l'idea compiuta della realizzazione del Digesto si innestò più tardi, mutando questo sì, almeno in parte, la stessa prospettiva originaria che era alla base del progetto delle *decisiones*, che, nel loro dipanarsi, finirono per acquistare una funzione gregaria rispetto alla creazione di quello che con espressione enfatica, ma efficacissima, sarà definito *Sancitissimum templum iustitiae* (*const. Deo auctore*, 5).

3. In questo quadro anche il rapporto fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* deve essere meglio definito. In particolare è fuorviante la posizione di chi tende ad assimilare i tempi e gli scopi perseguiti³³. In realtà i due gruppi di costituzioni sono nettamente distinti dai giustinianeî e ancor oggi ben distinguibili benché presentino una brevissima sovrapposizione cronologica. Ai diversi tempi di emanazione corrispondono diversi scopi e diverse logiche. Le *constitutiones ad commodum* procedono ormai in parallelo con lo spoglio dei materiali giurisprudenziali con la funzione di risolvere controversie giurisprudenziali al fine di scegliere, nella redazione del Digesto, la soluzione più idonea di

³² In un momento cioè in cui, come è testimoniato tra l'altro dalla progressione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, lo spoglio dei materiali classici era certamente ormai iniziato su larga scala. Sulla progressione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* cfr. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette* cit., 132 ss. e P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 22 (1910) 155 ss.; *BIDR.* 23 (1911) 5 ss. e 186 ss.; *BIDR.* 27 (1914) 5 ss.

³³ Non appare quindi condivisibile la posizione espressa da PUGSLEY, *Cordi and the Fifty Decisions* cit., 140 ss., secondo cui furono solo a posteriori qualificate come *decisiones* le costituzioni che risultano emanate tra il 22 luglio e il 17 novembre del 530 (all'insieme delle *quinquaginta decisiones* l'autore riporta, oltre a C. 7.5.1 e C. 7.25.1, anche C. 8.47[48].10). Per il medesimo ordine di motivi non convince appieno la diversa proposta della RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quinquaginta decisiones* cit., 64 ss. (in modo più sfumato, *Sulle quinquaginta decisiones* cit., 449), che individua l'arco temporale all'interno del quale sarebbero state emanate le *decisiones* nel periodo compreso tra il 21 luglio del 530 e il 1 settembre 531, circostanza questa senz'altro da escludere.

fronte ai casi di *ius controversum*. Fra compilatori e cancelleria si instaura così un confronto continuo, che si risolve in un dialogo che in ultima analisi sembra essere fra il Triboniano presidente della commissione del Digesto e il Triboniano *quaestor sacri palatii*. Un dialogo che potremmo dire di Triboniano con se stesso che appare in qualche misura “schizofrenico”, ma che si spiega con quanto sarà poi dichiarato nel § 12 della *const. Tanta* e cioè che i commissari di Giustiniano avevano previsto un periodo di tempo di almeno dieci anni per la realizzazione della raccolta di *iura*³⁴.

Il ricorso alle *constitutiones ad commodum* che, come le *decisiones* si susseguono per blocchi, si giustifica dunque con l'esigenza di dare risposta immediata alle maggiori questioni di *ius controversum* che i compilatori incontravano nelle fonti, facendo emergere immediatamente all'esterno la soluzione adottata, senza dover aspettare i tempi presumibilmente lunghi del compimento dell'opera. E così si spiega forse anche il fatto che l'emanazione delle *constitutiones ad commodum* cessi improvvisamente nel corso del 532 (le ultime sono del 18 ottobre). Anche prescindendo da altri rilevanti fattori (non dimentichiamo che la rivolta di Nika aveva portato alla destituzione di Triboniano, come *quaestor sacri palatii*) evidentemente il progresso dei lavori di compilazione era tale da farne ormai intravedere la conclusione, circostanza che rendeva meno necessario un provvedimento che esteriorizzasse immediatamente la scelta compiuta³⁵.

4. Siamo così giunti al dicembre del 533 e alla pubblicazione del Digesto, che determina un evidente mutamento di prospettiva rispetto al sistema della legge delle citazioni. Come già si era detto programmaticamente nel § 4 della *const. Deo Auctore* attraverso la lettura dei *libri degli antiqui iuris prudentes*, si sarebbe dovuto ricavare *quod unum pro omnibus suffi-*

³⁴ *Const. Tanta*, 12: *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur...* Cfr. *La legislazione imperiale* cit., 18 nt. 20 e *La raccolta di iura* cit., 172 e nt. 46.

³⁵ Le ricerche sulle *constitutiones ad commodum* di DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 (1914) 5 ss., non sono giunte a conclusione arrestandosi all'esame del gruppo di costituzioni che risulta emanato in data *XV k. Nov.* del 531. Sul punto v. tuttavia DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 153 s., in specie nt. 139, che ha individuato un ulteriore gruppo in quello che risulta datato al *XV k. Nov.* del 532. Peraltro va notato che la rivolta di Nika aveva determinato in precedenza l'arresto della legislazione nei primi mesi del 532, tanto che fino al mese di ottobre di quell'anno rimane una sola costituzione da considerarsi di data certa: si tratta di C. 1.44.2 in tema di distribuzione dei *panes civiles*; il riassunto, assai breve, è dato dai Basilici (Bas. 6.1.100 [= Scheltema – van der Wal, A I, 162]).

ciat, eliminando ogni *similitudo* o *discordia*³⁶. L'opera, che doveva raccogliere *totum ius antiquum* (nelle sue espressioni di volta in volta migliori), superava rispetto al passato ogni differenza che riguardasse la *dignitas* dei singoli giuristi³⁷. I brani giurisprudenziali prescelti per il Digesto perdono la loro individualità e vengono assimilati alle costituzioni imperiali, come voce dello stesso imperatore (*quasi... a nostro divino fuerant ore profusa*)³⁸.

Tuttavia Giustiniano sembra comunque voler saldare il suo operato all'eredità della tradizione, conservandone il ricordo. La *reverentia antiquitatis* – si afferma nel § 10 della *const. Tanta* – ha indotto i compilatori a premettere un'*inscriptio* ai singoli frammenti, in modo che il nome del giurista utilizzato non risulti *taciturnitati traditus* (e cioè non sia destinato all'oblio)³⁹. Nel § 20 della medesima costituzione si assiste poi a un'ulteriore manifestazione di coscienza storica, in quanto si ordina di *inscribere* all'inizio del Digesto (*in primordiis digestorum*) un elenco dei giuristi e

³⁶ *Const. Deo auctore*, 4: *Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.*

³⁷ *Const. Deo auctore*, 5: *...sed bis quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat: omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam prerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur.* Sul testo, v. per tutti le osservazioni di DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici cit.*, 440.

³⁸ *Const. Deo auctore*, 6: *Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicote, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare. et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere, sed, si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini: ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit.* Sul riconoscimento del valore di legge alle opinioni giurisprudenziali contenute nel Digesto, nella più recente letteratura, v. J.H.A. LOKIN, TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 108.

³⁹ *Const. Tanta*, 10: *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est...*

delle opere utilizzate; ciò senza pregiudizio alla ribadita parità dei giuristi prescelti⁴⁰. Peraltro nonostante la posizione di parità riconosciuta ai trentotto o trentanove giuristi le cui opere vengono messe a profitto, nei fatti è soprattutto la giurisprudenza severiana – vero e proprio deposito, e in una certa misura anche rielaborazione, o almeno sistemazione, delle precedenti esperienze – a fornire il materiale utilizzato per la compilazione del Digesto⁴¹.

Tuttavia con la pubblicazione del Digesto l'interesse per la giurisprudenza classica tende ad attenuarsi. Un dato significativo a questo proposito è costituito dagli scarsissimi “ritorni” della successiva legislazione giustiniana, e più specificamente delle Novelle, sui passi del Digesto, intesi, questi ultimi, come diritto vigente (mentre sono numerose le riforme che si dicono apportate alle costituzioni raccolte nel Codice); per converso i richiami delle Novelle al Digesto sembrano essere soltanto di segno “culturale” (ad esempio come citazione di norme storicamente importanti, ma ormai superate)⁴². Tutto ciò ha indotto a prospettare una nota tesi sul valore assunto dal Digesto nella pratica (valore che probabilmente finiva col non discostarsi troppo dai propositi – effettivi – dello stesso imperatore):

⁴⁰ *Const. Tanta*, 20-20a: *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus quibusque libris eorum et quot milibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est. 20a. Legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice impertito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*

⁴¹ Cfr. sul punto BONINI, *Introduzione* cit., 33 (= *Lineamenti* cit., 645). Sull'intenso dibattito concernente l'identificazione o meno delle figure di Claudio e di Venuleio Saturnino, v. da ultimo A. MANNI, *Gli exempla greci in D. 48.19.16 (Saturn. sing. de poen. pagan.)*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, G. D. Merola, I, Napoli 2013, 219 ss.

⁴² Per un esame complessivo dei richiami al Digesto presenti nelle Novelle, anche con riferimento ai più numerosi richiami impliciti, v. l'ampia discussione di R. BONINI, *Il Manuale Novellarum del van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti fra Novelle e Digesto)*, in *AG. 171* (1966) 198 ss. (= *Contributi di diritto giustiniano [1966-1976]*, Bologna 1990, particolarmente 4 ss. [I contributo dell'Appendice]). Quanto alle costituzioni contenute nel Codice, a parte C. 1.17.1 (*const. Deo auctore*) e C. 1.17.2 (*const. Tanta*), mancano citazioni della raccolta di *iura*, con la sola eccezione di C. 6.23.31.1 (a. 534) in cui però si opera un richiamo unitario al Digesto, alle Istituzioni e alle disposizioni imperiali, proponendo dunque un modello che verrà ripreso nella legislazione novellare: a questo proposito, con riferimento alle citazioni del Digesto in connessione con le altre raccolte e pertanto operate nel quadro di un richiamo unitario all'opera dei compilatori, cfr. in particolare le osservazioni di G. LANATA, *Legislazione e natura nelle novelle giustiniane*, Napoli 1984, 26 ss.

secondo tale tesi il Digesto, più che un vero e proprio testo normativo, sarebbe stato una raccolta di materiali “autoritativi”, particolarmente idonei a “nutrire” la convinzione del giudice⁴³.

5. Ma torniamo ai giuristi. Da quanto abbiamo fin qui detto possiamo affermare che nell'epoca giustiniana è dato assistere a una vera e propria “rinascita” della memoria dei giuristi classici, rinascita testimoniata non solo dalla creazione del *Sanctissimum templum iustitiae*, ma, come abbiamo potuto verificare, dalla stessa legislazione del Codice, così come anche, lo si deve qui aggiungere, nell'opera istituzionale. Fin dal 529 e poi più intensamente con le *decisiones* e le *constitutiones ad commodum* Giustiniano manifesta a più riprese una tendenza assai accentuata a dialogare con il sapere dei *prudentes* così come giuntogli attraverso il filtro delle loro opere, tendenza questa che non ha invece riscontro – se non episodico e saltuario – nelle abitudini e nei meccanismi della cancelleria fino alla fine del III secolo⁴⁴. Ancora meno frequenti sono peraltro le citazioni presenti nella legislazione del tardo impero e risultano inserite in testi normativi che attengono, nella maggior parte dei casi, alla storia delle fonti trattandosi più esattamente delle costituzioni che riguardano l'*abolitio* delle *notae* a Papiniano e l'approvazione delle *Pauli Sententiae*, nonché ovviamente della c.d. legge delle citazioni⁴⁵.

⁴³ Cfr. sul punto R. BONINI, *Introduzione* cit., 46 (= *Lineamenti* cit., 653).

⁴⁴ Sono relativamente poche infatti, e talvolta derivate dalle *preces* con cui le parti si rivolgevano all'imperatore, le citazioni dei giuristi presenti nei rescritti dell'epoca del Principato e fino all'epoca diocleziana: cfr. C. 4.65.4.1 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C. 8.37(38).4 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C. 3.42.5 (*Gord.*, a. 239): Modestino; C. 5.4.6 (*Gord.*, a. 239): Paolo; C. 6.37.12pr. (*Gord.*, a. 240): Papiniano; C. 7.32.3 (*Dec.* a. 250): Papiniano; C. 6.42.16pr. (*Car.*, *Carin.* et *Num.*, a. 283): Papiniano; C. 9.22.11 (*Diocl. et Max.*, a. 287): Paolo; C. 9.41.11.1 (*Diocl. et Max.*, a. 290): Ulpiano; C. 5.71.14 (*Diocl. et Max.*, a. 293): Papiniano. Un caso a parte, ma assai significativo, è quello di D. 37.14.17 (Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.*) in cui si cita un rescritto dei *Divi fratres* ove risultano menzionati Proculo, Meciano e Giuliano. Sul punto, v. le mie *Nuove ricerche* cit., 257 e nt. 285. Nella più recente letteratura, cfr. anche DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 7 s., nt. 2; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 575 s. e nt. 2.

⁴⁵ Oltre a C.Th. 9.43.1pr. = C. 9.51.13pr. (*Const.*, a. 321), C.Th. 1.4.1 (*Const.*, a. 321), C.Th. 1.4.2 (*Const.*, a. 327) e C. Th.1.4.3 (*Theod. et Valent.*, a. 426), che attengono appunto alla storia delle fonti, v. C.Th. 4.4.3 (*Arc. et Hon.*, a. 393): Scevola; C. 6.61.5 (*Leo et Anth.*, a. 473): Giuliano (ma su questo testo e per l'attribuzione della citazione giuliana ai giustiniani, v. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR.* 40 (1932) 115 ss. [= *Scritti giuridici*, 1, Napoli 1991, 367 ss.]). Un caso del tutto particolare è infine quello di C. 9.8.6, una costituzione greca, posteriore al 397, giunta mutila e priva di data, in cui vengono riferiti brani tratti da opere giurisprudenziali (si tratta di due passi dei *libri de publicis iudiciis* di Paolo e di Marciano): sul punto, e per l'ipotesi di una datazione posteriore al 438, v. quanto osservato da F. DE MARINI AVONZO, *Due giuristi severiani per un imperatore sconosciuto*, in *Materiali per una*

Le numerose citazioni contenute nelle *leges* giustinianee – e in particolar modo quelle che compaiono nelle *decisiones* – dimostrano che i giuristi bizantini non considerano come fungibili le figure degli antichi *prudentes*, ritenendo, invece, ciascuna di esse caratterizzata da una marcata e specifica individualità. La cancelleria cita, infatti, a più riprese, giuristi diversi, giuristi con opinioni e personalità diverse, talvolta evidenziando la continuità tra passato e presente per fornire al diritto vigente autorità e prestigio, talvolta, al contrario, ponendo in risalto la discontinuità delle proprie scelte rispetto al passato, al fine di enfatizzare – e in ciò è evidente una componente autocelebrativa – i pregi e i meriti delle innovazioni introdotte per volontà dell'imperatore. Insomma, la qualità e la quantità delle citazioni testimonia l'importanza, per i giustiniani, dell'individualità e delle singole figure dei giuristi classici, con i quali Triboniano e la sua cancelleria si confrontano continuamente, eleggendo interlocutori diversi a seconda delle scelte di politica normativa da effettuare.

Assenti del tutto nella legislazione del 527-528, le citazioni nominative dei giuristi compaiono per la prima volta – come abbiamo visto – nella legislazione giustiniana del 529, in cui tuttavia ci si limita a far menzione di Papiniano e di Paolo, cioè di due giuristi che erano menzionati nella legge delle citazioni. Si fanno però assai più frequenti e insistenti nella legislazione del 530, ove, in dieci costituzioni – otto delle quali rientrano nel novero delle *quingenta decisiones* – e per lo più in contesti normativi volti a risolvere i contrasti tra opinioni giurisprudenziali contrapposte vengono nominativamente ricordati ben nove diversi giuristi: si tratta di Celso, Giuliano (tre volte), Africano, Marcello (due volte), Papiniano (tre volte), Ulpiano (tre volte), Paolo (due volte), Marciano e Tertulliano, citazioni queste cui peraltro se ne deve aggiungere un'altra riguardante i *Sabiniani*⁴⁶.

storia della cultura giuridica, 4, Bologna 1974, 13 ss. (= *Dall'impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach 2001, 93 ss.). Sulle citazioni dei giuristi nella legislazione del tardo impero, v. quanto ho avuto modo di osservare nelle *Nuove ricerche* cit., 257 e nt. 285. Nella più recente letteratura, cfr. anche DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 7 s., nt. 2; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 575 s. e nt. 2.

⁴⁶Delle dieci costituzioni giustiniane emanate nel corso del 530 e contenenti riferimenti a opinioni giurisprudenziali solo due si collocano entro il mese di luglio (cfr. C. 2.55[56].5.3: Paolo; C. 6.25.7[6].1: Papiniano), mentre le altre otto sono da attribuire al periodo che va dall'agosto al novembre e sono da considerarsi tutte *decisiones* (cfr. C. 4.5.10.1-2: Ulpiano, Celso, Marcello, Papiniano, Giuliano; C. 7.7.1.1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello, Giuliano; C. 7.7.1.1-1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello; C. 5.70.7.1a: Tertulliano; C. 3.33.15: Giuliano; C. 5.4.25.2: Ulpiano; C. 2.18[19].24.1: Giuliano; C. 6.29.3.1: Sabiniani; C. 6.2.22.3a: Papiniano). Non mi pare condivisibile l'esclusione dal novero delle *decisiones* di C. 5.70.7 per il solo fatto che il testo a noi conservato attraverso il Codice non si autoqualifica come tale (così invece RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quingenta decisiones* cit. in specie 63,

Un dato che riveste un certo interesse è che nelle costituzioni emanate nel corso del 530, le opinioni di Paolo e Ulpiano vengano talvolta respinte (sia pure insieme a quelle di altri), mentre al contrario l'opinione di Papiniano è sempre condivisa, e a maggior ragione quando è menzionata insieme a quella di Giuliano⁴⁷. A proposito di Papiniano va tuttavia rilevato che il suo nome, almeno nella legislazione che va dall'agosto al novembre del 530, non è più accompagnato dalle espressioni fortemente laudative utilizzate in precedenza, mentre ora è piuttosto proprio Giuliano a essere celebrato più volte con parole di ammirazione: C. 4.5.10.1: ... *Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem...*, C. 3.33.15.1: ... *summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum...*⁴⁸.

L'interesse per le opere giurisprudenziali classiche, manifestatosi così intensamente nel corso del 530, si mantiene ancora ben vivo nella legislazione del 531, anno in cui quattordici testi normativi – tutti riconducibili al gruppo delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* – sono a loro volta inserite citazioni nominative riferibili all'opera di sette giuristi classici e più esattamente di Sabino, Celso, Papiniano (quattro volte), Paolo (due volte), Ulpiano (otto volte), Modestino e Marciano, citazioni cui se ne può aggiungere un'altra nella quale si fa riferimento a una con-

nt. 128). Il fatto che la costituzione risolveva una controversia giurisprudenziale e sia stata emanata nella stessa data, il 1 settembre del 530, in cui risultano emesse altre due *decisiones* (cfr. C. 5.70.6 e C. 6.22.9) deve a mio avviso far ritenere che anche C. 5.70.7 sia una *decisio*: sul punto v. anche VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones* cit. in specie 454 ss.; peraltro non è esatto sostenere come fa la RUSSO RUGGERI, *ibidem*, 32, nt. 62 che l'altra costituzione emanata il 1 settembre 530, vale a dire C. 1.4.27, non possa essere «sicuramente» una *decisio*. Il testo in questione è gemino di C. 5.70.7.5-6c e dunque, pur non risolvendo specificamente una controversia giurisprudenziale, è comunque, almeno a mio modo di vedere, parte di una *decisio*. Cfr. al riguardo, ancora una volta, le *Nuove ricerche* cit., 258 e nt. 288; nella più recente letteratura, v. anche DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 83.

⁴⁷ Cfr. al riguardo C. 2.55(56).5.3 in cui, come abbiamo visto, si dice che Paolo insieme ad altri *veteres* aveva affrontato *non autem perfectissime* la questione ora affrontata dalla cancelleria, nonché C. 4.5.10.1 ove invece non si accoglie l'opinione di Celso, Marcello e Ulpiano; cfr. anche C. 7.7.1.1a-1b in cui, citando fra l'altro i *libri fideicommissorum* di Paolo e Ulpiano, si supera la soluzione che si dice condivisa da Africano (la cui opinione era ricordata da Paolo) e da Marcello. L'opinione di Papiniano, oltre a essere recepita nella già ricordata C. 6.25.7(6).1, è invece condivisa, sia pure in una delle due versioni formulate dal giurista severiano, in C. 6.2.22.3a, mentre lo stesso giurista viene citato adesivamente insieme a Giuliano anche in C. 4.5.10.1-2. Sul punto v. le osservazioni formulate da DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 85. Peraltro, ancora nel luglio del 530, Papiniano veniva qualificato *excelsi ingenii* nella più volte ricordata C. 6.25.7(6).1 (ove dunque ancora si riprendeva il linguaggio encomiastico che abbiamo visto in C. 6.42.30 e in C. 7.45.14, entrambe del 529).

⁴⁸ Sul punto, v. già DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 85.

troversia che si dice invece riscontrata *ex libris Sabinianis*⁴⁹. In questo quadro non risulta essere casuale che il giurista le cui opinioni vengono per lo più condivise sia ancora una volta Papiniano, cioè quello tra i classici – insieme a Giuliano che, però, non risulta mai menzionato nella legislazione successiva al novembre del 530 – certamente più di tutti godeva della considerazione e della stima della cancelleria imperiale⁵⁰. Non di rado le *sententiae* che vengono respinte sono invece quelle di Paolo e di Ulpiano⁵¹.

Successivamente le citazioni relative a opere e opinioni degli antichi *prudentes* calano bruscamente di numero, fenomeno questo che, se può in parte ricollegarsi a un rallentamento della produzione normativa negli anni 532-534, non può certo esclusivamente ricondursi a questa circostanza. In questo senso è significativo che, se si eccettuano quattro costituzioni di incerta datazione in cui si menzionano Ulpiano (due volte) e i *libri Sabiniani* (altre due volte) e che potrebbero peraltro essere anche del 531⁵², bisogna

⁴⁹ Cfr. C. 6.22.10.3: Celso; C. 6.24.14pr.: Ulpiano; C. 6.25.9(8).1: Papiniano; C. 6.25.10(9)pr.-1: Papiniano, Ulpiano; C. 6.26.10: Sabino; C. 6.26.11pr.: Ulpiano; C. 6.46.7(6)pr.: Ulpiano; C. 3.28.35.1: Papiniano; C. 3.28.36.2: Ulpiano, Modestino; C. 6.28.4.3: Ulpiano; C. 8.47(48).10pr. e 1a: Papiniano, Paolo, Marciano; C. 6.49.7.1b: Ulpiano (la costituzione, a stare alla *subscriptio*, sembrerebbe emanata nel 530, ma per la probabile correzione della data, v. l'emendazione proposta da Krüger, *Editio maior*, 594, nt. 1); C. 6.40.3.2: Ulpiano; C. 6.58.14.1: Paolo. La *quaestio* che si dice genericamente riscontrata *ex libris Sabinianis* è invece risolta in C. 3.33.17pr.

⁵⁰ Nell'*index Florentinus* proprio Giuliano e Papiniano risultano, come è noto, essere gli unici giuristi posti al di fuori dell'ordine cronologico, premessi come sono a tutti gli altri, evidentemente per la loro importanza e per la considerazione manifestata nei loro confronti dai giustinianeî. La circostanza appare confermata dalle citazioni degli stessi due giuristi riscontrabili nelle costituzioni programmatiche. Quanto a Giuliano si ricordi in particolare *const. Tanta*, 18, ove il giurista adrianeo è ricordato come «*legum et edicti perpetui subtilissimus conditor*». Per quanto riguarda Papiniano va ricordato soprattutto che *const. Omnem*, 4 (che lo qualifica *acutissimus, pulcherrimus e maximus*) improntava allo studio delle sue opere il terzo anno del nuovo ordinamento di studi (confermando tra l'altro agli studenti l'appellativo di *Papinianistae*), utilizzando nell'*ordinatio* del Digesto, e in particolare della *tripertita legum singularium dispositio* (corrispondente ai libri XX-XXII), la *bellissima machinatio* di far iniziare appunto con un frammento papiniano i titoli del libro ventesimo, dedicato alla trattazione di pegno e ipoteca (cfr. D. 20.1-6, con la sola eccezione di D. 20.3 che si apriva invece con un frammento di Marciano).

⁵¹ Cfr. sul punto DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 174.

⁵² Per quanto riguarda le citazioni di Ulpiano mi riferisco a C. 5.4.28pr. in cui si fa richiamo a una *dubitatio* riscontrata nella sua opera (*apud Ulpianum quaerebatur*) e a C. 7.2.15.1a ove invece si condivide la *sententia* del giurista sebbene in contrasto con quanto deciso da una costituzione di Settimio Severo (sul punto, cfr. già il mio *La legislazione imperiale* cit. in specie 393, nt. 79). Le *quaestiones* che si dicono rilevate in *libris Sabinianis* (o *ex libris Sabinianis*) sono invece quelle ricordate e risolte nei testi riportati in C. 3.34.14 (che dalla *subscriptio* risalirebbe al 531, ma che Krüger, *Editio maior*, 284, nt. 1 propone di datare invece al 532) e in C. 7.32.12.

attendere fino al 534 per trovare un'altra citazione giurisprudenziale, tra l'altro la più recente di quelle contenute nel *Codex repetitae praelectionis* e ancora una volta riguardante Ulpiano⁵³.

6. L'attenzione per l'opera della giurisprudenza appare avere matrici diverse se si raffrontano il tipo e la qualità delle citazioni inserite nelle costituzioni del Codice e quelle invece contenute nelle Istituzioni. In queste ultime risulta rappresentata in modo abbastanza significativo la giurisprudenza repubblicana, cui i compilatori si riferiscono in tre casi (richiamando un'opinione di Catone, la definizione di tutela di Servio, nonché la famosa controversia tra Quinto Mucio e lo stesso Servio in materia di società)⁵⁴, laddove invece non altrettanto si può dire della legislazione giustiniana inserita nel secondo Codice, in cui, al contrario, non è dato riscontrare neppure una citazione che riguardi giuristi dell'epoca repubblicana e quindi precedenti all'epoca classica⁵⁵.

Sulla questione, v. ancora le mie *Nuove ricerche* cit., 259 s. e nt. 290. Nella più recente letteratura, propende per la datazione di tutti i provvedimenti richiamati al 532 DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 172.

⁵³ Si tratta di C. 6.51.1, cioè della costituzione con cui vennero abrogate le disposizioni caducarie previste dalla *lex Papia*; il riferimento a Ulpiano è contenuto nel § 9 nel quale viene fatta risalire al giurista tardoclassico – indicato come *summi ingenii vir* e le cui scelte vengono esplicitamente apprezzate e condivise dal legislatore (... *non ineleganter... cum omni subtilitate disposit...*) – l'articolata disciplina prevista dai giustiniani riguardo alla ripartizione degli oneri in caso di lucro di lasciti altrui. Si vedano al riguardo le mie *Nuove ricerche* cit., 260 e nt. 291.

⁵⁴ I passi in questione sono I. 1.11.12, I. 1.13.1, I. 3.25.2 e le citazioni che contengono hanno origine eterogenea e rispondono a diverse finalità espositive. Se la prima è funzionale alla scelta normativa compiuta dai giustiniani in C. 7.6.1.10 ed è certamente da attribuirsi ai compilatori, le altre due, riprese rispettivamente dai *libri ad edictum* di Paolo (cfr. D. 26.1.1pr.) e dalle Istituzioni di Gaio (v. Gai. 3.149), sembrano poter documentare la specifica volontà dei compilatori di conservare sul piano storico una continuità con il passato anche meno recente, continuità non a caso perseguita – al di là dei due specifici contesti in cui le opinioni di Servio e di Quinto Mucio si collocano – attraverso il ricordo (che direi in questo caso non possa certamente ritenersi frutto di una recezione acritica nel testo istituzionale di una citazione che si riscontrava nella fonte utilizzata) dei due giuristi certamente più significativi dell'ultima epoca repubblicana. Va inoltre notato che un'ulteriore occasione di citare il punto di vista di Servio non è invece sfruttata in I. 3.26.6, dove si ricorda, a differenza del modello gaiano, la sola opinione di Sabino, contrapposta a quella del giurista repubblicano e condivisa dai giustiniani. Altrettanto avviene in I. 3.29.3 in cui viene nuovamente eliminata l'opinione di Servio ricordata invece in Gai. 3.179. Altre occasioni mancate sono quelle che – sia pure su un piano ormai prevalentemente storico – erano fornite da Gai. 1.188, a proposito della divergenza tra Quinto Mucio, Servio e Labeone riguardo all'individuazione e alla classificazione dei *genera tutelorum*, e da Gai. 3.183, a proposito della differenza di opinioni tra Servio, Sabino e ancora Labeone riguardo invece ai *genera furtorum*.

⁵⁵ Forse l'unica citazione della più antica giurisprudenza di cui può ritenersi almeno teori-

Del resto anche in quest'ultimo ambito è dato rilevare consistenti differenze se si osserva che a giuristi protoclassici sono dedicate nelle Istituzioni ben nove citazioni (che riguardano una Trebazio e Labeone, tre Sabino, una Cassio da solo, due Sabino e Cassio insieme in un caso contrapposti a Proculo, una i Sabiniani e i Proculiani e infine una Atilicino)⁵⁶, quando invece nella legislazione imperiale, se si eccettuano alcuni riferimenti a questioni che si dicono riscontrate *in libris Sabinianis* (espressione che peraltro intende evidentemente richiamare le opere di commento al *ius civile*, in cui i compilatori avevano riscontrato dubbi interpretativi poi autoritativamente risolti dalla cancelleria)⁵⁷, sono appena due le citazioni che riguardano la più antica giurisprudenza classica ed entrambe riferite a Sabino o comunque alla sua scuola⁵⁸. Nelle Istituzioni appare del resto ancora ben rappre-

camente possibile la presenza nella legislazione giustiniana è semmai proprio quella di Catone (cfr. I. 1.11.12), almeno se si accede all'ipotesi che la mancata menzione dell'opinione del giurista nel testo di C. 7.6.1.10, trattandosi tra l'altro di una delle *constitutiones ad commodum*, sia da attribuirsi a un taglio compilatorio e non piuttosto a una omissione della stessa cancelleria imperiale al momento della redazione del testo in questione.

⁵⁶ Si tratta di I. 2.25pr.; I. 2.20.36; I. 3.26.6; I. 4.3.15; I. 3.24.4; I. 3.23.2; I. 3.26.8; I. 2.1.25; I. 2.14pr. Sono citazioni che in larga misura dipendono dalle Istituzioni gaiane (cfr. I. 2.20.36; I. 3.26.6; I. 4.3.15; I. 3.24.4; I. 3.23.2; I. 3.26.8) o dalle *res cottidianae* (v. I. 2.1.25). Solo alcune hanno peraltro l'esclusiva funzione di illustrare – confrontandole con l'autorità degli antichi – le scelte normative compiute dai compilatori (v. I. 3.26.6 e I. 4.3.15 che accolgono l'opinione di Sabino; I. 2.14pr. che segue Atilicino contro l'opinione della maggioranza), mentre altre prendono piuttosto posizione su controversie tra Sabiniani e Proculiani (cfr. I. 3.23.2, I. 3.26.8, I. 2.1.25 che o condividono la posizione proculiana o scelgono, come nel caso della specificazione, una *media via*). Un caso particolare è quello di I. 2.20.36 in cui la posizione di Sabino viene rigettata perché superata da una recente riforma giustiniana (v. C. 6.41.1). Rilevano invece su un piano di prevalente ricostruzione storica le citazioni di Trebazio e Labeone in I. 2.25pr. e quella di Cassio in I. 3.24.4.

⁵⁷ Mi riferisco alle già ricordate C. 3.33.17 (a. 531), C. 3.34.14 (a. 531-532) e C. 7.32.12 (a. 531-532), tre costituzioni con cui la cancelleria, forse nel quadro delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (per C. 3.33.17 v. già DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la Compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 [1914] 23 e ss.), risolve alcune questioni che si dicono appunto riferite *ex libris Sabinianis* o incontrate *in libris Sabinianis*. Il richiamo è evidentemente a questioni che si erano individuate nello spoglio dei materiali classici durante la compilazione del Digesto e più precisamente, come è ovvio, nella lettura delle trattazioni del *ius civile* (o anzi, più specificamente, dei commentari *ad Sabinum*). Un caso analogo è anche quello di C. 6.40.3.2 in cui figura l'espressione *apud Iulianum in libris Sabinianis*.

⁵⁸ Si tratta più precisamente di C. 6.26.10 (a. 531) in cui si accoglie una opinione di Sabino in materia di sostituzione ereditaria di figli impuberi e di C. 6.29.3 (a. 530), una *decisio* in cui la cancelleria accetta – in presenza di diverse opinioni – il punto di vista dei Sabiniani con riferimento a una questione riguardante la rottura del testamento nel caso di sopravvenienza del postumo nato vivo, purché non fosse di fattezze mostruose (sul testo cfr. per tutti, D. *DALLA, Status e rilevanza dell'“ostentum”*, in *Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino*, 2, Napoli 1984, 530 s. [= *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, 43 s.]).

sentata, se vista nel suo insieme, anche la giurisprudenza medioclassica ai cui esponenti, se pure si eccettua Giuliano, si fa riferimento in ben sei circostanze (Celso, due volte Marcello, Pomponio, Gaio e Cervidio Scevola)⁵⁹. Un discorso a parte va poi fatto proprio per le citazioni giulianee, che sono complessivamente ben nove e quindi particolarmente significative sul piano quantitativo, sebbene siano tutte – anche se per una si potrebbe forse manifestare qualche riserva – riconducibili ai modelli utilizzati dai compilatori⁶⁰.

A fronte di questo articolato quadro si oppongono, nella legislazione imperiale, appena tre citazioni individuali riferibili a giuristi di quest'epoca (e più precisamente due di Giuliano e una di Celso), cui si devono aggiungere altri due casi nei quali si ricordano discussioni giurisprudenziali che coinvolgevano però insieme giuristi medioclassici e tardoclassici⁶¹. Diversamente nelle Istituzioni, se si eccettuano le sette citazioni di Papiniano⁶², è quasi del tutto assente la giurisprudenza dell'epoca tardoclassica, circostanza questa tanto più significativa se si ponga attenzione al fatto che non figura mai nel testo istituzionale il nome di Ulpiano, mentre quello di Pao-

⁵⁹ Cfr. I. 2.20.12 (che cita Celso); I. 1.4pr. e I. 2.5.5 (che citano Marcello); I. 2.10.5 (che menziona Pomponio); I. 4.18.5 (che riguarda Gaio); I. 1.25.16 (attinente a Cervidio Scevola); in questo gruppo risultano particolarmente significative – perché introdotte autonomamente dai compilatori – le citazioni di I. 2.5.5 e di I. 4.18.5. Un caso particolare risulta invece quello di I. 1.4pr. in quanto la citazione di Marcello figura appunto solo nel testo istituzionale, ma non nel corrispondente passo del Digesto (sul punto, v. le mie *Nuove ricerche* cit., 182 e ss. e 263, nt. 299).

⁶⁰ Le citazioni giulianee ricorrono in I. 1.10.9; I. 1.26.5; I. 2.1.38; I. 2.20.9; I. 2.20.16; I. 2.20.18; I. 2.20.20; I. 3.8.2; I. 4.5.2. Si tratta di passi che – salvo un paio di casi (che sono quelli di I. 4.5.2 e di I. 2.20.16 [ma in questo caso la menzione di Giuliano manca nel corrispondente passo del Digesto]) – hanno fonte incerta (per I. 1.10.9, v. però le *Nuove ricerche* cit., 199 ss. e nt. 185) e vengono di norma considerati derivare o dalle *res cottidianae* o dalle Istituzioni marcianee (cfr. *ibidem*, 90 e nt. 18), opere che peraltro, per quanto ci è conservato nel Digesto, citano Giuliano ciascuna una sola volta: cfr. rispettivamente D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aur.*), che corrisponde in parte a I. 4.5.2, e D. 28.7.16 (Marcian. 4 *inst.*).

⁶¹ Mi riferisco alle già ricordate C. 4.5.10 (a. 530) – in cui si contrappongono Ulpiano, Marcello e Celso da una parte e Giuliano e Papiniano dall'altra – e a C. 7.7.1 (a. 530) in cui si ricordano le opinioni di Paolo, Ulpiano, Marciano, Africano, Marcello (sul punto cfr. già il mio *La legislazione imperiale* cit., 179 ss.). Come si accennava il solo Giuliano è altresì ricordato in C. 2.18(19).24 (a. 530); C. 3.33.15 (a. 530), mentre a una curiosa opinione di Celso si fa invece riferimento in C. 6.22.10 (a. 531).

⁶² Cfr. a questo proposito I. 1.25.2; I. 1.26.7; I. 2.1.8; I. 2.6.9; I. 2.20.14; I. 2.23.7; I. 2.25.1. Se si eccettuano I. 2.23.7, che è certamente di mano compilatoria e I. 2.1.8 di cui è comprovata la derivazione almeno parziale dalle Istituzioni di Marciano (cfr. D. 1.8.6.3 [Marcian. 3 *inst.*], in cui tuttavia manca la menzione di Papiniano), tutti gli altri passi hanno fonte incerta e sono di norma (cfr. le mie *Nuove ricerche* cit., 90 e nt. 18) fatti derivare dalle Istituzioni di Marciano, che peraltro, in quanto conservatoci nella raccolta di *iura*, citano Papiniano una sola volta: v. D. 28.7.18.1 (Marcian. 7 *inst.*).

lo è menzionato solo per dire che dai suoi libri *ad Plautium* e *ad Sabinum* si era ricavata un'opinione di Atilicino condivisa dai compilatori⁶³.

Al contrario, è proprio alla giurisprudenza tardoclassica che fanno prevalentemente riferimento le citazioni presenti nella legislazione imperiale degli anni 529-534, in cui è possibile il riscontro di numerose citazioni non solo di Papiniano⁶⁴, ma anche di Paolo⁶⁵ e soprattutto di Ulpiano⁶⁶, nonché, in al-

⁶³ Non può dirsi propriamente riferita a Paolo la citazione di I. 2.14pr. in quanto i libri *ad Plautium* e *ad Sabinum* di Paolo vengono menzionati semplicemente per indicare la fonte da cui si era attinta l'opinione di Atilicino citata. Un caso significativo è anche quello di I. 1.25.16 nel quale è ricordato Cervidio Scevola, ma non sono menzionati Paolo e Ulpiano, cui pure Modestino (cfr. D. 27.1.13.2 [Mod. 4 *resp.*]) aveva fatto riferimento accanto a Scevola. La circostanza qui sottolineata, di per sé significativa, trova almeno in parte spiegazione nel fatto che le citazioni riguardanti i due "enciclopedisti" sono, per evidenti ragioni cronologiche, abbastanza infrequenti nelle opere della giurisprudenza classica: testimoni sia pur parziali ne sono i frammenti conservatici nel Digesto da cui si può ricavare che Paolo e Ulpiano sono citati con una qualche continuità solo nelle opere di Modestino e di Macro.

⁶⁴ Mi riferisco a C. 6.25.7(6) (a. 530), C. 6.25.9(8) (a. 531), C. 6.42.30 (a. 529) e C. 7.45.14 (a. 530), tutti testi in cui si recepiscono appunto le soluzioni papiniane, nonché a C. 3.28.35 (a. 531) e C. 6.2.22 (a. 530), in cui le opinioni del giurista vengono invece accettate solo parzialmente (o comunque in una delle versioni espresse dal giurista severiano). In alcuni casi Papiniano viene anche citato in contesti in cui si espongono opinioni di più giuristi, talvolta contrapposte: cfr. C. 6.25.10(9) (a. 531); C. 8.47.48.10 (a. 531); C. 4.5.10 (a. 530). Peraltro solo in quest'ultima costituzione si accoglie l'opinione di Papiniano (e quella di Giuliano), mentre negli altri due casi o vi si aderisce solo in parte (C. 8.47[48].10) o la si rigetta adottando piuttosto una nuova soluzione (C. 6.25.10[9]).

⁶⁵ V. a questo proposito C. 6.30.19 (a. 529), nonché C. 2.55(56).5 (a. 530), C. 3.28.33 (a. 529) e C. 6.58.14 (a. 531), tutti casi in cui l'opinione di Paolo viene rigettata. Il nome di Paolo viene anche ricordato in C. 7.7.1 (a. 530), ma solo per dire che nei *libri fideicommissorum* poteva riscontrarsi la citazione di una costituzione di Settimio Severo e di Antonino Caracalla, nonché un significativo richiamo a Africano; interessante anche la testimonianza di C. 8.47(48).10 (a. 531) ove si dice semplicemente che, a proposito di una famosa *dubitatio* (cfr. il mio *La legislazione imperiale* cit., 67 ss.), Paolo non si era pronunciato. Sul punto, v. anche le *Nuove ricerche* cit., 265 e nt. 305.

⁶⁶ Opinioni di Ulpiano sono citate, per accettarle, in C. 6.49.7 (probabilmente dell'a. 531); C. 6.51.1 (a. 534); C. 7.2.15 (a. 531-532); un principio ricordato dal giurista severiano è invece respinto in C. 6.28.4 (a. 531). Lo stesso Ulpiano viene poi citato talvolta insieme ad altri giuristi: la sua opinione è infatti accolta, contro quella di Modestino, in C. 3.28.36 (a. 531), mentre è rigettata in C. 4.5.10 dell'a. 530 (in cui contro Ulpiano, Celso e Marcello si seguono Papiniano e Giuliano) e in C. 6.25.10(9) dell'a. 531 (ove, dopo aver ricordato le opinioni di Ulpiano e Papiniano, la cancelleria formula una nuova soluzione). Spesso Ulpiano è altresì citato come semplice fonte di notizie e informazioni: v. C. 5.4.25 (a. 530); C. 5.4.28 (a. 531-532); C. 6.26.11 (a. 531); C. 6.40.3 (a. 531); C. 6.46.7(6) (a. 531). Cfr. anche C. 6.24.14 dell'a. 531 (in cui l'opinione dei *veteres*, tra i quali va annoverato anche lo stesso Ulpiano, viene rigettata come *crassior*) e C. 7.7.1 dell'a. 530 (in cui Ulpiano è ricordato insieme ad altri, ma solo per dire che nei suoi *libri fideicommissorum* poteva riscontrarsi la citazione di una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla).

cuni casi, sia pure più sporadici, di Marciano, Modestino e Tertulliano⁶⁷.

Certo le differenze riscontrate sono in parte giustificabili con il fatto che le citazioni giurisprudenziali inserite nel testo istituzionale provenivano essenzialmente dai materiali utilizzati che, ovviamente, appartenendo alla giurisprudenza del medio e tardo principato, contenevano inevitabilmente per lo più richiami alla giurisprudenza meno recente, così come, al contrario, l'elevato numero delle citazioni della giurisprudenza tardoclassica nella legislazione imperiale si spiega certamente con la circostanza che le opere utilizzate per la compilazione del Digesto (e quindi prese particolarmente in considerazione dalla cancelleria nelle *quingenta decisiones* e nelle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*) erano prevalentemente proprio quelle dei giuristi dell'epoca più recente e particolarmente di quella severiana.

Ciò rilevato bisogna altresì riconoscere che le citazioni giurisprudenziali assumono nei due contesti valenze comunque profondamente diverse. Mentre infatti nella legislazione imperiale esse tendono ad avere un carattere eminentemente pratico, in quanto la cancelleria si trova per lo più a compiere scelte tra soluzioni contrapposte, spesso tra l'altro rigettando le opinioni citate e formulando autonome soluzioni normative, nelle Istituzioni è per lo più la sapienza dei giuristi a essere posta al centro dell'attenzione e a giustificare con la sua autorità le soluzioni condivise dai compilatori. In questo quadro non sembrerebbe essere dunque casuale che i giuristi più frequentemente citati nel testo istituzionale siano proprio Giuliano e Papiniano, cioè quelli che tra i classici certamente più di tutti godevano della considerazione e della stima di Triboniano e dei suoi compilatori⁶⁸, circostanza questa che del resto trova, come abbiamo visto, con-

⁶⁷ Un'opinione di Modestino è ricordata, in contrapposizione a quella di Ulpiano, per essere rigettata in C. 3.28.36 (a. 531), così come avviene anche per un'opinione di Marciano menzionata in C. 8.47(48).10 (a. 531). In C. 7.7.1 (a. 530) le Istituzioni di Marciano sono citate per dire che in esse era stato possibile riscontrare una costituzione di Settimio Severo, mentre in C. 5.70.7 (a. 530) viene invece sostanzialmente accettata dalla cancelleria un'opinione ricondotta a Tertulliano. Su quest'ultima costituzione, v. ora, ampiamente, DI MARIA, *La cancelleria imperiale* cit., 54 ss.; EAD., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi* cit., 582 ss.

⁶⁸ Si deve tuttavia ricordare che almeno nelle costituzioni programmatiche, come si è già visto (cfr. in specie *const. Deo auctore*, 5-6) viene attribuita in linea di principio a tutti i giuristi utilizzati nella compilazione pari dignità. È infatti l'*auctoritas* imperiale che conferisce valore ai singoli frammenti escerpiti, ormai svincolati dall'autorità individuale dei rispettivi autori: sul punto, anche con riferimento alla distanza tra la concezione giustiniana e quella postclassica, così come definita dalla legge delle citazioni, cfr. le considerazioni della M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.1, Città di Castello 2001, in specie 182 ss. Sul punto, v. anche le *Nuove ricerche* cit., 266 e nt. 308.

ferma nella stessa legislazione imperiale, ove le soluzioni prospettate dai due giuristi in questione (pur presenti in maniera quantitativamente diversa) vengono per lo più condivise, laddove invece spesso Paolo e Ulpiano (per non citare che i più significativi, almeno sotto il profilo quantitativo) vengono non infrequentemente ricordati semplicemente come fonti di conoscenza di antiche questioni irrisolte o peggio, e questo vale soprattutto per Paolo, per respingerne le opinioni⁶⁹.

In questa prospettiva, assume senz'altro un significato del tutto particolare che Salvio Giuliano venga ricordato nel paragrafo 18 della *const. Tanta* come *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* e compaia altresì per primo, seguito da Papiniano, nell'elenco dell'*index Florentinus*⁷⁰.

Le citazioni contenute nel testo istituzionale, la testimonianza dell'*Index Florentinus* e, soprattutto, le parole con cui la *const. Tanta* si riferisce a

⁶⁹ Quanto a Paolo è interessante notare come anche in *const. Omnem*, 5, emerga una sia pur velata critica nell'affermare che il nuovo ordinamento degli studi del quarto anno avrebbe fornito agli studenti un tesoro di conoscenze ben più ampio di quello ricavabile dalla lettura di diciotto dei ventitré libri dei *responsa* del giurista severiano (per il vecchio ordinamento, cfr. anche *const. Omnem*, 5): ... *pro responsis autem prudentissimi Pauli, quae antea ex libris viginti tribus vix in decem et octo recitabant, per iam expositam confusionem eos legentes, decem libros singulares, qui ex quattuordecim quos antea enumeravimus supersunt, studeant lectitare: multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thesaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis* ... La citazione ulpiana in *const. Cordi*, 3 appare invece semplicemente finalizzata a dare giustificazione alla *repetita praelectio* del Codice, precisando che era uso anche degli antichi pubblicare seconde edizioni delle loro opere, come era appunto dimostrato dai libri *ad Sabinum* di Ulpiano (definito a sua volta, come già Paolo in *const. Omnem*, 5, *vir prudentissimus*).

⁷⁰ *Const. Tanta*, 18: *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. si quid igitur tale contigerit, Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere. et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniat, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutus est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.* L'opinione dominante circa la codificazione dell'editto a opera di Salvio Giuliano è stata recentemente posta in discussione da F. CANCELLI, *La codificazione dell'edictum praetoris. Dogma romanistico*, Milano 2010, *passim*. Per un'approfondita discussione della letteratura e alcuni argomenti a favore dell'orientamento tradizionale, v. tuttavia, recentemente, E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 17 ss.; ID., *Giuliano e l'applicazione del Senatoconsulto Macedoniano*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen* cit., 435 ss. Su *const. Tanta*, 18 e sulla citazione di Salvio Giuliano ivi contenuta, cfr. altresì L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 2012², 205 ss.

Salvio Giuliano, permettono forse di ritenere che proprio quest'ultimo, più di tutti, costituisse per Triboniano un esempio da seguire e cui conformarsi. Agli occhi del *quaestor sacri palatii*, che aveva a sua volta concepito e realizzato il *Sanctissimum templum iustitiae*, era proprio il *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* che costituiva il rappresentante più perfetto della sapienza degli antichi destinata a essere perpetuata nell'opera realizzata dai giustiniane. La figura di Giuliano assurgeva così a una sorta di modello di legislatore/codificatore cui Triboniano intendeva in qualche modo rapportarsi, forse anche al fine di evidenziare, rinnovandolo, quel legame, considerato virtuoso, tra giurista e principe che aveva caratterizzato l'opera del giurista adrianeo e che ora lui stesso intendeva riproporre, in tutta la sua potenza evocativa, nel momento in cui la raccolta dei *iura* vedeva la luce. Il mondo dei classici in questo modo tornava a nuova vita, destinato a sopravvivere per sempre attraverso la compilazione giustiniana. Anche e soprattutto in questo è dato riscontrare la grande distanza tra il disegno triboniano e la concezione che dei giuristi si era avuta nell'epoca tardoantica.

II

GENEALOGIE E DISTANZE: SPOSTAMENTI, RIUSI, CONFINI

L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO ROMANO NELLA FRANCIA DEL XVIII SEC.: UN DECLINO?

Jean-Louis Halpérin

SOMMARIO: 1. Un orientamento fortemente storico dello studio del diritto romano. –
2. Un passaggio verso la semplificazione dell'insegnamento del diritto romano.

«La maggioranza degli autori che censura il diritto romano in modo tanto amaro quanto superficiale, finisce con l'offendere ciò che ignora»: questa sentenza di Portalis nel *Discorso preliminare* del Codice civile¹ era diventata un luogo comune nella Francia del XVIII secolo. L'espressione su chi «offende ciò che ignora» viene da D'Aguesseau, il quale la impiega per le «menti forti» che denigrano lo studio della religione nell'*Instruction sur les études propres à former un magistrat*, scritto per il figlio nel 1716². Rispetto al diritto romano, molti giuristi francesi del XVIII secolo rimproveravano ai «destruttori del diritto romano» di essere mossi più da pigrizia e ignoranza che da una riflessione ponderata: ritroviamo parole pressoché identiche nell'*Histoire du droit romain* di Claude-Joseph de Ferrière³, nelle *Pandette* di Pothier⁴ e nel *Commentaire de la loi des XII Tables* di Bouchaud⁵.

¹F. Ewald (dir.), *Naissance du Code civil*, Parigi 1989, 51. Trad. italiana: J.-É.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di Codice civile*, Napoli-Roma 2013, trad. di R. Calvo, 46.

²HENRI-FRANÇOIS D'AGUESSEAU, *Œuvres*, Parigi, Napoléon Chaix, 1865, t. 2, 56.

³CLAUDE-JOSEPH DE FERRIERE, *Histoire du droit romain*, Parigi, Saugrain, 1734, 2^e éd., 400.

⁴Delle *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* di Pothier, pubblicato tra il 1748 e il 1752, citiamo la traduzione francese di P.-A.-S. DE BREARD NEUVILLE, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, Parigi, De Dondey-Dupré, 1817-1823, t. II, 103, 113. Trad. italiana: R.G. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano riordinate da R.G. Pothier*, 1833-1836.

⁵MATHIEU-ANTOINE BOUCHAUD, *Commentaire de la loi des Douze Tables*, Parigi, Moutard, 1787, 28.

L'idea che il diritto romano e lo studio che se ne faceva fossero caduti in discredito nella Francia del XVIII secolo non si limita ai filosofi, apparentemente presi di mira come detrattori del diritto romano. Questa convinzione si è poi estesa agli stessi giuristi, soprattutto in seguito al severo giudizio espresso nel 1814 da Thibaut (che definisce l'idolatria di Pothier da parte dei francesi un segno di barbarie⁶) e da Savigny (nel *Vom Beruf*)⁷ sullo stato della scienza giuridica in Francia nel periodo in cui prendevano forma le codificazioni: una scienza che, per il diritto romano, si ridurrebbe alla «fiaccola» di Pothier, unico e solo in mezzo a menti mediocri che avrebbero pubblicato delle «assurdità» sul diritto romano. Il fatto che Savigny citi, come esempio di tali assurdità, gravi errori che confondono giuristi romani e moderni in un'opera di Desquiron del 1807 sul Codice Napoleonico (*L'Esprit des Institutes de l'empereur Justinien conféré avec les principes du Code Napoléon*) ci porta tuttavia a essere cauti con le generalizzazioni frettolose. Allo stesso modo, la ripetizione – praticamente negli stessi termini – delle risposte date ai «detrattori del diritto romano» indica che forse quel luogo comune non si basava su un'osservazione scientifica della realtà dello studio del diritto romano nella Francia del XVIII secolo. Denunciando gli abusi dell'osservanza per quanto riguardava la legislazione imperiale, i filosofi non avevano fatto altro che riprendere un vecchio tema dell'antitribonianismo risalente a Hotman⁸. E possiamo davvero considerare rivali del diritto romano Montesquieu, Boucher d'Argis o Bouchaud, che collaborarono all'Enciclopedia e si mostrarono molto più severi nei confronti del diritto consuetudinario?

Viste tali circostanze, ci è sembrato utile tornare sulla questione dell'effettiva veridicità di un declino della scienza francese del diritto romano, che è anche un giudizio di valore sulla presunta assenza di posterì di Cujas. Se da un lato è possibile appoggiarsi sulle opere dedicate ai romanisti francesi del XVIII secolo⁹, dall'altro non v'è alcuna informazione negli archivi

⁶ W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1977, 13 (Thibaut utilizza quest'espressione nella recensione all'opera di Rehberg sul Codice Napoleonico nel 1814).

⁷ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, PUF, coll. «Léviathan», trad. fr. Alfred Dufour, Parigi 2006, 80. Trad. italiana di M. Peretti: F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Bologna 1968.

⁸ X. PREVOST, *Jacques Cujas (1522-1590), juriconsulte humaniste*, Ginevra 2015, 291.

⁹ G. ANTONETTI, *Traditionalistes et novateurs à la Faculté des droits de Paris au XVIII^e siècle*, in *AHFD* (1986) 37-50; J. DAVID-MOREAU, *Claude-Joseph de Ferrière, un précurseur?*, in *Histoire de l'histoire du droit*, Tolosa 2006, 97-109; A. VERGNE, *Antoine Terrasson (1705-1782)*, *Un*

sul contenuto dei corsi di diritto romano tenuti nelle facoltà di giurisprudenza francesi, fatta eccezione per i manoscritti di uno dei figli del procuratore generale Joly de Fleury che citeremo più avanti¹⁰. Eppure il ruolo dei professori, che si trattasse di diritto romano, di diritto canonico o di diritto francese (questi ultimi a partire dal 1679), è stato fondamentale per mantenere e sviluppare una scienza del diritto romano in Francia nel corso del XVIII secolo. Ci troviamo così costretti a privilegiare i libri stampati e a scegliere, partendo dalla fine del XVII secolo, i cinque autori francesi menzionati più di frequente per le loro ricerche sulla storia del diritto romano: Jean Doujat, Claude-Joseph de Ferrière, Robert-Joseph Pothier, Antoine Terrasson e Mathieu-Antoine Bouchaud. Desterà forse stupore il non aver inserito Domat in questa lista ma le sue *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689) appartengono a un genere diverso, che non rientra soltanto nella sfera del diritto romano e non è direttamente collegato all'insegnamento¹¹. Al contrario, i nostri autori erano tutti e cinque professori in facoltà di giurisprudenza o ricercatori al Collège royal (come Terrasson, mentre Doujat e Bouchaud vantavano entrambi i ruoli). Quattro di loro sono collegati in qualche modo con il cancelliere D'Aguesseau: Doujat, il più vecchio, viene menzionato da D'Aguesseau, che ne raccomanda peraltro la lettura al figlio; Ferrière, decano dei professori di Parigi, conosce il cancelliere di persona; Pothier e Terrasson sono incoraggiati da lui a pubblicare le loro opere sul diritto romano. Bouchaud, che è più giovane, fa carriera dopo la morte di D'Aguesseau, ma è vicino al potere regio durante il regno di Luigi XVI.

I nostri cinque autori condividono anche un legame con la riforma dell'insegnamento del diritto attuata, in particolar modo a Parigi, dall'editto del 1679. L'opera di Doujat, *Historia juris civilis Romanorum*, viene pubblicata nel 1678, appena un anno prima dell'editto, di cui preannuncia in un certo senso l'ambizione di rilanciare gli studi di diritto romano a Parigi. Ferrière è dottore-reggente presso la Facoltà di giurisprudenza di Parigi a partire dal 1703, Pothier diventa professore di diritto francese nel 1749, subito dopo aver redatto le *Pandette*. Come possiamo vedere, Doujat scriveva ancora in latino mentre gli altri quattro autori scrivono in francese,

historien du droit romain dans la France des Lumières, in V. Gazeau et J.-M. Augustin (dir.), *Coutumes, doctrine et droit savant*, Parigi 2007, 181-222.

¹⁰ Bnf, Manoscritti Joly de Fleury-2479.

¹¹ D. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696). Du Grand Siècle au Code civil*, tesi in diritto Aix-Marseille III, 2004, in particolare 39 sul limitato numero di riferimenti al diritto romano nel *traité des lois* e 72, 84-89 sulle sue critiche nei confronti di Cujas e delle «sottigliezze del diritto romano».

tenendo ampiamente conto di ciò che hanno affermato i propri predecessori. Partendo dalle loro cinque opere, tutt'altro che irrilevanti, vorremmo far vedere in cosa consiste l'orientamento storico dei romanisti francesi del XVIII secolo (I), e in che modo le mire essenzialmente pedagogiche di questi professori hanno influenzato la scienza del diritto romano nel corso del secolo (II).

1. *Un orientamento fortemente storico dello studio del diritto romano*

Cominciamo con la *Historia juris civilis Romanorum* di Jean Doujat, sebbene l'autore sia morto nel 1688. Vi è infatti ragione di credere che quest'opera in latino¹², ma di dimensioni modeste (poco più di 180 pagine) – raccomandata da D'Aguesseau a suo figlio – fosse in uso nelle facoltà di legge nel XVIII secolo e abbia potuto costituire un modello per i testi esaminati di seguito in quest'analisi. Le intenzioni dell'autore (dottore-reggente dal 1655 che conosceva sette lingue ed era lo storiografo del re¹³) sono espresse con chiarezza nel titolo e nella prefazione: ricostruire l'origine e i progressi del diritto romano per dimostrarne l'autorità e l'utilità relative al diritto francese, il quale deriverebbe quasi interamente da fonti romane stando alla dedica al cancelliere Michel Le Tellier. Secondo Doujat, presso qualsiasi popolo esiste un diritto (*jus aliquod apud omnes gentes in usu*), è la natura che lo istituisce e persino le nazioni ignare di Dio ne avevano uno, senza magari esserne consapevoli. Sebbene citi, a questo proposito, il *De Legibus* di Cicerone e partecipi così alla leggenda che attribuisce all'arpinate la paternità del principio «*ubi societas, ibi jus*», Doujat si ispira probabilmente di più ad Althusius, Vinnen e Grozio, che menziona più avanti tra gli interpreti del diritto romano¹⁴. In maniera molto più esplicita di quanto non avvenga, nello stesso periodo, con Domat, troviamo qui la dimostrazione dell'influenza esercitata dalle teorie moderne del diritto naturale. Questa rapida illustrazione filosofica, che non proviene da Pomponio, serve a Doujat per dire che i romani si sono distinti nella scoperta delle norme di diritto e che le loro leggi sono sopravvissute alla caduta dell'Impero, e anche tra i turchi secondo la testimonianza di Leun-

¹² JOHANNES DOUJATIUS (o DOUJAT), *Historia juris civilis Romanorum*, Parigi, J. de la Caille, 1678.

¹³ P. BONIN, V° *Doujat*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Parigi 2015², 344.

¹⁴ DOUJAT, *Historia juris civilis Romanorum* cit., 3 e 106.

clavius¹⁵. Ne consegue il bisogno di conoscere bene la storia del diritto romano, che è passata attraverso diverse mutazioni nel contatto con quelle della Repubblica. Col suo stile laconico e diretto, Doujat scrive che «le ragioni alla base della giurisprudenza romana non erano sempre le stesse», una bella ammissione di quanto sia semplicistico considerare il diritto romano come un blocco omogeneo¹⁶.

Seguendo un ordine cronologico, i capitoli successivi affrontano: l'età regia, con un'illustrazione didattica del sistema dei comizi centuriati e un riferimento al *ius Papirianum* (per cui l'autore rimanda i lettori alla storia di Valentinus Forsterus, professore a Wittenberg all'inizio del XVII secolo); l'età repubblicana, con la storia delle dodici Tavole legata alla secessione della plebe (rimandando a Cujas su questo punto¹⁷) e al racconto dell'ambasciata in Grecia per raccogliere le leggi di Solone (rimandando stavolta i lettori a Jacques Godefroy per la ricostruzione delle dodici Tavole¹⁸); infine l'età imperiale, in cui pone l'accento sul *ius respondendi* a partire da Augusto, sui diversi tipi di costituzione degli imperatori, sui codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, per poi concludere con il codice giustiniano (un resoconto sulla sua compilazione e sulle varie edizioni simile a quelli che facciamo oggi per gli studenti di primo anno). In quaranta pagine circa, questa concisa storia del diritto romano cita non soltanto Cujas e Godefroy, ma anche collezioni di eruditi del XVI secolo come Fulvio Ursino (Orsini) e Antonio Agustín. Notevole è altresì l'interesse di Doujat per il diritto bizantino, cui dedica un capitolo di sedici pagine che introduce ai Basilici e alla collezione di Harmenopoulos. Doujat prosegue il racconto storico dell'influenza del diritto romano in Occidente evocando le leggi barbariche, i capitolari e la riscoperta del diritto romano, cogliendo l'occasione per spiegare ai lettori le abbreviazioni che si trovano negli scritti dei Glossatori¹⁹.

Facendo risalire agli anni 1150 gli inizi dell'insegnamento del diritto romano a Parigi (che corrisponde alle nostre attuali conoscenze), Doujat elogia i re, molto cristiani, per aver autorizzato l'uso del diritto romano in Francia, accennando rapidamente alla decretale *Super specula*, e lascia intuire il suo favore per gli autori che difendono l'idea del diritto romano come diritto

¹⁵ *Ibid.*, 3-4.

¹⁶ *Ibid.*, 4.

¹⁷ *Ibid.*, 9.

¹⁸ *Ibid.*, 11.

¹⁹ *Ibid.*, 67-68.

comune della Francia²⁰. L'opera comprende, negli ultimi capitoli, una vita di Giustiniano, un elenco dei commentatori del diritto romano, e per finire alcune liste di titoli delle Istituzioni, del Digesto e del Codice.

Se facciamo un confronto con l'*Histoire du droit romain* di Claude-Joseph de Ferrière – la cui prima edizione appare quarant'anni dopo, nel 1718 (citiamo l'edizione del 1734, accresciuta di oltre un terzo, come dice l'autore) – le somiglianze sono sorprendenti, nonostante il passaggio alla lingua francese e a un formato molto più ampio di quasi cinquecento pagine. Il titolo completo di Ferrière parla, come quello di Doujat, delle origini, dei progressi del diritto romano, dell'uso che ne viene fatto in Francia, della «sua eccellenza e della maniera di studiarlo». Nel discorso introduttivo, Ferrière spiega che «non si può conoscere una scienza senza studiarne l'origine e i progressi», che il diritto romano ha subito dei cambiamenti, e che questi cambiamenti sono legati ai diversi tipi di governo conosciuti dal popolo romano²¹. L'insistenza sul nesso tra le leggi romane e le forme del governo, già menzionato da Doujat, diventa qui un tema centrale, molti decenni prima di Montesquieu e de *Lo spirito delle leggi*. Il resoconto storico che segue è ben più sviluppato rispetto a Doujat, perché Ferrière si abbandona senza indugio alla narrazione figurata, senz'altro per attirare l'attenzione dei suoi studenti lettori: Romolo vi viene descritto come un «principe attivo, duro, austero, spietato e persino barbaro» e le turpitudini di Tarquinio il Superbo nei confronti di Lucrezia sono realmente inscenate²². Questo aspetto narrativo non preclude tuttavia delle prese di posizione più scientifiche: Ferrière ritiene, a differenza di Doujat, che il *Ius Papirianum* fosse stato abrogato (o conservato soltanto nell'uso, il che spiegherebbe l'assenza delle sue tracce nei libri di diritto dei romani)²³, vede anch'egli un'influenza delle leggi greche sulle dodici Tavole e presenta l'opera dei giureconsulti come un «Diritto ad uso del foro o Diritto introdotto dalla consuetudine», poiché l'«eccessiva precisione» della legge delle dodici Tavole l'avrebbe resa oscura²⁴. Ferrière non ha paura di affermare che i giuristi disponevano di «beni di fortuna», e ciò spiegherebbe il loro zelo nell'interpretare il diritto a vantaggio dei difensori²⁵. Allo stesso modo

²⁰ *Ibid.*, 79-85.

²¹ CLAUDE-JOSEPH DE FERRIERE, *Histoire du droit romain* cit., 2-3.

²² *Ibid.*, 12 et 16.

²³ *Ibid.*, 18.

²⁴ *Ibid.*, 38 et 48.

²⁵ *Ibid.*, 49.

difende anche Giustiniano, come uomo, dagli autori che l'hanno calunniato²⁶. Basandosi sulle opere di Cujas e di Jacques Godefroy, Ferrière sostiene inoltre le scelte selettive di Triboniano nella codificazione, ritenendo (e qui ricorda Domat) che il buon Dio «si è servito del ministero di tanti pessimi principi»²⁷. Ciò non gli impedisce di concordare con Doujat quando afferma che i compilatori hanno lavorato troppo in fretta e falsificato un certo numero di testi, come avevano constatato Hotman e Cujas²⁸. Eppure Alciato e Hotman sono accusati di essere troppo critici nei confronti della compilazione giustiniana, e qui Ferrière conclude dicendo che non bisogna rimpiangere che molte leggi imperiali siano andate perdute²⁹. Meno preciso rispetto a Doujat sulle edizioni del Digesto e delle Novelle, Ferrière insiste sull'importanza delle Istituzioni, «capolavoro nel suo genere, che non leggeremo né studieremo mai abbastanza»³⁰. Riprende la storia della riscoperta del diritto romano – attribuendo a Irnerio un'origine tedesca e un passaggio da Costantinopoli³¹ – e si dimostra più originale quando interpreta la bolla *Super specula* come una bolla che si applicava soltanto agli ecclesiastici. Afferma con audacia che «l'esercizio pubblico dello studio del diritto romano non fu affatto interrotto», nemmeno dopo l'ordinanza di Blois del 1579, nella «prima università del regno»³². Ferrière si era chiaramente impegnato a far valere una tradizione dell'insegnamento del diritto romano a Parigi, di cui era lui stesso erede, sempre pronto a esaltare il diritto romano come diritto comune della Francia e a promuoverne l'insegnamento per il quale raccomandava (come Doujat, che non viene mai menzionato) le note di Vinnen sul Digesto.

Molti tratti in comune tra le opere di Doujat e di Ferrière si ritrovano anche nella prefazione o prolegomeni di Pothier alle sue Pandette in latino (*Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, 3 vol. in folio, 1748-1752). In un'opera destinata a presentare tutto il Digesto con una riorganizzazione interna dei paragrafi all'interno dei titoli, la parte storica che si trova nei prolegomeni è chiaramente più limitata. Tanto più che Pothier ostenta modestia, confessando la sua «debolezza» e i prestiti presi da in-

²⁶ *Ibid.*, 153.

²⁷ *Ibid.*, 248.

²⁸ *Ibid.*, 259-260.

²⁹ *Ibid.*, 169.

³⁰ *Ibid.*, 284.

³¹ *Ibid.*, 314.

³² *Ibid.*, 346-364. A proposito di questa tesi J. KRYNEN, *Le Théâtre juridique*, Paris 2018, 63-72.

terpreti più esperti di lui³³. Come i suoi predecessori, Pothier parte dalle origini, quando Roma non aveva né leggi né diritti certi, si appoggia su Cujas per sostenere che l'intero diritto regale fu abrogato all'inizio della Repubblica, riprende il racconto dell'ambasciata in Grecia per preparare le leggi delle dodici Tavole, una specie di «corpus di diritto» che i bambini imparavano a memoria e che Cicerone poneva al di sopra della filosofia. Pothier si rifà anche lui a Jacques Godefroy per la ricostituzione della legge decemvirale³⁴. Di fatto, Pothier non descrive le regole delle dodici Tavole, ma insiste sulla procedura delle *legis actiones* che associa alla «grossolanità dei primi Romani» – citando Gravina – e al predominio dei patrizi, gelosi del proprio potere³⁵. Illustra in modo piuttosto esauriente le caratteristiche dell'editto del pretore e critica un'interpretazione di Accursio su di esso³⁶. A differenza di Ferrière, Pothier pensa che Augusto avesse riservato al sovrano il diritto di autorizzare i giureconsulti a rispondere, ed è il primo dei nostri giuristi francesi a fare riferimento a Heineccius a questo proposito³⁷. L'analisi dei giuristi romani (parte delle cui opere sarebbe sparita dopo la redazione del Digesto, e Pothier ammette la propria ignoranza riguardo all'interrogativo se sia stato Giustiniano o meno a farli bruciare)³⁸ occupa oltre trecento pagine dei prolegomeni, in cui ci dà qualche cenno su ciascuno dei *prudentes* e ne elogia la misura³⁹. Per la storia della compilazione giustiniana, Pothier si attiene alla Vulgata (per esempio su Irnerio⁴⁰), ma tiene conto dei progressi dell'erudizione citando Wissenbach⁴¹, Gravina, Vinnen e più volte Heineccius nel secondo volume dell'edizione francese.

L'*Histoire de la Jurisprudence romaine* di Terrasson⁴² si rivela molto più originale. Rivendicando in qualche modo il proprio autodidattismo, poiché decide di esplorare il diritto romano come una terra straniera fin dai tempi dei suoi studi (ritenuti deludenti) di diritto, Terrasson riprende sicuramente le ambizioni dei suoi predecessori (cita Doujat, Domat e Ferrière, men-

³³ POTHIER, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, trad. fr. Bréard-Neuville, vol. 1, 497. Trad. italiana: *Le pandette di Giustiniano* cit.

³⁴ *Ibid.*, 79-93.

³⁵ *Ibid.*, 99-103.

³⁶ *Ibid.*, 127.

³⁷ *Ibid.*, 151.

³⁸ *Ibid.*, 159.

³⁹ *Ibid.*, 493.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. 2, 85.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 2, 67.

⁴² ANTOINE TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Parigi, Cavalier, 1750.

tre sembra non essere venuto a conoscenza di Pothier, senz'altro ancora troppo recente nel 1750)⁴³, ma estende la ricerca delle origini ai popoli che hanno preceduto i romani (in particolare gli ebrei e i greci⁴⁴) e intende approfondire l'indagine storica su vari punti. Riguardo al «*ius Papirianum*», dopo aver citato undici giureconsulti (fino a Gravina)⁴⁵, propone la sua scelta di 36 leggi (alle quali aggiunge alcuni testi in lingua osca), mostrandosi «un po' dubbioso rispetto alle prove», desunte dall'autorevolezza degli autori romani. Sviluppa in particolare una controversia sui prestiti dalla Grecia operati dai redattori della legge delle dodici Tavole. Dopo aver menzionato, per poi rigettarle, le tesi di Vico che negano la veridicità di quell'ambasciata, Terrasson si oppone ai tre saggi sulla legge decemvirale redatti da Bonamy dal 1735 al 1737 per l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres che minimizzavano il contributo greco nella redazione della legge⁴⁶. Terrasson, al contrario, sottolinea l'importanza di quei prestiti dalle leggi greche e ritiene che ci sia «ancora da fare» per stabilire, basandosi su autorità «positive», il testo originario della legge romana⁴⁷. Sviluppa la sua teoria per oltre cento pagine, pubblicando in totale 105 leggi collegate alle dodici Tavole, argomento a cui consacra molto più spazio di quanto non dedichi all'elenco dei giureconsulti o alle compilazioni giustiniane. Un altro aspetto originale di Terrasson è l'aver prolungato la disamina degli interpreti del diritto romano fino alla sua epoca, concludendo con Claude-Joseph de Ferrière, morto nel 1747. In compenso, Heineccius non viene citato in questa *Storia* molto sbilanciata in favore della legge delle dodici Tavole.

Il codice decemvirale è l'oggetto esclusivo dell'opera di Bouchaud che chiude la nostra serie nel 1787. Convinto come Terrasson che «restano molte cose da chiarire» su quella legge⁴⁸, Bouchaud spinge ancora oltre la vena antiquaria criticando Thomasius – annoverato tra i detrattori del diritto romano⁴⁹ – e rifacendosi alle opere del «dotto» Heineccius, di Hofmann (forse superiore a Heineccius, scrive⁵⁰), di Evrard Otton (professore

⁴³ *Ibid.*, 479-481.

⁴⁴ *Ibid.*, 4-8.

⁴⁵ *Ibid.*, 21.

⁴⁶ A. VERGNE, cit., 210-211.

⁴⁷ ANTOINE TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine* cit., 78-89.

⁴⁸ MATHIEU-ANTOINE BOUCHAUD, *Commentaire de la loi des Douze Tables* cit., VII.

⁴⁹ *Ibid.*, 20.

⁵⁰ *Ibid.*, 203. Si tratta di Christian Gottfried Hofmann, professore a Lipsia, poi a Francoforte sull'Oder, autore di una *Historia iuris Romano-Justinianaei*, Lipsia 1718-1726. Questa citazione

a Utrecht, autore di un saggio sull'argomento nel 1733) e di Bynkershoek (che scrive Bynchershoek⁵¹), come anche a quelle degli interpreti più antichi, da Jacques Godefroy a Gravina. Cita il «sistema di M. Bonami (sic)» per confutarlo⁵². Ciò non impedisce tuttavia a Bouchaud di imitare lo stile narrativo di Ferrière, ad esempio quando parla del «corpo insanguinato di Virginia» come di un «segnale della ribellione» della plebe⁵³. Forse per rispondere a Terrasson, Bouchaud pone il problema di sapere «se si possa far risalire l'origine della legge delle dodici Tavole fino a Mosé» e giunge alla conclusione che non è possibile immaginare un contatto tra i romani e gli ebrei a quell'epoca⁵⁴. Secondo Bouchaud, i punti in comune – come quelli individuati da Grozio – tra le leggi di Atene e le leggi di Mosé sarebbero dovuti esclusivamente al parallelismo degli insegnamenti della ragione naturale. Giustificando la sua monografia, che per più di 600 pagine illustra ciascuna delle regole contenute nelle dodici Tavole, Bouchaud conferma le scelte degli autori francesi che l'hanno preceduto nello spiegare il diritto attraverso le sue origini⁵⁵. Se è vero che quest'opera si pone un obiettivo molto meno didattico rispetto alle altre, nella dedica al re Bouchaud accenna però alla preparazione di un nuovo piano di studi che pone l'accento sui rapporti e i ravvicinamenti tra diritto romano e diritto francese, alludendo molto probabilmente al progetto di riforma degli studi di diritto affidato dal guardasigilli Miromesnil al primo presidente della Cour des aides Charles-Louis de Barentin nel 1786.

2. *Un passaggio verso la semplificazione dell'insegnamento del diritto romano*

È a partire da questo collegamento tra l'aspirazione a spiegare la storia del diritto romano e il bisogno di fornire materiali utilizzabili dagli studenti, che possiamo ricollocare i nostri cinque autori in un contesto universitario che va oltre la Francia. Le cinque opere prese in considerazione intrattengono difatti rapporti più o meno stretti con l'insegnamento nelle facoltà

testimonia l'esistenza di contatti tra la letteratura francese di diritto romano e la letteratura (in latino) proveniente dalla Germania, che non si limita a Heineccius.

⁵¹ *Ibid.*, 24.

⁵² *Ibid.*, 13.

⁵³ *Ibid.*, 11.

⁵⁴ *Ibid.*, 88-99.

⁵⁵ *Ibid.*, 170.

di giurisprudenza. Il libro di Doujat, dal formato in-ottavo, è il lavoro di un dottore-reggente della facoltà di Parigi, pubblicato un anno prima della riforma del 1679 che ristabilì l'insegnamento del diritto romano in quella facoltà. L'autore aveva forse avuto sentore di quella riforma? Ad ogni modo, vi si lamenta della durata degli studi, reputata troppo breve, poco prima che la riforma del 1679 confermasse la laurea in tre anni⁵⁶. Qualunque fossero state le intenzioni di Doujat, D'Aguesseau definisce la sua opera (accanto al *Manuale juris* di Jacques Godefroy pubblicato in quattro edizioni in formato piccolo dal 1684 al 1806) «corrispondente al metodo scolastico»⁵⁷, non lasciando così alcun dubbio sul suo utilizzo da parte degli studenti. Ciò è ancora più evidente per l'*Histoire du droit romain* di Ferrière, pubblicata in formato piccolo (in-12° nel 1718, in-16° nel 1734) nel periodo in cui il suo autore insegna diritto romano a Parigi. Quando Pothier inizia le sue *Pandette*, non è ancora professore di diritto francese a Orléans ma lo diventerà l'anno seguente (1749), mentre la pubblicazione continuerà fino al 1752, con l'esplicito obiettivo di insegnare il diritto romano ai suoi lettori. Terrasson è l'eccezione che conferma la regola quando parla della sua esperienza «nelle facoltà di legge», dove la lettura delle *Istituzioni* è «estremamente noiosa e antipatica» e i suoi primi lavori da studente nascono in un certo senso per sopperire a dei corsi lacunosi⁵⁸. Nato nel 1705, Terrasson era stato molto probabilmente uno studente di Claude-Joseph de Ferrière (professore dal 1703, mentre suo padre muore nel 1715), il che spiegherebbe il lieve imbarazzo nell'ultima pagina della sua *Histoire de la jurisprudence romaine*, un volume in-folio peraltro poco maneggevole per gli studenti. L'opera si conclude infatti con un cenno sui Ferrière, padre e figlio, in cui mescola critiche («un gran numero di opere non elaborate a sufficienza» per il padre) ed elogi (libri «utilissimi per gli studenti», riedizioni delle opere del padre fatte dal figlio con «maggior accuratezza»). Il lettore viene invitato a confrontare lui stesso l'*Histoire* di Terrasson con quella di Ferrière⁵⁹. Quanto a Bouchaud, il *Commentaire de la loi des Douze Tables*, lungo 863 pagine in-quarto, forse non era destinato ai suoi studenti parigini, lo scrisse però nella speranza che Luigi XVI approvasse un nuovo piano di studi.

Le cinque opere furono lette nel nuovo contesto dell'editto dell'aprile

⁵⁶ DOUJAT, *Historia juris civilis Romanorum* cit., 40.

⁵⁷ HENRI-FRANÇOIS D'AGUESSEAU, *Œuvres* cit., t. 2, 70.

⁵⁸ ANTOINE TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine* cit., III.

⁵⁹ *Ibid.*, 484, nelle considerazioni 442-443 Terrasson si astiene dal pronunciarsi sulla tesi di Ferrière riguardo alla continuità dell'insegnamento del diritto romano a Parigi.

1679 – seguito da una dichiarazione regia sulle modalità di applicazione – sul «ripristino degli studi di diritto». Terrasson parla dunque di un obbligo di studiare il diritto romano che è diventato esso stesso legge⁶⁰. Si trattava di uniformare in tutto il regno la formazione giuridica in tre anni, intorno ai diritti civile e canonico, ai quali si aggiungeva oramai l'insegnamento obbligatorio (in uno dei tre anni) del diritto francese per chi voleva diventare avvocato. Sappiamo che i professori di diritto francese, nominati dal re (e non per concorso come gli altri professori) tra gli avvocati e i giudici esperti, avevano qualche difficoltà a imporsi nelle facoltà di giurisprudenza del regno⁶¹. Combinando il rinnovamento della didattica del diritto romano (quantomeno a Parigi) con l'instaurazione dell'insegnamento del diritto francese, la riforma creava pertanto una sorta di complementarità di cui le nostre cinque opere sono la prova. Doujat, Ferrière e Bouchaud, professori di diritto romano a Parigi, insistono tutti e tre, nei loro testi, sulle origini romane del diritto francese, che nobiliterebbero quest'ultimo. È superfluo ricordare che Pothier si distinse, a partire dal 1749, come professore di diritto francese a Orléans. Terrasson invece è l'unico a non pronunciarsi sul «diritto francese».

Nel corso del XVIII secolo, i professori di diritto francese erano tutt'altro che oppositori del diritto romano. Diversi professori dei paesi di diritto scritto – le cui lezioni ricalcavano il modello delle *Istituzioni* di Giustiniano (che secondo tutti i nostri autori rappresentavano il punto di partenza dell'insegnamento del diritto romano) – difendevano senza timore la tesi antica del diritto romano, diritto comune del regno: Boutaric è chiarissimo su questo punto nelle sue *Institutes de Justinien conférées avec le droit français* (1757), Reboul (dal 1683 al 1719) e più tardi Julien (*Éléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume*, 1785) a Aix combinano diritto romano e diritto francese in una visione molto equilibrata che ricorda le arringhe di D'Aguesseau⁶². Ciononostante i professori di diritto francese (che insegnavano in francese) e quelli di diritto romano (che di norma insegnavano in latino) apparivano forse come rivali agli occhi degli studenti. La pubblicazione da parte di François de Launay (in collabo-

⁶⁰ *Ibid.*, 445.

⁶¹ C. CHENE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Ginevra 1982.

⁶² J.-Ph. AGRESTI, *La place des coutumes parmi les autres sources du droit dans les écrits provençaux des XVII^e et XVIII^e siècles: Jean-Baptiste Reboul (1640-1719) et Jean-Joseph Julien (1704-1789)*, in G. Cazals, F. Garnier (dir.), *Les décisionnaires et la coutume: contribution à la fabrique de la norme*, Tolosa 2017, 386-391.

razione con l'avvocato Boscager), primo professore di diritto francese a Parigi, dell'*Institution du droit romain et du droit français* nel 1686 poteva sembrare in concorrenza con l'opera latina di Doujat e spiegherebbe la scelta del francese per l'*Histoire* di Ferrière, il quale proseguiva tra l'altro la traduzione in francese delle *Istituzioni* iniziata dal padre⁶³, nell'intento di attirare nuovamente l'attenzione degli studenti. Gli appunti presi a lezione dal figlio del procuratore generale Joly de Fleury nel 1728-1729 – probabilmente nel corso di Ferrière – dedicano più spazio ad alcune traduzioni francesi dei titoli del Digesto (oltre 500 pagine sui libri dal 12 al 19) che al riassunto in latino della storia del diritto romano (44 paginette)⁶⁴. È improbabile che questo studente traducesse per conto suo il testo latino, è più facile pensare che avesse ricopiato le traduzioni dettate dal professore. L'ipotesi che Ferrière tenesse il suo corso in francese nel 1728-1729 rimette in causa la versione presentata nel 1803, al momento della pubblicazione postuma della traduzione di Hulot, secondo cui ci sarebbe stata un'opposizione da parte dei dottori-reggenti della facoltà di Parigi a quella traduzione intrapresa a partire dal 1764 da uno di loro⁶⁵. Vari furono i fattori che spinsero i nostri professori – postisi sulla difensiva per giustificare l'utilità dell'insegnamento del diritto romano e l'utilizzo del latino (diventato senz'altro più difficile per studenti abituati a leggere opere in francese) – verso un orientamento storico delle loro opere e uno di questi fu la concorrenza con i professori di diritto francese.

In un contesto europeo segnato nel XVIII secolo dalla crescente nazionalizzazione degli studi giuridici e dallo sviluppo del modello delle *Istituzioni* dedicate al *ius patriae*⁶⁶, le opere dei professori francesi di diritto romano si inseriscono in un movimento che associa la semplificazione degli studi giuridici (in un lasso di tempo più breve) allo sviluppo delle analisi storiche sul diritto romano. Non ci sembra che queste opere siano di qualità inferiore rispetto alle loro omologhe in Europa. Se prendiamo i due volumi di Gravina, *Originum juris civilis libri tres*, pubblicati a Napoli nel 1713, vi troviamo ovviamente qualche elemento che ha potuto ispirare Ferrière e Pothier (il quale cita Gravina), ma Gravina apre con delle consi-

⁶³ CLAUDE-JOSEPH DE FERRIERE, *Nouvelle Traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, Parigi, Saugrain, 1734, 6 vol. in-12°.

⁶⁴ Bnf, Manoscritti Joly de Fleury-2479.

⁶⁵ HENRI HULOT, JEAN-FRANÇOIS BERTHELOT, *Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Parigi, Rondonneau, 1803, vol. 1, 8.

⁶⁶ K. LUIG, *The Institutes of national law in the seventeenth and eighteenth century*, in *Juridical Review* 17 (1972) 193-226.

derazioni sulle divisioni del popolo romano, che non trovano corrispondenza nei professori francesi, i quali seguono un piano di studi più rigorosamente cronologico rispetto alla storia del diritto romano. Gli autori francesi non hanno ripreso la sua tecnica, che consiste nel presentare alcuni frammenti della legge delle dodici Tavole sotto forma di tavola sinottica⁶⁷. Tecnica che ritroviamo invece nella *Historia juris civilis romani ac germanici* (si noti l'associazione tra diritto romano e diritto «nazionale») di Heineccius⁶⁸. L'opera in latino di Heineccius, che conobbe un grande successo in tutta Europa, Francia compresa, fino al XIX secolo, contiene una presentazione un po' più erudita (nelle note e negli sviluppi a fondo pagina) rispetto all'*Histoire* di Ferrière, ma nessuna informazione aggiuntiva o passo avanti sulla storia del diritto romano. È significativo il fatto che il riformatore portoghese Verney, molto critico riguardo alla complicazione degli studi di diritto romano nel suo *Verdadeiro Metodo de Estudar* (1746), citi con apprezzamento Doujat e Ferrière al fianco di Gravina (ritenuto un po' oscuro e verboso) e di Heineccius⁶⁹. Tutti questi autori sono giudicati più o meno utili per le matricole di giurisprudenza – in un'ottica di semplificazione degli studi giuridici – poiché coniugano un'attenzione più viva al diritto positivo con la volontà di mettere in prospettiva la storia del diritto romano. La risposta della Facoltà di legge di Montpellier all'inchiesta di Barentin nel 1786 andava anche nella direzione di un alleggerimento delle pretese nei confronti degli studenti e raccomandava l'insegnamento delle *Istituzioni* di Giustiniano scaglionato in due anni con giusto qualche lettura dei frammenti del Digesto⁷⁰.

In questo contesto europeo di standardizzazione degli studi di diritto romano e di attenzione alla storia di tale diritto, possiamo allora chiederci quali siano i motivi per cui quei professori francesi di diritto romano abbiano goduto di così pessima fama. Potremmo dire che è colpa di Voltaire: il filosofo, studente presso la Facoltà di giurisprudenza di Parigi negli anni 1710, sicuramente allievo di Ferrière, si lamentava di aver sentito parlare

⁶⁷ GIOVANNI VINCENZO GRAVINA, *Originum juris civilis libri tres*, Napoli, F. Mosca, 1713, 256-405.

⁶⁸ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Historia juris civilis romani ac germanici*, I ed. 1733, ed. de Strasbourg, J. G. Bayer, 1765 in due volumetti con l'aggiunta di un trattatello di storia del diritto francese di Silberrad de Strasbourg, non troppo convinto dalle spiegazioni di Ferrière sull'ordinanza di Blois, vol. II, 1123.

⁶⁹ LUÍS ANTÓNIO VERNEY, *Verdadeiro Metodo de Estudar*, Valenza, Antonio Balle, 1746, vol. 2, 166.

⁷⁰ ALEXANDRE GERMAIN, *Étude historique sur l'École de droit de Montpellier (1160-1793): d'après les documents originaux avec pièces justificatives*, Montpellier, Boehm, 1872, 68.

per tre anni delle leggi dimenticate dell'antica Roma, in particolare della legge delle dodici Tavole «presto abrogata presso coloro che l'avevano promulgata», dimostrando così la sua poca assiduità a lezione⁷¹. È colpa di Savigny, potremmo aggiungere, e di Hugo e di Thibaut, smaniosi di dimostrare che la Scuola storica del diritto, subentrando a quella di Gottinga, prendeva le distanze dai presunti errori della storia del diritto romano nella Francia del XVIII secolo. Dobbiamo escludere in tutto ciò gli effetti del nazionalismo crescente a partire dalla Rivoluzione francese?

⁷¹ VOLTAIRE, *Questions sur l'Encyclopédie par des amateurs*, 1774 in *Collection complète des œuvres de Voltaire*, Ginevra, Cramer et Bardin, 1775, vol. XXII, 469. Trad. italiana: D. Felice e R. Campi (a cura di), *Dizionario filosofico: tutte le voci del dizionario filosofico e delle domande sull'Enciclopedia*, Milano 2013.

L'OBLIO DELLE ORIGINI ROMANE NELLA TRADIZIONE GIURIDICA BELGA. L'ESEMPIO DEI 'CONFLITTI DI VICINATO'

Dirk Heirbaut

SOMMARIO: 1. In attesa della codificazione della giurisprudenza sui conflitti di vicinato. – 2. La prima generazione dopo il Codice civile del 1804: continuità dell'antico diritto. – 3. L'ambiente del XIX secolo: la teoria delle immissioni disciplinata dal Codice. – 4. Gli ultimi decenni del XIX secolo: un diritto romano nascosto sotto la maschera del Codice. – 5. Le sentenze del 1960: una tradizione dimenticata come fonte di diritto.

1. *In attesa della codificazione della giurisprudenza sui conflitti di vicinato*

Il 1795 è l'anno dell'annessione del Belgio alla Francia *. Da allora il diritto francese diventa applicabile all'intero paese, così come i codici di Napoleone¹. Né la sconfitta dell'Imperatore a Waterloo, né il breve periodo di accorpamento con i Paesi Bassi nel Regno Unito dei Paesi Bassi cambiano la situazione. La Costituzione belga del 7 febbraio 1831 esige dei codici nazionali, ma su questo punto il Belgio ha fallito. All'inizio del 2018 il Codice civile e il Codice d'istruzione criminale continuano a essere i codici di Napoleone. Per quanto riguarda gli altri codici, il Belgio ha sostituito il Codice penale e il Codice di procedura civile, rinforzando però le caratte-

* L'autore ringrazia Gerard Sinnaeve e Elisabeth Bruyère per le loro osservazioni.

¹ Sul periodo francese si veda E. BERGER, D. HEIRBAUT, H. LEUWERS et X. ROUSSEAU, *La justice avant la Belgique: tentatives autrichiennes, influences françaises et expériences néerlandaises*, in M. De Koster, D. Heirbaut et X. Rousseau (éd.), *Deux siècles de justice. Encyclopédie historique de la justice belge*, Bruges 2015, 26-50.

ristiche napoleoniche o, se non altro, seguendo le riforme francesi. Solo il Codice di commercio, dopo la revisione completa avvenuta nel corso della seconda metà del diciannovesimo secolo, risulta effettivamente belga, ma esso è stato quasi interamente smembrato, in seguito all'emanazione di nuovi codici (Codice delle società del 1999, Codice di diritto internazionale privato del 2004, Codice di diritto economico del 2013-2015) e di nuove leggi, come la legge fallimentare del 1997. Insomma, in materia di codificazioni, il Belgio non è altro che una colonia della Francia².

Il 6 dicembre 2016 il ministro della giustizia Koen Geens ha presentato un piano che finalmente porterà alla realizzazione del sogno del 1831³. Il ministro vuole un nuovo Codice penale, un nuovo Codice d'istruzione criminale, un Codice di esecuzione delle sanzioni, un nuovo Codice civile, vuole riformare il Codice di diritto dell'economia e il Codice delle società con l'abolizione del Codice di commercio. Se si considera la storia del diritto belga, lo scetticismo è giustificato, ma i recenti avvenimenti fanno pensare che questo tentativo sarà diverso. Per esempio, il parlamento belga ha già votato un nuovo diritto delle successioni⁴ e un nuovo diritto di insolvenza delle imprese⁵; inoltre sono disponibili molti progetti, tra cui un progetto preliminare di legge che integra un libro II sul diritto dei beni nel nuovo Codice civile⁶. Il lettore di questo testo potrà constatare che le novità, a volte, non sono altro che un «ritorno al futuro». Per esempio, gli articoli dal 38 al 51 del progetto preliminare introducono il contratto fiduciario nel diritto belga per la gioia dei romanisti che possono così sottolineare le origini romane della fiducia.

Il progetto preliminare contiene anche un titolo V inerente ai problemi di vicinato, mentre fin qui il diritto belga si è sempre e solo basato sulla

² D. HEIRBAUT, *The Belgian legal tradition: does it exist?*, in M. Kruithof & W. De Bondt (éd.), *Introduction to Belgian law*, Malines 2017, 8-21.

³ K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain. Recodification de la législation de base*. (www.koengeens.be/fr/politique/recodification-de-la-legislation-de-base/recodification, consultato in data 01/08/2017).

⁴ Legge del 31 luglio 2017 che modifica il Codice civile in materia di successioni e liberalità (*Moniteur belge*, 1 settembre 2017).

⁵ Legge dell'11 agosto 2017 che integra il Libro XX "Insolvabilité des entreprises (Insolubilità delle imprese)" nel Codice di diritto economico (*Moniteur belge*, 11 settembre 2017).

⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DES BIENS/ COMMISSIONE DI RIFORMA DEL DIRITTO DEI BENI, *Avant-projet de loi portant insertion du Livre II "Droit des biens" dans le nouveau Code civil*, 7 dicembre 2017 (consultato sul sito https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_droit_des_biens.pdf; 15 dicembre 2017); si noterà che ufficialmente la commissione è stata istituita solo il 30 settembre dello stesso anno.

giurisprudenza usando come punto di riferimento due sentenze della Corte di cassazione belga del 1960⁷. In queste sentenze la Corte sviluppa una teoria dei conflitti di vicinato basandosi sull'art. 544 del Codice civile, su un articolo della costituzione e sulla tradizione. Tali fondamenti sono discutibili. L'art. 544 definisce il concetto di diritto di proprietà ma non risolve i conflitti tra vicini, mentre l'articolo costituzionale riguarda unicamente le espropriazioni. Alla giurisprudenza della Corte non rimane dunque che la tradizione come unica giustificazione, la qual cosa pone un problema. Alcuni autori criticano il rimando alla tradizione perché non vogliono accettarla in quanto fonte di diritto. Altri si mostrano più tolleranti su questo punto, ma considerano la tradizione un concetto troppo vago e non sanno di cosa si tratti esattamente. Dunque si può dire che l'attuale teoria dei conflitti di vicinato è priva di un fondamento incontestabile⁸. Dato che questa situazione non sopravviverà (il parlamento voterà, infatti, nel 2019 il nuovo diritto dei beni) questo problema riguarderà ben presto soltanto gli storici del diritto⁹. Ebbene, è interessante sapere che una delle strade per dare fondamenti più solidi al diritto belga è che la teoria dei conflitti di vicinato si basi su un principio generale del diritto. I principi generali del diritto, infatti, non sono altro che una scusa per i giudici per creare regole nuove, senza però dichiararlo apertamente. Questo fenomeno può essere collegato a una constatazione di Rainer Schulze secondo il quale uno dei modi principali che hanno le regole del diritto romano per sopravvivere è quello di trasformarsi in principi generali¹⁰. La realtà storica è che la teoria dei conflitti di vicinato così com'è stata formulata nel 1960 dalla Corte di cassazione belga non era semplicemente un punto di partenza, ma anche quello di arrivo di una lunga evoluzione giurisprudenziale.

⁷ Cass. Be., 6 aprile 1960, *Revue critique de jurisprudence belge* (1960) 257-268.

⁸ Per la critica delle sentenze del 1960 si veda J.-P. VERGAUWE et S. LEONARD, *Les relations de voisinage*, Bruxelles 2017, 172-185, 337-344; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Malines 2014, 230-253; S. STIJNS et H. VUYE, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, IV, *Burenbinder*, Gand 2000, 132-154; J. DABIN, *Le devoir d'indemnisation en cas de troubles de voisinage*, note sous Cass. Be., 6 aprile 1960, in *Revue critique de jurisprudence belge* (1960) 302-303.

⁹ STIJNS et VUYE, *Burenbinder* cit., 152; S. STIJNS et H. VUYE, *Rechtsmisbruik en burenbinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtsteleer*, in H. Cousy, E. Dirix, S. Stijns et J. Stuyck, *Liber amicorum Walter van Gerven*, Deurne 2002, 326.

¹⁰ R. SCHULZE, *Die Rheinische Judikatur im frühen 19. Jahrhundert zwischen gemeinrechtlicher Tradition und französischem Recht*, in H. Mohnhaupt et D. Simon (éd.), *Vorträge zur Justizforschung. Geschichte und Theorie*, II, Francoforte 1993, 298-301. Si veda più in generale, S. JACOBY, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Berlino 1997.

2. La prima generazione dopo il Codice civile del 1804: continuità dell'antico diritto

Con l'entrata in vigore del Codice civile nel 1804 l'antico diritto viene abolito, ma tale abolizione riguarda unicamente le materie disciplinate dal Codice¹¹. Al fine di colmare le lacune del nuovo diritto i giudici possono continuare ad applicare quello antico¹². Questo non è certo irrilevante per il Belgio, secondo paese al mondo a industrializzarsi, con un'industrializzazione più forte e precoce della Francia¹³. Anche in Belgio l'industrializzazione ha bisogno di un certo tempo per prendere davvero il via e il numero di denunce legate all'inquinamento industriale¹⁴ resta limitato fino agli inizi degli anni Trenta dell'Ottocento. Nei rari casi in cui i giudici belgi si ritrovano a risolvere conflitti di vicinato, il Codice non fornisce loro alcuna soluzione e perciò si rifanno all'antico diritto¹⁵. Capita che le corti e i tribunali si basino sul diritto consuetudinario, come nel caso di una sentenza della corte d'appello di Bruxelles del 1817 riguardante un conflitto a Anversa, che si rifà alle consuetudini locali¹⁶, ma Anversa costituisce un'eccezione perché le stesure delle consuetudini locali erano molto esauritive¹⁷. Generalmente i giudici si basano sul diritto romano e soprattutto

¹¹ Art. 7 della legge 30 ventoso anno XII (21 marzo 1804) sull'accorpamento delle leggi civili in un unico testo dal titolo Code civil des Français (Codice civile dei Francesi), in *Bulletin des lois de la république française*, 3e série, 354, n° 3677.

¹² Vari articoli contenuti in R. Beauthier (éd.), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?*, Bruxelles 2004 studiano la continuità dell'antico diritto in Belgio dopo il 1804.

¹³ Sull'industrializzazione in Belgio si veda *De industrie in België: twee eeuwen ontwikkeling, 1780-1980*, Gand 1981.

¹⁴ Per le lamentele causate dall'industrializzazione si veda in particolare per Gand: C. VERBRUGGEN, *De stank bederft onze eetwaren: de reacties op industriële milieubinder in het 19de-eeuwse Gent*, Gand 2002 e per l'industria chimica: J. MARÉCHAL, *La guerre aux cheminées. Pollutions, peurs et conflits autour de la grande industrie chimique (Belgique, 1810-1880)*, Namur 2016.

¹⁵ C'era la legislazione sulle fabbriche pericolose, insalubri o nocive (cfr. L. LACCHÉ, *A proposito della legislazione sugli «ateliers dangereux, insalubres ou incommodes»*. *Scienza giuridica, 'industrialismo' e conflitti di vicinato nella Francia del primo ottocento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (1994) 203-215, ma i permessi o venivano concessi o non erano nemmeno obbligatori (es. Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1831, *Pasicrisie belge* 1831, II, 160-161; Tribunale civile di Liegi, 6 luglio 1847, *Belgique judiciaire* 1847, 1010-1016).

¹⁶ Corte d'appello di Bruxelles, 25 novembre 1817, *Pasicrisie belge* 1817, II, 518-522.

¹⁷ Sulle consuetudini di Anversa si veda B. VAN HOFSTRAETEN, *Juridisch humanisme en costumiere acculturatie. Inhouds- en vormbepalende factoren van de Antwerpse Consuetudines compilatae* (1608) in *het Gelderse Land- en Stadsrecht* (1620), Maastricht 2008; D. DE RUYSSCHER, *Naer het Romeins recht alsmede den stiel mercantiel. Handel en recht in de Antwerpse rechtbank (16de-17de eeuw)*, Heule 2009.

sul Digesto con il suo divieto di immissioni nella proprietà altrui. Hanno considerato il passaggio D. 8.5.8.5-7: «*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*» l'espressione in diritto romano di una regola generale che ai loro occhi aveva autorità in quanto ragione scritta¹⁸.

È interessante notare che fino all'inizio degli anni Trenta dell'Ottocento i giudici belgi non fanno alcun reale sforzo per collegare il divieto di immissioni al Codice napoleonico. La maggior parte di loro non menziona il Codice, nonostante le arringhe degli avvocati vi abbiano fatto ricorso¹⁹. Al massimo i giudici riconoscono che il principio del diritto romano è conforme al Codice civile e in questo caso non menzionano necessariamente gli artt. 544 (diritto di proprietà) e 1382 (responsabilità aquiliana)²⁰. In questo modo i danneggiati hanno il vantaggio che il loro vicino non ha il diritto di inquinare e che loro non devono provarne la colpa²¹. Ma dall'altro lato i giudici non danno che semplici indennità ai danneggiati²², non vietano agli inquinatori di continuare, cosa che va contro lo spirito del diritto romano che prevedeva in questo caso una *actio negatoria* contro il diritto di inquinare²³. Inoltre interpretano il "divieto" di immissioni in modo molto restrittivo²⁴, seguendo la tradizione franco-belga che non tiene conto delle immissioni immateriali, contrariamente alla letteratura tedesca dell'antico regime²⁵. Tutto ciò ben si accorda con la tendenza romanizzante che domina in Belgio all'epoca. Nonostante nelle università ci siano alcuni professori provenienti dai Paesi Bassi e dalla Germania che aderiscono alla Scuola Storica, il loro impatto sul campo è marginale²⁶.

¹⁸ Cfr. Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1830, *Pasicrisie belge* 1830, II, 154-155.

¹⁹ Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1831, *Pasicrisie belge* 1831, II, 160-161.

²⁰ Corte d'appello di Liegi, 3 aprile 1827, *Pasicrisie belge* 1827, II, 121-122.

²¹ Cfr. Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1831, *Pasicrisie belge* 1831, II, 160-161.

²² Cfr. Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1830, *Pasicrisie belge* 1830, II, 154-155. Lo stesso meccanismo è riscontrabile in altri paesi, ad esempio in Germania (cfr. R. OGOREK, *Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums*, in H. Coing et W. Wilhelm (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, IV, Francoforte 1979, 49-59).

²³ Per il diritto romano si veda S. SEYDE-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts*, Göttingen 2000.

²⁴ Corte d'appello di Gand, 21 aprile 1834, *Pasicrisie belge* 1834, II, 95.

²⁵ J. RIBALTA I HAURO, *Nuisance and negatory action in Catalonia: a historical and comparative reading of a process of legislative modernisation*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2003) 305.

²⁶ B. COPPEIN, *Rechtsonderwijs en rechtsleer*, in *Deux siècles de justice*, 114-116.

3. *L'ambiente del XIX secolo: la teoria delle immissioni disciplinata dal Codice*

È interessante comparare le arringhe degli avvocati con le sentenze più conservatrici. A partire dal 1830 gli avvocati cominciano a basarsi sugli artt. 544 e 1382 del Codice, ma all'inizio le Corti e i tribunali non li seguono e continuano a considerare il divieto di immissioni una regola autonoma del Codice²⁷. Bisognerà aspettare gli anni 1846-1854 per vedere i giudici prestare maggiore attenzione al Codice²⁸. Se è vero che continuano a citare l'antico diritto, è vero pure che quest'ultimo ha perso la propria autonomia e risulta applicabile solo in ragione della sua armonia con gli articoli del Codice. Il rispetto nei confronti del Codice è cresciuto, senza tuttavia dominare gli animi. Per i giudici belgi il Codice si inserisce chiaramente nella tradizione dell'antico diritto²⁹. Così, il 9 marzo 1848, il Tribunale di prima istanza di Bruxelles dichiara, a proposito del divieto di immissioni, che questa regola «*della legge romana è ancora applicabile oggi; che è persino consacrata dalle disposizioni generali degli articoli 1832 e 1382 C. civ.*»³⁰. Che il Codice non sia davvero il punto di riferimento risulta evidente dal fatto che in questa decisione viene menzionato solo l'art. 1382 (e 1383), non essendo l'art. 544 essenziale. Del resto, anche l'art. 1382 ha un'importanza limitata. Per l'applicazione di questo articolo è necessario che il danneggiato provi la colpa, ma i giudici non insistono³¹. Sotto la superficie del Codice sopravvive dunque l'antica giurisprudenza e nei fatti non c'è quasi niente che cambia, eccetto una maggiore volontà di sanzionare anche le immissioni immateriali³². Questo cambiamento è dovuto non tanto all'influenza delle idee della Scuola Storica tedesca, quanto al fatto che rumore, vibrazioni o emissioni di calore hanno acquisito talmente tanta importanza a causa dell'industrializzazione galoppante iniziata negli anni 1850 che i giudici non possono più ignorarli³³. Per esempio nel 1846: «*la*

²⁷ Corte d'appello di Bruxelles, 20 giugno 1831, *Pasicrisie belge* 1831, II, 160-161.

²⁸ Tribunale civile di Liegi, 23 febbraio 1850, *Belgique judiciaire* 1850, 488-492.

²⁹ Per es. Tribunale civile di Liegi, 6 luglio 1847, *Belgique judiciaire* 1847, 1010-1016.

³⁰ Corte d'appello di Bruxelles, 9 marzo 1848, *Pasicrisie belge* 1848, II, 153-155. Cfr. Tribunale civile di Bruxelles, 26 maggio 1849, *Belgique judiciaire* 1849, 710-711.

³¹ Cfr. Corte d'appello di Bruxelles, 9 marzo 1848, *Pasicrisie belge* 1848, II, 153-155.

³² Corte d'appello di Liegi, 7 marzo 1846, *Belgique judiciaire* 1846, 1008-1012.

³³ Si pensi, ad esempio, alla situazione della Senne a Bruxelles che ha portato alla sua copertura (cfr. C. DELIGNE, *Industrialisation, manure and water quality in the 19th century. The Senne River in Brussels as a case study*, in *Water history* (2016) 235-255).

convenuta asseriva inoltre che il rumore assordante delle macchine e meccaniche della fabbrica rendeva la sua casa pressoché inabitabile, la faceva tremare con scosse, e c'era pericolo di incendio»³⁴. L'evoluzione verso un'industria più pesante spiega anche che eccezionalmente un giudice difenda un'attività nociva³⁵.

4. *Gli ultimi decenni del XIX secolo: un diritto romano nascosto sotto la maschera del Codice*

Se nel 1850 ancora nelle parole del Tribunale di Liegi il diritto romano resta dominante: «il diritto romano che proclama in modo ancora più energico del Codice civile l'indipendenza della proprietà vi apporta tuttavia delle restrizioni attinte nel rispetto del diritto altrui»³⁶, negli anni 1855-1870 i rimandi al diritto romano si fanno rari³⁷ per poi scomparire del tutto dopo quel periodo. C'è un solo giudice inferiore che persiste per qualche decennio³⁸. Tuttavia la teoria di un divieto di immissioni non scompare immediatamente perché, nonostante non si riferiscano esplicitamente al Digesto, i giudici continuano a rifarsi al principio di un divieto di immissioni³⁹. Sono molti i fattori che hanno contribuito a questo fenomeno. La coscienza di sé della giurisprudenza è stata cruciale, si nota nel *decour de rentrée*⁴⁰. Non è più necessario menzionare l'antico diritto, perché i propri precedenti possono bastare,⁴¹ nonostante qualche avvocato continui a citare il Digesto⁴². Il declino formale dei rimandi all'antico diritto è andato di pari passo con una diminuzione della sua conoscenza. L'abbondanza di citazioni della prima metà del XIX secolo scompare. Tra i vari autori antichi,

³⁴ Corte d'appello di Liegi, 7 marzo 1846, *Belgique judiciaire* 1846, 1008-1012.

³⁵ Corte d'appello di Bruxelles, 9 marzo 1848, *Pasicrisie belge* 1848, II, 153-155.

³⁶ Tribunale civile di Liegi, 23 febbraio 1850, *Belgique judiciaire* 1850, 488-492.

³⁷ L'ultimo reperito, al di fuori dei riferimenti nella nota seguente, è: Tribunale civile di Bruxelles, 28 aprile 1869, *Belgique judiciaire* 1869, 935-937.

³⁸ Il giudice di pace di Arlon menziona ancora il diritto romano (giudice di pace di Arlon, 15 febbraio 1879, *Pasicrisie belge* 1880, III, 173; 20 gennaio 1883, *Pasicrisie belge* 1884, III, 228-229).

³⁹ Corte d'appello di Bruxelles, 7 luglio 1863, *Pasicrisie belge* 1863, II, 380-383.

⁴⁰ F. STEVENS, *Histoire du droit et nationalisme en Belgique au XIXe siècle*, in *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse 2006, 203-215; A. HENDRICK, *Des mots de circonstances. Les discours de rentrée de la haute magistrature belge au 19e siècle* (prossima pubblicazione).

⁴¹ Cfr. Tribunale civile di Bruxelles, 27 febbraio 1897, *Belgique judiciaire* 1899, 856-858.

⁴² Per es. Cass. Be., 5 agosto 1858, *Pasicrisie belge* 1858, I, 314-325.

l'unico a resistere è infatti Pothier, perché legato al Codice⁴³.

È fondamentale constatare che se da un lato i giudici non vogliono dare carta bianca all'industria, dall'altro ne apprezzano sempre più il contributo dato allo sviluppo del paese. Il Tribunale di Liegi nel 1874 si mostra in effetti molto benevolo nei confronti dell'industria: «*l'industria fortunatamente ha prosperato... in particolare ha conosciuto un grande sviluppo la fabbrica della convenuta*»⁴⁴. Nel diritto questo cambio di atteggiamento si traduce in una maggiore attenzione al diritto di proprietà dell'industriale. Il suo diritto ormai ha la meglio su quello del vicino. In questo modo, invece di fare da scudo contro l'inquinamento, l'art. 544 lo giustifica⁴⁵. Ci sono tuttavia dei limiti. Il ruolo dell'art. 1382 risulta piuttosto subordinato. Se in passato provare la colpa non era necessario, oramai lo è, il che tutela l'industriale. Se questi invoca il suo diritto di proprietà, spetta all'altra parte fornire le prove della colpa. Non è una missione impossibile perché i giudici l'accettano facilmente. Possono decidere che l'assenza di precauzioni necessarie equivalga alla colpa⁴⁶ o che il danno subito dal danneggiato basti a provarla⁴⁷. Ci sono giudizi e sentenze che si risparmiano il passaggio intermedio delle precauzioni necessarie e che lasciano coincidere danno e colpa. Non appena il danneggiato riesce a provare che il danno è stato causato dal convenuto, vince la causa⁴⁸. Una variante di questo ragionamento ritiene che l'atto che causa il danno sia in sé colposo⁴⁹. In tutti questi casi la nozione di colpa dell'art. 1382 è talmente snaturata che in realtà la differenza con il periodo precedente, nel quale la prova non era necessaria, diventa piuttosto teorica. Eccezionalmente può persino accadere che un giudice, in un processo contro le ferrovie, le condanni senza una vera giustificazione giuridica⁵⁰.

Ancora una volta l'impatto crescente del Codice è molto superficiale. Siamo dunque distanti da un cieco rispetto del Codice, cosa che rende discutibile la nozione di una scuola dell'esegesi in Belgio. Ebbene, nella storiografia belga, diversamente dalla letteratura francese, la decostruzione di

⁴³ Cfr. Per es. Corte d'appello di Bruxelles, 20 dicembre 1883, *Belgique judiciaire* 1884, 38-39.

⁴⁴ Tribunale civile di Liegi, 14 gennaio 1874, *Pasicrisie belge* 1874, III, 76.

⁴⁵ Cfr. Corte d'appello di Liegi, 30 novembre 1857, *Pasicrisie belge* 1858, II, 21-22.

⁴⁶ Corte d'appello di Gand, 18 giugno 1881, *Pasicrisie belge* 1881, II, 270.

⁴⁷ Cfr. Cass. Be, 3 maggio 1861, *Pasicrisie belge* 1861, I, 408.

⁴⁸ Corte d'appello di Gand, 3 dicembre 1863, *Pasicrisie belge* 1864, II, 241.

⁴⁹ Corte d'appello di Bruxelles, 7 luglio 1863, *Pasicrisie belge* 1863, II, 382.

⁵⁰ Tribunale civile di Liegi, 12 marzo 1894, *Belgique judiciaire*, 1894, 669-672.

questa nozione deve ancora cominciare⁵¹. Si potrebbe pensare a un'influenza della Scuola Storica tedesca e della pandettistica in merito alla proprietà e alla libertà individuale in generale, ma se da un lato le loro idee radicali a volte trovano eco nelle arringhe degli avvocati⁵², dall'altro i giudici hanno sempre rifiutato di seguirle.

A dispetto della sua sopravvivenza nei fatti reali, la conoscenza del diritto romano si è molto ridotta. Come già accennato in precedenza, i rimandi al diritto romano sono diventati rari per poi scomparire del tutto, così come la conoscenza delle regole romane. In ragione di una maggiore tolleranza nei confronti delle industrie, i giudici si limitano a sanzionare le immissioni eccessive⁵³. In effetti il diritto romano ha già in sé questa idea. Nel Digesto i giuristi romani accettano i fumi non gravi⁵⁴, ma i giudici belgi lo ignorano. Sembra piuttosto che la loro teoria delle immissioni eccessive sia stata una forma di reazione a un certo tipo di lamentele provenienti da persone che si erano insediate in un quartiere industriale per approfittare dell'attività economica. Per i giudici è chiaro che i danneggiati devono tenere conto del fatto che i profitti accumulati possono compensare i danni subiti. Il danneggiato, quando è egli stesso un industriale che inquina, deve *a fortiori* accettare l'inquinamento dei suoi concorrenti⁵⁵. Un altro esempio dell'ignoranza del diritto romano è l'uso dell'*actio negatoria*. Il numero di domande di un'*actio negatoria* è in crescita, ma i richiedenti non si basano sul diritto romano⁵⁶, nonostante quest'ultimo l'avesse previsto esplicitamente⁵⁷.

5. *Le sentenze del 1960: una tradizione dimenticata come fonte di diritto*

La sopravvivenza sotterranea di una regola di diritto romano attraverso la sua dissimulazione sotto riferimenti agli articoli del Codice civile crea

⁵¹ Per una prima critica si veda B. Debaenst (éd.), *De 'Belle époque van het Belgisch recht' (1870-1914)*, Bruges 2016. Essenziale per la rivalutazione della storia del diritto privato belga nel XIX secolo sarà la tesi scritta da Elisabeth Bruyère su François Laurent e il suo Progetto preliminare di revisione del Codice civile per il Belgio.

⁵² Cfr. Cass. Be, 5 agosto 1858, *Pasicrisie belge* 1858, I, 314-325.

⁵³ Tribunale civile di Anversa, 22 febbraio 1872, *Pasicrisie belge* 1873, III, 87-88.

⁵⁴ D. 8.5.8.7.

⁵⁵ Cfr. Tribunale civile di Liegi, 14 gennaio 1874, *Pasicrisie belge* 1874, III, 75-76.

⁵⁶ Per es. Tribunale civile di Courtrai, 8 luglio 1892, *Pasicrisie belge* 1894, II, 187.

⁵⁷ D. 8.5.8.5.

dei problemi. L'unico modo di procedere è quello di snaturare il concetto di colpa dell'art. 1382 del Codice civile, cosa che fa vacillare l'intero edificio della responsabilità aquiliana nel diritto belga. Già nel 1897 il Tribunale di prima istanza di Bruxelles preferisce costruire la teoria dei conflitti di vicinato come una responsabilità senza colpa⁵⁸, ma tale giurisprudenza non ha fatto scuola. È solo grazie a Henri De Page se interviene un cambiamento. Autore di un *Traité 'élémentaire' de droit civil belge* di più di 10 mila pagine, De Page tesse le lodi della Corte di cassazione belga inducendo così la Corte ad apprezzare a sua volta la sua opinione⁵⁹. Come anche il Tribunale di Bruxelles nel 1897, De Page libera la teoria dei conflitti di vicinato dalle catene del concetto di colpa. Con il giovane collega Dekkers, nel 1952 egli propone di basare la teoria dei conflitti di vicinato sugli artt. 544 e 1370 (obbligazioni senza convenzione)⁶⁰. La Corte di cassazione lo segue nelle sue sentenze del 1960 costruendo la teoria dei conflitti di vicinato come una responsabilità senza colpa⁶¹. Tuttavia la Corte non si basa sull'art. 544 j° art. 1370, ma sull'art. 544, sulla Costituzione e sulla tradizione. I primi due sono discutibili, ma le pagine precedenti non lasciano dubbi circa il fatto che il rimando alla tradizione sia ben fondato e abbia una base legale. L'art. 7 della legge che promulgò il Codice civile non è mai stato abolito in Belgio. Così l'antico diritto risolve ancora le questioni che non sono disciplinate dal Codice o da leggi posteriori. Si può dunque continuare ad applicare questo antico diritto, ossia il diritto precedente al 1804, ossia la tradizione. È vero che questa tradizione è composta da molti elementi e che ha conosciuto molte trasformazioni tra il 1804 e il 1961, ma per una tradizione viva è normale continuare a svilupparsi e cambiare col tempo. Questo spiega che il passaggio del Digesto riguardante le immissioni venisse interpretato diversamente all'epoca di Giustiniano e nel XVIII secolo e che alla fine si sia trasformato nelle sentenze della Corte di cassazione del 1960.

Dopo il 1960 erano poche le persone realmente consapevoli di questa evoluzione, ma non sono mancate le eccezioni. Per esempio nel 1974 Hu-

⁵⁸ Tribunale civile di Bruxelles, 27 febbraio 1897, *Belgique judiciaire* 1899, 856-858.

⁵⁹ Su Henri De Page, si veda D. HEIRBAUT, *Weg met De Page? Leve Laurent? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht*, in *Tijdschrift voor privaatrecht* (2017) 267-322.

⁶⁰ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les Biens*, Bruxelles 1952, 813-815.

⁶¹ Cfr. VERGAUWE et LEONARD, *Relations de voisinage* cit., 172-185.

bert Bocken, padre fondatore del diritto ambientale in Belgio⁶², ha semplicemente proposto un ritorno all'antica giurisprudenza⁶³. Come spiegare dunque l'ignoranza persistente circa le origini romane della teoria dei conflitti di vicinato nel diritto belga? Un elemento cruciale è riscontrabile nell'organizzazione dell'insegnamento universitario dell'epoca che prevedeva due corsi distinti di diritto romano da una parte, e un corso di storia del Codice civile dall'altra⁶⁴. Nei corsi di diritto romano gli studenti imparavano per prima cosa i rudimenti del diritto romano dell'antichità; nel secondo corso, invece, familiarizzavano con la storia del diritto dall'antichità in avanti. In quest'ultimo corso il professore poteva insegnare soltanto la storia esterna⁶⁵. I professori non ebbero dunque mai la possibilità di spiegare i legami tra la norma del Digesto contro le immissioni e la giurisprudenza contemporanea riguardante i conflitti di vicinato. Ecco quindi spiegato più facilmente come mai il richiamo alla tradizione da parte della Corte di cassazione fosse così difficile da seguire per i giuristi che, a titolo di esempio, avevano sentito parlare molto, durante i loro studi, degli schiavi a Roma, ma mai imparato niente circa le radici romane del loro diritto attuale dei conflitti di vicinato. Una soluzione sarebbe potuta essere il diritto comparato. Infatti a causa dell'industrializzazione altri paesi europei si sono ritrovati a dover sanzionare le immissioni eccessive. Molti di loro hanno faticato a trovare una giustificazione a questa responsabilità e hanno dovuto fare appello alla tradizione comune dell'Europa, che era appunto quella del diritto romano⁶⁶. Purtroppo in Belgio la conoscenza del diritto comparato e delle radici comuni dei sistemi europei era inferiore nel 1960 rispetto al XIX secolo. Se nel XIX secolo capitava che alcuni autori belgi citassero regolarmente il diritto della Francia così come quello di altri paesi, si

⁶² Con H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles 1979.

⁶³ H. BOCKEN nota al Tribunale civile di Anversa, 30 marzo 1966, in *Tijdschrift voor aanneemingsrecht* (1974) 28-29.

⁶⁴ R. VERSTEGEN, *L'enseignement du droit en Belgique, évolution de la législation aux XIXe et XX siècles*, in F. Stevens et D. Van den Auweele (éd.), *Houd voet bij stuk. Xenia iuris historiae G. Van Dievoet oblata*, Lovanio 1990.

⁶⁵ Cosa che spiega il titolo del noto manuale del professore belga R. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna 1995. Non poteva insegnare storia del diritto privato, ma solo un'introduzione storica al Codice civile. Sull'insegnamento di storia del diritto in Belgio si veda D. HEIRBAUT, *European comparative legal history as a necessity: the Belgian experience*, in K. Modéer & P. Nilsen (éd.), *How to teach comparative legal history*, Lund 2011, 93-105.

⁶⁶ J. GORDLEY, *Immissionsschutz, nuisance and troubles de voisinage in comparative and historical perspective*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1998) 13-30.

vede in effetti che per gran parte del XX secolo dominava una tendenza dottrinale rivolta unicamente alla Francia⁶⁷. La perdita di consapevolezza dell'importanza attuale del diritto romano in Belgio è andata dunque di pari passo con la perdita di competenza in materia di diritto comparato. Bisogna dire che dal 1960 la situazione è molto cambiata, ma questo cambiamento è giunto troppo tardi. I legami tra il diritto attuale e le sue radici romane sono ormai spezzati per sempre. Un nuovo codice, per quanto gradito, non farebbe che peggiorare la situazione.

⁶⁷ HEIRBAUT, *De Page* cit., 31.

INSTITUTIONAL TAXONOMY, ROMAN FORMS AND ENGLISH LAWYERS IN THE 17TH AND 18TH CENTURIES

Mike Macnair

SUMMARY: 1. Alphabetisation. – 2. Maxims. – 3. Institutionalism. – 4. Common law syllabus.

How should we map the law, whether for introductory books for new starters, or for lawyers' access to finding relevant materials? The standard modern pattern is the use of adapted variants of the «institutional taxonomy» – persons, things (property and obligations), actions – a method derived ultimately from Aristotle but more immediately from the Institutes of Gaius and Justinian. This is, of course, the general form of the Codes; but common lawyers also use it when, for example, we write textbooks on property law, contract or tort¹.

The 17th-18th century was a period in which this method came to the fore in English legal writing, as well as among European legal writers more generally. In England, the most celebrated artefact of this trend was William Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (4 vols 1764-69); so celebrated that for many non-specialist authors and even some specialists it has radically overshadowed both everything that went before (apart from the 13th century treatise called *Bracton*); and authors imagine that all there was in English legal writing before Blackstone was alphabetised texts².

¹This is a widely discussed point. See e.g. D. KELLEY, *Gaius Noster: Substructures of Western Social Thought*, in *American Historical Review* 84 (1979) 619-648; S. BUHOFER, *Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System*, in http://www.szier.ch/fileadmin/archiv/2007-05/Structuring_SZIER.pdf, consulted Sep 13, 2018.

²E. DESCHEEMAER, *The Division of Wrongs*, Oxford 2009, 193. J. HACKNEY, *Usucapio*

Early modern general accounts of English law founded on variant forms of the Gaian institutional taxonomy began in 1605, and there were several versions between that date and Blackstone.

On the other hand, the use of the alphabet as a means of ready reference to the law as a whole, from Abridgments, which appeared in the 15th century, down to the modern *Halsbury*, was not and is not peculiarly «common law». The civilians began doing the same thing at around the same time, and have continued to do it down to modern times.

In addition, a distinct alternative for both civilians and common lawyers in the early modern period was to try to analyse the law as a whole *more geometrico*, by using Euclid-style axioms, called *regulae iuris* or «maxims».

It was also possible to develop a map of the common law as a whole by classifying the *actions* by reference to their *procedural* characteristics, rather than using the Gaian classification – and common lawyers did, in fact, to some extent do so before the period at which classifications in the style of Justinian's *Institutes* came fully into fashion. This procedural taxonomy, or common law elementary syllabus, persisted in use in legal reasoning down to the early 19th century. The procedural taxonomy classifies *claims* rather than classifying *facts*; and as will appear towards the end of this paper, there may be real positive reasons for making this choice³.

It will be most convenient to discuss first alphabetisation and maxims, before proceeding to Institutional schemes and the «common law syllabus».

and the Law of Trusts, in J. Getzler (ed.) *Rationalizing Property, Equity & Trusts*, London 2003, Ch. 2, 24. P. BIRKS & G. MCLEOD, *Introduction* to their translation of Justinian, *Institutes*, London 1987, 23-24. This image is derived from a comment by F.W. MAITLAND in his *Outlines of English Legal History*, writing specifically about the 16th century: in H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland* vol. ii, Cambridge 1911, 484; subsequent authors have generalised this comment *about the 16th century* (in fact, probably overstated even for that period) to English law between *Bracton* and Blackstone.

³I should emphasise that this paper does not offer a full analysis of the structural character of early modern English legal writing extending to the full range of that writing. In particular, Prof. David Seipp has kindly shown me an unpublished draft which is part of a general treatment of the structure of the common law on a much larger and more ambitious scale than is offered here, which has been left unfinished (as yet) due to his enormously useful work creating an online «Abridgement» of the Year Books (<http://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/>) and his work on the existing printed *Abridgments* (in editions published by Lawbook Exchange Ltd.).

1. *Alphabetisation*

Professor Baker has identified the alphabetised form of law book as appearing in the English manuscript sources in the 1460s; the first printed was that attributed to Nicholas Statham c. 1490. It is, of course, possible that there are lost manuscript abridgments from before the 1460s, but this seems relatively unlikely given the relatively copious survival of later medieval manuscripts⁴.

Although alphabetisation of information had been known at the latest from Hellenistic times, it had had limited uses then, and was thus in a certain sense new technology in the 12th-13th centuries, and became commonplace in France in the 14th century⁵. Alphabetised texts in the *ius commune* seem to be a little later than this. The first printed version seems to be the *Repertorium iuris* of Johannes Nicolaus de Milis, written c. 1430-40, first printed in 1475⁶. Alphabetisation of summary extracts of legal materials thus seems to be roughly contemporaneous in the *ius commune* with the equivalent phenomenon of Abridgments in the common law. Books of this sort continued to be produced by civilians and canonists throughout the 16th and 17th centuries, and to be reprinted down to the 18th⁷. Indeed, *new* books in this form were being produced in the 18th century, and the form continued down to the *Code Civil*, or reappeared rapidly thereafter⁸.

⁴ *The Reports of Sir John Spelman, vol. ii*, Selden Society vol. 94, London 1978, *Introduction*, 172-3; and *Oxford History of the Laws of England* (hereafter OHLE) vol. VI, Oxford 2003, 502. There are examples of *topical* arrangement in early manuscripts of reports, but as Paul BRAND'S listing in his *Introduction to ID.* (ed.) *The Earliest English law Reports vol. i*, Selden Society vol. 111, London 1996, xxvi-cxiv, shows, these are not *alphabetical*.

⁵ Ancient uses: L. DALY, *Contributions to the History of Alphabetisation*, Brussels 1967 (note especially Daly's observation of practical non-use in Roman official texts outside Egypt (59-62), and lack of continuity of use into the medieval period beyond glossaries [75, 79-80]). 12th-13th century revival, R.H. ROUSE & M.A. ROUSE, *Statim invenire: Schools, preachers and a new attitude to the page*, in R.L. Benson, G. Constable & C. Lanham (eds.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Cambridge MA, 1982, 201-225.

⁶ Cologne, N. Gotz von Sletstat, 1475 (but there are several contemporaneous publications: see <http://www.worldcat.org/title/repertorium-juris/oclc/27427881/editions?sd=desc&referer=di&se=yr&editionsView=true&fq=> (consulted Sep 13 2018).

⁷ Cf. A.M. HESPANHA, *Form and content in early modern legal books*, in *Rechtsgeschichte 12* (2008) 16-50, 22-23. For merely a single example, AGOSTINHO BARBOSA, *Repertorium Iuris Civilis et Canonici*, ed. Simon Vaz Barbosa, Lyon 1668, reprinted Lyon, Annison & Jean Posuel, 1713.

⁸ 18th century, see S. Dauchy & V. Demars-Sion (ed.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de Jurisprudence, XVIIe-XVIIIe siècles*, Paris 2005, and e.g. GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabetique* [1736] 3rd ed., Paris, Nyon fils, 1766. 19th century, P.-N. BARENOT & N. HAKIM, *La Jurisprudence et la*

By the 18th century, the simple level of alphabetisation represented by the early *Repertoria* and similar books, and by the early Abridgments, had been superseded by the combinations of «institutional» and similar analytical forms with alphabetisation, represented on the one hand by analytical treatments of particular topics organised on a larger scale under alphabetical headings in the later Abridgments, from Rolle, through Matthew Bacon to Viner; and, on the other, by massive extension of indexing of books ordered in other ways⁹. There is a sense in which modern search engines represent a further development of the index. Both learned lawyers and common lawyers adopted in the 15th century a new technology of alphabetisation for making masses of information more readily accessible; and continued to develop it down to modern times.

2. *Maxims*

The writing of *regulae iuris* books treating the law axiomatically, on the basis of foundational rules which were theoretically self-evident, but in practice derived from Digest 50.17 or from VI.5.12 (*decretalium*), began among civilians and canonists in the 15th century and spread to some common lawyers in the later 16th-early 17th, continuing in use substantially later. The late Prof. Peter Stein discussed it at length in his book *Regulae Iuris* in 1966¹⁰. Ian Williams has discussed in more depth the use of maxims in 16th and 17th century English legal reasoning¹¹.

The only point which needs to be added to these discussions is the persistence of maxim-based reasoning in England into the 18th century and beyond. New books of this form in the 18th century included Richard Francis's *Maxims of Equity* (1727); the anonymous 1749 *Grounds and Ru-*

Doctrine: retour sur une relation clef de la Pensée Juridique Française Contemporaine, Quaderni Fiorentini 41 (2012) 251-297 at 257-58, 263-283; P.-N. BARENOT, *A View of French Legal Lexicography: Tradition and Change from a Doctrinal Genre to the Modern Era*, in M. Mac Aodha (ed.), *Legal Lexicography: A Comparative Perspective*, Farnham 2014, 11-30.

⁹S. STERN, *The Case and the Exceptions: Creating Instrumental Texts in Law and Literature*, in P. Rogers & L. Runge (eds.), *Producing the Eighteenth-Century Book: Writers and Publishers in England, 1650-1800*, Newark 2009, 95-116, at p. 98-102.

¹⁰*Regulae Iuris*, Edinburgh. J.W. Cairns & P.J. du Plessis (eds.), *The Creation of the Ius Commune: from Casus to Regula*, Edinburgh 2010, contains in several of the essays further discussion of the increased prominence of *regulae* in the medieval *ius commune*, but does not focus on the *regulae iuris* books as a form of map of the law.

¹¹M. Del Mar & M. Lobban (ed.), *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue*, Oxford 2016, Ch. 11.

diments of Law and Equity; Thomas Branch's *Principia legis & æquitatis* (1753); and Capel Lofft's *Principia cum juris universalis tum præcipue anglicani* (1779)¹². The 17th century maxim-based books of Francis Bacon and attributed to William Noy, and Francis's book, continued to be reprinted into the 19th century, if more in the USA than in the UK; and the «maxims of equity», derived from Francis's book maintain a forlorn presence in modern equity textbooks.

Maxims were certainly citable as authority in court. For example, courts of equity, which were outside the 1624 Statute of Limitations, in the 1700s used maxims to support time limits on claims; and in the 1840s-1850s reliance on one of Francis Bacon's maxims caused confusion in the law of real security over intangibles¹³. A few survive in modern law, shorn of their context – *volenti non fit injuria* remains a doctrine of English tort law and *qui sentit commodum, sentire debet et onus* remains, under the name «benefit and burden doctrine» a rule of English land law¹⁴.

3. Institutionalism

Introductory law texts of an «institutionalist» form began in England around 1600; the pre-existing tradition has been misleadingly overshadowed by Blackstone.

The first printed was John Cowell's 1605 *Institutiones Iuris Anglicani*¹⁵. This was slavishly dependent on Justinian's *Institutes* to the point of considerable artificiality (e.g. treating the fee simple as a kind of servitude over

¹² FRANCIS, *Maxims of Equity* London, Lintot. Francis was perhaps the editor, since the main body text cites nothing after 1700, while the side-notes carry the coverage up to 1727. Subsequent editions 1728, 1739, 1746, and again in the 19th century. [Gentleman of the Middle Temple] *The Grounds and Rudiments of Law and Equity* London: Browne, Davis, Millar & Whiston, 1749; 2nd ed. 1751. BRANCH, *Principia legis & æquitatis: being an alphabetical collection of maxims, principles or rules, definitions and memorable sayings in law and equity*, London, J. Worrall, 1753. LOFFT, *Principia cum juris universalis tum præcipue anglicani*. «2nd ed» (there is no previous edition), 2 vv. London, Owen & Dilly, 1779. (Partial translation *Elements of universal law, and particularly of the law of England*. Vol. 1, 1779).

¹³ Time limits: M. MACNAIR, *Length of time and other equitable bars, 1660-1760*, H. Dondorp, D. Ibbetson & E.J.H. Schrage (ed.) *Limitation and Prescription: a comparative legal history*, Berlin 2019, 337-362, at 352-53, 356, 359, 360. Bacon and assignment of intangibles: *Lunn v Thornton* (1845) 1 CB 379, 135 E.R. 587, and following cases.

¹⁴ *Volenti* e.g. *Morris v Murray* [1991] 2 QB 6; benefit & burden e.g. *Wilkinson v Kerdene* [2013] EWCA Civ 44.

¹⁵ Cambridge, Legat.

land in the *dominium* of the Crown, trespass *vi et armis* as *rapina*, and the action on the case as Aquilian liability); Cowell in his preface argued that «Our common law (as we call it) is nothing but a mixture of Roman law and feudal law¹⁶». There is some limited variation from Justinian; for example, Book 4 tit. 18 *De publicis iudiciis* (crimes) is considerably expanded, though still proportionately much shorter than the treatments in any of the following accounts. The book was thought useful enough to be translated in 1651, and the Latin text was reprinted by Hall for Oxford University in 1664 and 1676¹⁷.

Roughly contemporary with Cowell (first drafted earlier, printed a little later) was Henry Finch's 1613 *Nomotexnia*. The book has a *quasi*-institutional structure with distinct English peculiarities. As Prof. Wilf Prest has shown, Finch technically produced a «Ramist» classification rather than simply following Justinian¹⁸; but he could not produce one wholly independent of Justinian¹⁹. It begins with sources of law, before moving to crimes (treated in descending order of seriousness); things (realty at length, chattels and torts more briefly, and obligations); and actions, containing a substantial discussion of courts and their jurisdictions as well as

¹⁶In the 1676 edition, Sig. A2v, «*legem nostram communem (quam dicimus) nihil aliud esse quam Romani & feudalis misionem*».

¹⁷The *Institutiones* fairly clearly did not become citable as a book of authority. It appears in three cases: in Eyre J's dissent in *The Case of the Prerogative concerning the Royal Family* (1718) Fort 401, 92 ER 909, to support the proposition that the grandfather does not have *patria potestas* in English law (a point so obvious that there would be no non-comparative authority); in *Menetone v Athawes* (1764) 3 Burr 1592, 97 ER 998 for *accessio* to the ship of timber and parts used in ship repairs and the passing of risk; and indirectly in *AG v Parsons* (1832) 2 Cr & J 279, 149 ER 120, where Du Cange's *Glossarium* sv *dominicum* is quoted as citing Cowell's definition of this word (in the index to the *Institutiones*). (Citations to cases down to 1865 here and below are to the versions in the *English Reports* reprint, as found in the Juta-Hart CDROM of that reprint and other electronic sources, and citations and abbreviations follow the citation conventions for these).

¹⁸W. PREST, *The Dialectical Origins of Finch's Law*, in *Cambridge Law Journal* 36 (1977) 326-352.

¹⁹E.g. Finch's core division, on Prest's account of the manuscript history, is into property claims and wrongs (delicts/ crimes), his additional material on sources of law (book 1) and actions (book 4), so that the final *Nomotexnia* looks quite strongly Justinianic in its *overall* shape. An additional issue posed is that the Gaian institutional classification is *already* a scheme of Aristotelian methodizing by categories and subcategories starting with the primary division into «persons, things and actions», so that while Prest clearly proves Ramist commitments in Finch, Hale *could* be more analogous to European «Institutist» writers of the period who, while using the same basic method, were willing to depart from the *particular* scheme of Justinian's *Institutes*. Cf. J. CAIRNS, *Blackstone, an English Institutist: Legal literature and the rise of the nation state*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984) 318-360.

actions proper. It is also marked by recurrent reference to the sources of law – statutes, prerogative, maxims – in the organisation of the treatment of the substantive topics. The French text was not reprinted until it was translated in 1759, but the posthumous 1627 printing of an earlier English draft of this text, *Law or a Discourse Thereof*²⁰ was reprinted in 1636, 1661, 1678 and 1759²¹.

Sir Matthew Hale's *Analysis of the Civil Part of the Law* was probably written in the 1650s. At the same period he wrote an analysis or *Summary* of the criminal law (pleas of the Crown) which was printed shortly after his death. His *History of the Common Law* is again probably of the same period, and is in substance the discussion of sources of law opening the *Analysis*. The *History* and *Analysis* were printed in 1713, and ran to a sixth edition in 1820²². The *Analysis* read together with the *History* is in some ways

²⁰ London, Stationers' Company.

²¹ Citation of Finch was infrequent, but began in the 1660s with a trickle of cases thereafter and down to the early 19th century: six in 1660-1699, seven 1700-1739, 14 1740-1779, five 1780-1819. (Numbers of citations here and in footnotes below are from searches in the Juta-Hart CDROM version of the English Reports; files of results are available from the author on request). Willes C.J. in *Parkhurst v Smith d Dormer* (1742) Willes 327, 125 ER 1197, commented that «I have collected these rules and maxims from Littleton Plowden Coke Hobart and Finch persons of the greatest authority» (at 332/1200). 1790s editors of earlier law reports (e.g. Leach's editions of Modern and Shower; Wilson's edition of Bunbury) gave some additional references to Finch in notes.

²² *Summary, Pleas of the crown, or, A methodical summary of the principal matters relating to that subject by Sir Matthew Hale ...*, London, William Shrewsbury & John Leigh, 1678. (The adverse comment in the preface of this edition on the other edition of the same year, *Pleas of the crown, or, A brief but full account of whatsoever can be found relating to that subject by Sir Matthew Hale*, London, Richard Tonson, 1678, is justified). *The History and Analysis of the Common Law of England, written by a learned hand*, London, John Walthoe, 1713. A. CROMARTIE, *Sir Matthew Hale 1609-1676*, Cambridge 1995, 104, asserts, without offering evidence, a date after the Restoration. However, the fact that Hale does *not* refer to the abolition of tenure in chivalry and its incidents – though he *does* refer to the fact that villeinage is obsolete, so that he clearly does not mean to state law not in force – pretty much excludes a date after 1660. The most probable context for the work is then the Commonwealth and Cromwellian law reform/codification debates of 1652-53 (D. VEALL, *The Popular Movement for Law Reform 1640-1660*, Oxford 1970, 79-88; B. WORDEN, *The Rump Parliament*, Cambridge 1974, ch 6; CROMARTIE, *Hale, op. cit.* 70-72). The *History of the Pleas of the Crown* published in 1736 is an unfinished worked-up version of the analysis in the *Summary*, written in the early to mid 1670s, extending in substantive law only to the felonies. There are analogous worked-up versions of the *Prerogatives of the Crown*, (ed. D.E.C. Yale, Selden Society Vol. 92, London 1976, written, according to the editor, in the 1650s-60s (p. xxiii-xxvi), the *Ports and Customs* (in Francis Hargrave (ed.), *Law Tracts, vol i*, London, 1787, 1-248) and the *Admiralty* (in M.J. Prichard & D.E.C. Yale (eds.), *Hale and Fleetwood on Admiralty Jurisdiction*, Selden Society Vol. 108, London 1993, 1-120; written, according to the editors (p. xviii), in Hale's retirement shortly before his death.)

more «institutional» in character than Finch, though this may be an effect of the severance of the *Summary of the Pleas of the Crown* from the *Analysis*. It includes a good deal of public law under the title *Persons*; but unlike Finch, Hale does not have a distinct category of Contracts. His analytical treatment in the *Summary of the Pleas of the Crown*, on the other hand, is semi-institutional; it divides offences into capital and non-capital, and classifies the capital offences into those against God, against the person, and against property; the non-capital offences are divided into those at common law, and those by statute; criminal courts and process are treated separately at the end, in Justinianic fashion, as a sort of *Actions*²³.

Thomas Wood published in 1704 *A New Institute of the Imperial or Civil Law*, and in 1708 *Some Thoughts concerning the Study of the Laws of England in the two Universities*. He followed up these texts in 1720 with *An Institute of the Laws of England*²⁴. This ran to a 10th edition in 1772, thereafter being superseded by Blackstone. Wood's structure, like Hale's, includes a good deal of public law in *Persons*; but he also includes a full book on *Crimes*, and an extensive discussion of the jurisdiction of courts under *Actions*. And like Hale, he does not have a separate category *Contracts*, but treats the topic under transfer of property on sale, and under *Actions*²⁵.

There exists an unfinished draft of a large book in «institutional» format by Jeffrey Gilbert (later a judge), and perhaps some collaborators, written in the first decade of the 18th century. Prof. Michael Lobban is currently editing the text on *Personal Property and Contracts* for the Selden Society; what else survives can largely be found printed in *dissecta membra* in the single-subject «treatises» attributed to Gilbert and in parts of Matthew Bacon's *New Abridgement*, variously published in the 1730s-1760s²⁶.

There are gaps in the Gilbert corpus which correspond roughly to the

²³ The *Summary of the Pleas of the Crown* was citable as authority in court between 1695 and 1735: 13 citations, which given the small number of reported cases on capital crimes is a substantial number. It was superseded by the publication of the fuller *History of the Pleas of the Crown* in 1736. The *Analysis* was only cited three times between publication and 1800, and the *History of the Common Law* five times.

²⁴ London, Eliz. Nutt & R. Gosling, 1720.

²⁵ Wood's *Institute of the Laws of England* seems to have been rarely citable; one citation 1720-1760, two 1761-1800, eight 1801-1840.

²⁶ On Gilbert's work see M. MACNAIR, *Sir Jeffrey Gilbert and his Treatises*, in *JLH* 15 (1994) 252-268 and *Gilbert, Sir Jeffray*, in *Oxford Dictionary of National Biography*, s.n. Prof. Lobban's introduction to his Selden Society edition of the *Personal Property* will when it appears largely supersede these.

written-up parts of Hale's work (the *History of the Pleas of the Crown*, the *Prerogatives*, the *Ports and Customs* and the *Admiralty*). The gaps imply that the *overall* structure is not really visible. Personal property, contracts and wills and succession were clearly intended to be treated before real property, in contrast to most English analyses. The manuscript on *Actions*, subhead *Particular actions*, deploys the Gaian-Justinianic distinction between actions *in rem* and *in personam*, and the theorised distinction between proprietary and possessory claims which can be drawn from the actions/ interdicts distinction, more extensively than earlier writers²⁷.

Gilbert is known from his citations to have had access to Hale manuscripts, so that the gaps probably indicate an intention to work up in more detail ground which Hale had covered only in outline. The importance of this is a matter of style. Cowell wrote both as a civilian and in Latin, and in a very compressed way. Finch translated his English draft into French and produced a very «common law» structure. Hale's *Analysis* and *Summary* are draft notes. Wood's *Institute* is extremely compressed. Gilbert's drafts provide a bridge between the connected prose of Hale's *History of the Pleas of the Crown*, and the historical interpretations found there and in the *History of the Common Law*, and Blackstone's style and use of history²⁸.

At this point we arrive at Blackstone. Both Blackstone's lecture notes published as *An Analysis of the Laws of England* (1756 and following editions) and the written-up *Commentaries*, are structurally close to Hale and Wood: a good deal of public law is included under Persons, Contracts falls under transfer of property and under Actions; there is material on the jurisdiction of courts under Actions (though less than Finch, Hale, Wood, or Gilbert); there is a full book/ volume on Crimes²⁹.

In spite of this use of adapted forms of the institutional scheme, citations in court to Justinian's *Institutes* were rare in the 18th century, and

²⁷ Columbia Law School, Diamond Law Library, MS Singleton 61. ff 1-116, esp 1-4.

²⁸ The large scale and fragmentary publication of the Gilbert corpus means that it could not be used as a source of authority for elementary points in the way the other authors cited were used. Gilbert's writings did, however, become citable in court from the late 1750s – three instances 1757-1758, 17 in 1760-1779, and 48 in 1780-1799. This shows a rising trend down to 1800.

²⁹ Blackstone became citable from the time of his appointment as a judge in 1770 (earlier apparent references are in headnotes and footnotes the work of later editors). Six citations in 1770-1780, 31 in 1781-1790, 37 in 1791-1800. Blackstone's judicial near-contemporaries seem to have been fairly skeptical of such citations: in 26 cases the point was accepted, in 37 it was rejected, in 12 it was marginal or ignored by the judges, in six it was merely ornamental comparative or historical material.

overwhelmingly concerned issues of succession to movables, marriage, and other matters within the ecclesiastical jurisdiction³⁰.

4. *Common law syllabus*

«Institutes» need not mean reference to Gaius and Justinian. *Institutions, or Pryncypall Groundes of the Lawes and Statutes of Englande* (1551) begins with translations of J. Inst. 1.1pr. and an English paraphrase of D. 1.1.1pr.-1. But what follows is purely material on the law of property in land drawn from Littleton's *Tenures*, modified by the addition of some of Henry VIII's statutes on this subject.

More famously, Sir Edward Coke's *Institutes of the Laws of England* are self-identified in the preface to the 1627 *First Part of the Institutes, or a Commentary upon Littleton*, as *Institutes*, and the three parts yet to come are advertised as such³¹. Described by Maitland as «disorderly heaps» of learning³², Coke's *Institutes* nonetheless *does* aim to cover most of the ground of English law. The fact that it is called *Institutes* is clearly addressed to the arguments of the civilians about the barbarism and obscurity of English law; the project is, in that sense, a *response* to the institutionalism of the civilians Cowell and Finch. It asserts precisely that what Justinian's *Institutes* does for the beginning civilian *can* be done for the be-

³⁰ Citations of «Inst.» are very numerous, but almost invariably references to Coke. 68 hits on search for «Justin*» 1700-1799, including references to the *Code*, *Digest* and *Novels* as well as to the *Institutes*, and several cases involving persons named «Justin» or «Justinian». There are only 11 cases (of 25827 total hits) using the *Institutes* outside the ecclesiastical context: *Lane v Cotton* (1701) 12 Mod 472, 88 ER 1458, 1 Ld Raym 646, 91 ER 1332 (vicarious liability); *Coggs v Bernard* (1703) 2 Ld Raym 909, 92 ER 107 (bailment and contracts *re*); *Simmonds v Parminter* (1748) 1 Wils KB 185, 95 ER 564 (attempt to use *negotiorum gestio* to support a point on commercial paper) *Ryall v Rolle/ Rowles* (1750) 1 Atk 165, 26 ER 107, 1 Ves Sen 347, 27 ER 1074, 9 Bligh NS 377, 5 ER 1331, 1 Wils KB 260, 95 ER 607, where arguments are used based on the distinction between *pignus* and *hypotheca*; *Pillans v Van Mierop* (1765) 3 Burr 1663, 97 ER 1035 (contractual formality); *Collins v Blantern* (1767) 2 Wils KB 347, 95 ER 850 (*turpis causa*); *Carter v Murcot* (1768) 4 Burrow 2162, 98 ER 127 (seashore); *Millar v Taylor* (1769) 4 Burr 2303, 98 ER 201 (Inst. 1.1.3); *Forward v Pittard* (1785) 1 TR 27, 99 ER 953 (*Coggs* as founded on Justinian); *Ball v Herbert* (1789) 3 TR 253, 100 ER 560 (navigable river); *Rann v Hughes* (1778) 7 TR 350n, 101 ER 1014 (contractual formality).

³¹ Cited here from the 18th ed by Charles Butler, London, J & WT Clarke & others, 1823, reprint, Birmingham, Ala., 1985, i, xl.

³² Cited above n. 2. The passage quoted in the text at that note continues: «Even in the days of Elizabeth and James I Coke, the incarnate common law, shovels out his enormous learning in vast disorderly heaps».

ginning common lawyer. It just divides the law up in a way strange to us: Tenures; Statutes; Pleas of the Crown; Jurisdiction of Courts.

Coke explains this division in the Proem to the *Third Part*³³. The first two parts concern matters of common pleas or *meum* and *tuum*, in Ulpianic or modern terms private law; the third and fourth parts stand as separate categories, though in Ulpianic or modern terms we would call them public law. If we are to draw an analogy with Gaius' «persons, things and actions», for Coke all the law concerns «common pleas, pleas of the Crown, and the jurisdiction of courts».

Within these categories the organisation varies, but apart from the *Second Institute* less than it might seem. The organisation of the *First Institute* naturally follows Littleton. Littleton's order consists of the estates in land, in descending order of scope from fee simple; followed by homage and fealty; followed by the feudal tenures, in descending order from the military tenures; followed by four chapters on co-ownership, and a miscellany of other points. The *Second Institute* is naturally chronological³⁴. The *Third Institute* treats crimes in descending order of seriousness starting with treason. The *Fourth Institute* treats jurisdictions in descending order of importance starting with parliament³⁵. The dominant pattern within the broad categories is the descending order of importance.

Of course, none of the components are novel. The *First Part of the Institutes* is a *gloss*, in the style of 12th – 13th century *ius commune* writing, on the *Tenures* of Littleton, dating from the 1460s, which itself superseded the *Old Tenures*³⁶. The *Second Part* is, in substance, a set of Readings (lectures; in *ius commune* terms Commentaries) on the older statutes and some recent ones, derived from the later medieval Inns of Court teaching syllabus³⁷. The *Third Part* had relatively recent predecessors in Ferdinando Pulton's *De Pace Regis et Regni* (1609) and William Staunford's *Les Plees*

³³ Cited here from London, W. Clarke & Sons, 1817, reprint, Union, NJ, 2002 (the first page of the proem, which is unpaginated in this edition).

³⁴ *The Second Part of the Institutes of the Laws of England, containing the exposition of many ancient and other statutes*, cited here from the edition of London, W. Clarke & Sons, 1817, reprint, Union, NJ, 2002.

³⁵ *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England; concerning the jurisdiction of courts*, cited here from the edition of London, W. Clarke & Sons, 1817, reprint, Union, NJ, 2002.

³⁶ T.E. Tomlins (ed.), *Littleton: his treatise of tenures*, London, Sweet, 1841, reprint, New York, NY 1970; for the dating see BAKER, *OHLE vi*, cit. 501.

³⁷ BAKER 105 SS xv-xxx; ID., *Readers and Readings in the Inns of Court and Chancery*, London, Selden Soc., 2000, 3-5; ID., *OHLE vi*, cit. 463-67.

del Coron (1557)³⁸. The *Fourth Part's* predecessors were Richard Crompton's 1594 *L'autoritie & Iurisdiction des Courts de la Maiestie la Roygne*³⁹, and the anonymous *Diversite de courts et lour iurisdiction* (1525)⁴⁰. Behind the latter lay the medieval *Le Court Baron*⁴¹.

Professor Baker has identified as elements of the elementary curriculum at the Inns of Chancery at least the *Natura Brevium*, the *Tenures* and the *Court Baron*, plus some readings on the statutes more elementary than those of the Inns of Court⁴². When, as Prof. Baker also shows, William Rastell printed an «omnibus handbook» in 1534 it contained the *Natura Brevium*, the *Tenures*, the *Book for Justices* (criminal law), *Novae Narrationes*, *Returna Brevium* and the conveyancing handbook *Carta Feodi*⁴³.

From this standpoint Coke's *Institutes* are an elementary text in the same tradition, but have an odd omission. No *Natura Brevium*, and no advice to students to read the *Natura Brevium*: they are told that *Littleton* will be their first law book⁴⁴. There seems to be a possible change of approach on Coke's part here, since Coke's *Reports* published between 1600 and 1615 contain frequent citation of Fitzherbert's *Natura Brevium*⁴⁵. In fact, Coke's own 1614 book of entries is alphabetically ordered; and Simon Theloall's 1579 *Digest of Writs* is the opposite of a general map of the law, being an ultra-specific treatise on the composition of writs considered as writs of any kind whatever and possible technical objections to them – that is, procedural law abstracted from all substantive content⁴⁶.

In practice, however, Fitzherbert's *Natura Brevium* was translated into

³⁸ Pulton, London, Stationers' Co; Staunford, London, Tottell.

³⁹ London, Yetsweirt.

⁴⁰ London, Berthelet.

⁴¹ BAKER, *OHLE vi*, cit., 457, 504.

⁴² *ID.*, *ibid.*, 457.

⁴³ *ID.*, *ibid.*, 496.

⁴⁴ Co. Lit. i, Preface, xl.

⁴⁵ 74 citations in the form «F.N.B.» and a further seven references to «Fitzherbert» or contractions of the name meaning to the *Natura Brevium* (this count includes the posthumously published vols 12 and 13); including two references to Fitzherbert's preface to the *Natura Brevium* pointing to the fundamental role of the Register of Writs, *Webb's Case* (1608) 8 Co Rep 45b, 77 ER 541 at 48b/546 and *Arthur Blackamore's Case* (1610) 8 Co Rep 156a, 77 E.R. 710 at 159a/715.

⁴⁶ COKE, *A Booke of Entries*, London, Stationers' Co., 1614. Coke, in fact, boasts (*To the Reader*) that «there is an exact and plaine table of Titles, without perplexed and intricate diuisions or subdiviisions ...». THELOALL, *Le digest des briefes originals, et des choses concernants eux*, London, Tottell, 1579.

English in 1652; new editions were published down to 1794; and the book continued citable as authority down to the 19th century⁴⁷.

If we go back to Prof. Baker's discussion of the Inns of Chancery syllabus⁴⁸, the *clearest* element is the *Natura Brevium*. In fact, we should probably suppose that the beginning late-medieval lawyer got his general map or taxonomy of the law from the *Natura Brevium*. The additional elements of the syllabus are those the *Natura Brevium* does not cover: that is, the *Tenures*, some element of local court process (the *Court Baron*), and an introduction to the statutes (necessary given the relative importance of statute law in the English common law, compared to the much less active continental legislators of the middle ages and early modern period)⁴⁹.

So what is the coverage and internal ordering of the *Natura Brevium*? The *Old Natura Brevium* has to be the starting point, because Fitzherbert's version both covers less ground, and is more disorderly, than the *Old NB*. The *Old NB* as printed is by no means very orderly. But there are distinct *groups* of writs collected together within it. It opens with Writ of Right and Dower variants. The substantive coverage of the law is pretty broad. The *ordering* is a lot less clear and is clearly to a considerable extent the result of historical accretion. But the underlying shape of the core ordering around which the rest is accreted is fairly clearly that of *Glanvill*, written around 1190, which is also present in the *Registers of Writs* (there similarly with complexities caused by accretions)⁵⁰. It is trite that *Glanvill* ordered the writs the author treated in descending order of the availability of *essoins* (defendant's adjournments for various reasons)⁵¹. An alternative scheme was offered in the mid-13th century by the author of *Fet Asaver*,

⁴⁷ 147 citations in 1660-1679, 82 in 1680-99, 53 in 1700-1719, with the frequency falling to an average of 35 per 20 years in 1720-1799, and then rising (with increased total reported cases) to 60 in 1800-1819, 70 in 1820-39, and 96 in 1840-59. Thereafter (following the abolition of the forms of action by Common Law Procedure Act 1852) the number of citations fell dramatically (44 in 1860-75, 19 in 1876-99) and they became already from the 1850s primarily ornamental and historical rather than offered as potential dispositive authority.

⁴⁸ BAKER, *OHLE vi*, cit. 457.

⁴⁹ The Italian city-states of course form a largish exception to this general claim.

⁵⁰ The process of accretion can be seen beginning in E. de Haas & G.D. Hall (eds.), *Early Registers of Writs*, Selden Society vol. 87, London 1970. The end result as printed is in *Registrum Omnium Brevium* London, Assign of John More, 1634.

⁵¹ T.F.T. PLUCKNETT, *Early English Legal Literature*, Cambridge 1958, 34-37; R.C. van Caenegem (ed.), *Royal Writs from the Conquest to Glanvill*, Selden Society vol. 77, London 1959, 354-55; D.W. SUTHERLAND, *The Assize of Novel Disseisin*, Oxford 1973, 16; R.V. TURNER, *Judges, Administrators and the Common Law*, London 1994, 79.

who ordered writs by the consequences of defendant default⁵²; but this did not catch on. The use of descending order of importance as a mode of organisation has been imitated from this original context in Littleton's *Tenures*, and in treatments – notably Coke's – of the pleas of the Crown, and of the jurisdiction of courts.

It can be added, both as Prof. Seipp has, and as Profs. Joshua Tate and Thomas McSweeney have in relation to property matters⁵³, that medieval lawyers did use some of the Justinianic institutional categorisations – property and possession, contract and delict, and so on; and that these can be found within the *Natura Brevium*⁵⁴. But these categories do not define the *overall structure* of the account in the *Natura Brevium* in the way that is true of institutional treatments of the law.

Underlying this procedural approach is what can perhaps tentatively be called some principles, and/ or merely silent assumptions. First, we have pretty good evidence that late medieval common lawyers regarded it as a matter of principle that the defendant should have early notice – in the first summons he received – of the general nature of the claim being made against him. This was used as an objection to general citation in ecclesiastical and other forms of summary procedure at various points in the 14th and 15th centuries (and surfaced quite late in factitious 17th century objections to the Bill of Middlesex procedure)⁵⁵.

⁵²In G.E. Woodbine (ed.), *Four Thirteenth Century Law Tracts*, New Haven, CT 1910, 53-75. There is a Latin version misleadingly titled *Articuli ad Novas Narrationes* which was printed down to 1561 (*Herein is contained the booke called Nouae narrationes, the booke called Articuli ad Nouas narrationes, and the booke of diuersitees of courtes*, London, Tottell, 1561).

⁵³SEIPP, *Roman Legal Categories in the Early Common Law* in T.G. Watkin (ed.), *Legal Record & Historical Reality*, London 1989, Ch. 2, and Bracton, *the Year Books, and the "Transformation of Elementary Legal Ideas" in the Early Common Law*, in *Law and History Review* 7 (1989) 175-217; TATE, *Ownership & Possession in the Early Common Law*, in *American Journal of Legal History* 48 (2006) 280-313; MCSWEENEY, *Property before Property: Romanizing the English Law of Land*, in *Buffalo Law Review* 60 (2012) 1139-1199.

⁵⁴Prof. Seipp in the draft referred to above n. 3, at nn. 19-20 and text there, cites [*Old/Vieux*] *Natura Brevium*, London c. 1518, esp. fos. [2], [5v], 48, 51, (right and possession) and [3], [5v], [39v], [52] (real and personal).

⁵⁵Statutes of due process, Sir J. BAKER, *Introduction to English Legal History*, 4th ed., London 2004, 97-98. General citation as a ground for prohibition, Sir Anthony FITZHERBERT, *Natura Brevium*, London 1652, at 99 A; there does not appear from the Tables of Contents or Index to be any discussion of the topic in C.M. GRAY, *The Writ of Prohibition* 2nd ed., https://chicagounbound.uchicago.edu/lib_pubs/8/ vol. 2, *Control of Judicial Conduct by Prohibition*, https://chicagounbound.uchicago.edu/lib_pubs/6/ vol. 4, *Prohibitions enforcing statutes*, or https://chicagounbound.uchicago.edu/lib_pubs/5/ (indexes to vols 1-3) (all consulted Sep. 13, 2018). 17th century objections to the Bill of Middlesex, Francis North in D.E.C. Yale (ed.), *Lord*

Secondly, it was certainly possible and not unacceptable to argue *as if* the Register of Writs constituted a statutory code which laid out all the remedies – and therefore all the rights – available in English law, except in so far as modified by statute⁵⁶. The result is that not only was Fitzherbert's *Natura Brevium* citable all through the 18th and into the early 19th century as potentially dispositive authority for propositions of law, as already indicated; this was also true of the *Register* itself⁵⁷.

Thirdly, it seems to be merely a silent general assumption of medieval common lawyers that the procedural divergences attached to individual writs were not merely historical but reflected issues of principle. Different types of claim and areas of the law in this approach *should* attract different procedural consequences. To give two obvious examples, claims to possession (claims of disseisin) can and should be more summary in their procedure than claims to ownership (claims of right). Claims concerning secret

Nottingham's *Manual of Chancery Practice* and *Prolegomena of Chancery and Equity*, Cambridge 1965, 172.

⁵⁶ Cf. P. BRAND, *Chancery, the justices and the making of new writs in thirteenth-century England* in M. Dyson & D. Ibbetson (eds.), *Law and Legal Process*, Cambridge 2013, Ch. 2; BAKER, *OHLE vi*, cit. 323-324.

⁵⁷ 95 relevant citations of «Register» in full form in 1600-1619 (out of 121 total hits). For subsequent periods searches for this term are swamped by references to the Register as an officer in the church courts or in the equity side of Chancery, so that the number of hits becomes too large relative to *relevant* hits for practical use. It should be added that the Register can also be cited as «Regist.» (22 citations 1600-1619); or «Reg.» which can also mean «Regis» or «Reginae» (95 hits 1600-1619, mostly irrelevant). For a few among many later examples of express discussion of the authority of the Register: *Holiday v Pitt* (1734) Cun 16, 94 ER 1033 at 24/1039, «The Master of the Rolls told them they must then look for it in the register, or else consider whether the Stat. of Westminster 2, which gives a writ *in consimili casu* extends to the present case». *Davies v Powell* (1738) Cooke CP 146, 125 ER 1013, at 146/1014, Willes CJ, «the Register 202 (and which is a book of the greatest authority in the law) shews that this rule is not a general rule»; *Perry v Nicholson* (1757) 2 Keny 557, 96 ER 1278, at 559/1279, Lord Mansfield CJ, «It is an established rule, that in debt on an award, a plaintiff needs set out no more of it than makes for him, and this doctrine is as ancient as the register»; *Jefferson v Bishop of Durham* (1797) 1 B & P 105, 126 ER 804, at 122/813, Eyre CJ, «As far as can be collected from the text writers of a very early period, and from the forms of proceeding contained in books of very high authority, such as the Register and Fitzherbert's *Natura Brevium*, it seems that there did not occur in practice, and that there was not in fact any remedy at common law against churchmen committing wastes»; *Orton v Butler* (1822) 5 B & Ald 652, 106 ER 1329, at 654/1330, Abbott C.J., «The law has provided certain specific forms of action for particular cases, and it is of importance that they should be preserved»; and Bayley J., «The Statute of Westminster gave the action on the case, where there was previously no proper form in the register, and from Slade's case (4 Rep. 92), to the present time the remedy for money had and received has been either by an action of assumpsit or debt. The question is now, whether the plaintiff can form a third; if we were to allow that, the provisions made in many instances by different Acts of Parliament would be evaded ...».

two-party transactions without writing, such as, but not only, parol contracts, can properly be met with wager of law (compurgation)⁵⁸.

One might hypothetically reconstruct the chain of thought as follows. We are trying to operate a rough and ready, affordable and not too dilatory, legal system: that is, one which avoids the vices of cost and delay which were already apparent in the later 12th to early 13th century canon law procedure⁵⁹. To do so means tailoring the acceptability of delays and the standard of judicial scrutiny of the facts to the nature of the disputes. We can scale the problem in a sense from at one extreme, conclusive judgment on land claims, requiring slow process and careful accuracy, to at the other end pure tort claims, like battery, which are both urgent, and require no more than rough causal and moral judgments which can, and should, be allocated to juries. The classification of writs is based on allocating appropriate procedural consequences to the nature of the claim. Once this scaling is adopted, it logically follows that due process requires that the defendant should have early notice of the nature of the claim.

In practice, parties' lawyers manoeuvred to avoid these policies which other lawyers tried to maintain. Claimants' lawyers in particular found fictional means of treating title claims under possessory or tortious actions⁶⁰. Moreover, the canon law *summary* procedure which emerged c. 1300 began to be imitated in various forms (ultimately mainly the English Bill or «equity» courts)⁶¹. The conceptual structure which underlay the ordering

⁵⁸ Possession claims as summary, SUTHERLAND, *Novel Disseisin, op. cit.*, generally; on wager of law, e.g. *Anon* (c. 1300) BL MS. Egerton 2811, f. 82r; I am indebted for this reference and a transcription of the report to Prof. Paul Brand.

⁵⁹ Already visible in the sense that these formed part of Henry II's explicit motivations for the Constitutions of Clarendon (1164). See c. 8 in W. STUBBS, *Select Charters and other illustrations of English constitutional History ...* 9th ed. by H.W.C. Davis, Oxford 1913, 165, and compare A.J. DUGGAN, *Henry II, the English church and the Papacy, 1154-1176*, in C. Harper-Bill & N. Vincent (eds.) *Henry II: New Interpretations*, Woodbridge 2007, 154-183 at p. 155-74. For the wider notoriety of the problem, see K. PENNINGTON & W.P. MULLER, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*, Washington, DC, 2008, 127.

⁶⁰ SUTHERLAND, *Novel Disseisin, op. cit., passim*. This did not cease in the 16th century, incidentally; there are later 18th and 19th century cases in which parties try or attempt to try title to land or real rights by summary prosecutions under the game laws for hunting while not owning sufficient land: eg. *Blunt v Grimes* (1789) 4 TR 681n, 100 ER 1243; *Calcraft v Gibbs* (1792) 4 TR 681, 100 ER 1242, 5 TR 19, 101 ER 11; *Hunt v Andrews* (1820) 3 B & Ald 341, 106 ER 688; *Rushworth v Craven* (1825) M'C & Y 417, 148 ER 476; *Earl of Carnarvon v Villebois* (1844) 13 M & W 313, 153 ER 130; *Cornwell v Sanders* (1862) 3 B & S 206, 122 ER 78.

⁶¹ For the development of the canon law summary procedure a clear recent account is in K. PENNINGTON, *Introduction to the Courts*, Ch. 1 in W. Hartmann & K. Pennington (eds.) *The History of Courts and Procedure in Medieval Canon Law*, Washington, DC, 2016, 24-29. For its

of the *Natura Brevium* was thus destabilised. The point was reflected in Edward Wynne's 1765 *Observations on Fitzherbert's Natura Brevium*, which went through the writs discussed by Fitzherbert to show that they were mostly out of use⁶².

Destabilised, but not completely dead. We can see *increased* use of the categories of the Gaian institutional scheme, or variants on them, over 1600-1800, both in legal writing and in argument in court. But over the same period, the scope of the civil equity jurisdiction was stabilised and the criminal and revenue equity jurisdictions were effectively killed⁶³; and the action on the case was subdivided into a series of categories which in a sense mirror the older writs: case for nuisance, trover in place of detinue, *indebitatus* in lieu of debt, and so on. The *possibility* thus existed of restating a procedural classification of the substantive law.

Some lawyers were clearly thinking in this way at least part of the time. Examples can be found in a range of cases about what claims can be joined in a single action. One striking example is *Beningsage v Ralphson* in 1682⁶⁴. The defendant had sold the claimant pot-ashes, which the claimant said were of defective quality. The claimant sought to declare, in an action on the case, on both a breach of warranty and deceit. Ventris reports the court as saying:

relation to «English bill» or «equity» procedure, M. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin 1999, Chs 1-2.

⁶² In *A Miscellany, containing several law tracts*, London 1765, 1-55. Dated at p. 55 as written April 1760.

⁶³ «Criminal and revenue equity jurisdictions killed»: the reference here to criminal equity refers to the Star Chamber, abolished 1641. Though there is some doubt about how far the court was a court of criminal equity in either the Aristotelian *epieikeia* sense, or the modern sense of equity, it was certainly a court which used English bill confession-based procedure, not available in criminal matters after 1641, and was arguably also one which took a broad view of the scope of offences; and cf. M. FORTIER, *The Culture of Equity in Early Modern England*, Aldershot 2005, 81-83; Ian Williams has a 2016 Leverhulme grant to investigate criminal equity in Star Chamber. Revenue: this is visible in the very limited corpus of reports in the Exchequer, as *qui tam* prosecutions for penalties at law after the mid-17th century replace forms of equity proceedings against taxpayers used earlier. Scope of the civil equity jurisdiction stabilised: this is a commonplace; cf. e.g. D.E.C. YALE (ed.), *Introduction to Lord Nottingham's Chancery Cases*, vol. i, Selden Society vol. 73, London 1957.

⁶⁴ *Beningsage v Ralphson* (1682) 1 Vent 365, 86 ER 235, 2 Show KB 250, 89 ER 921, Skin 66, 90 ER 32. I have followed Shower's spelling of the claimant's name because his report makes clear that he was counsel in the cause. Ventris gives *Denison*, which can be readily rejected on *lectio difficilior* grounds, Skinner *Bevingsay v Ralston*.

«Causes upon contract which are in the right, and causes upon a tort cannot be joined, for they do not only require several pleas, but there is several process, the one summons, attachment, &c., the other attachment, &c»⁶⁵.

Here we see *both* the use of the Gaian distinction between contract and delict (tort); *and* a more «common law» distinction between «sounds in the right» and «sounds in tort»; *and*, connected with the latter, a procedural distinction (of medieval origin) about mesne process. The issue of what causes of action can be joined in a single action went on being argued into the early 19th century, with the choice between a procedural basis, and denying joinder of claims in contract and tort, continuing debatable⁶⁶.

In the end modern variant forms of the Gaian institutional taxonomy won out. But this is not really a story about civilian rationality versus common law chaos. The story is one of the partial displacement of a procedural taxonomy, *via* a period of subversion, by a fashionable classicism – noted by Jeffrey Hackney in 2003 – which was also reflected in the character of 18th century public and elite architecture and in political rhetoric⁶⁷.

To pursue taxonomies based on *facts* is, inherently, to assume a uniform procedural system. But is a uniform procedure which allows defendants in tort claims a procedure as dilatory as in land title claims *right*? 15th to 17th century common lawyers took the view that it is preferable to have a legal order which is affordable and workable for 95% of litigants, even if it delivers unsatisfactory results to 5% of litigants. In Coke's version of the maxim, «It is better, saith the law, to suffer a mischief that is peculiar to one, than an inconvenience that may prejudice many⁶⁸». In modern English law, the uniform procedural system seems to turn that maxim on its head, amounting to *Bleak House* for common traffic accident claims, simple boundary disputes, and so on⁶⁹.

⁶⁵ At 1 Vent 366. Skinner 66 has «in the one summons and distress, in the other summons and attachment.». Shower's report is not in detail.

⁶⁶ E.g. *Duke of Bedford v Alcock* (1749) 1 Wils KB 248, 95 ER 600; *Mast v Goodson* (1772) 3 Wils KB 348, 95 ER 1094; *Judin v Samuel* 1 B & P NR 43, 127 ER 374.

⁶⁷ Hackney above n. 2 Architecture: e.g. G. WORSLEY, *Classical Architecture in Britain: The Heroic Age*, New Haven, CT, 1995. Political rhetoric: e.g. P. AYRES, *Classical Culture and the Idea of Rome in Eighteenth Century England*, Cambridge 1997.

⁶⁸ Co. Lit. 97b.

⁶⁹ CHARLES DICKENS, *Bleak House*, London 1853, cited here from the Penguin Classics edition, London 2003, famously satirised cost and delay in the Court of Chancery. On the persistent problem of cost and delay in English civil procedure see e.g. M. ZANDER, *The Woolf Reforms: What's the Verdict?*, in D. Dwyer (ed.) *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford 2009, Ch. 22; P. FENN, N. RICKMAN, D. VENCAPPA, *The impact of the Woolf reforms on costs and delay*, CRIS Discussion Paper Series – 2009.I, <https://www.nottingham.ac.uk/businesscentres/crbfs/.../cris-paper-2009-1.pdf> (consulted Sept 3, 2018).

THE GERMAN JUDGE AND THE ROMAN JURIST.
ANTIQUITY AS A MEDIUM
OF CONTEMPORARY REFORM IN THE 19TH
AND 20TH CENTURY

Hans-Peter Haferkamp

SUMMARY: 1. Gustav Hugo: The judge as a critical hermeneutist. – 2. Friedrich Carl von Savigny: The scholar on the judge's seat. – 3. Fritz Pringsheim: The responsible judge.

It is a well known fact that since the Middle Ages, the idea of the Roman jurist had been a prominent point of reference for the emerging European professional jurisprudence. The formation of a distinct 'class of jurists' in the early 19th century (which Jean-Louis Halpérin has recently identified as a uniquely German characteristic¹) went hand in hand with discussions about Roman jurists as an ideal. During the 19th and 20th century, the Roman jurist remained a key figure in the political debates on the function and relevance of such a class of legal professionals. The image of the Roman jurist was used as a shorthand for many different qualities: pragmatism, rationality, supreme knowledge of the law, intellectual freedom, consistency in thinking, the ability to construct convincing systems, reliable intuition, broad learning, and a careful and delicate approach in interpreting texts. In any case, the general consensus was that Roman jurists should be seen as the ideal. This multifaceted idea could then be adapted to specific contexts and debates to illustrate the comparatively sorry state of contemporary jurisprudence and thus the need for reform.

In this essay, I will discuss three such debates that combined historical

¹J.-L. HALPERIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, Paris 2015, 9 ss.

interpretation and a critical evaluation of the present. The focus will be on criticism directed at the contemporary judiciary; key figures are Gustav Hugo, Friedrich Carl von Savigny and Fritz Pringsheim.

1. *Gustav Hugo: The judge as a critical hermeneutist*

I shall begin with Gustav Hugo. In 1789, Hugo criticized the plans for a Prussian codification: “The great disadvantage lies in the fact that if the misshapen state of things will be sanctioned by codification, it will not be as easy to improve as it is now, at a time at which an improved university education could maybe slowly alter everything over the course of twenty years”².

For Hugo, the law in itself was not a guarantee for good jurisdiction. Instead, he stressed the need for an educational reform in order to shape a new type of jurist. The Prussian codification was meant to improve the quality of the judiciary whose deficits were universally bemoaned around 1800. In lower courts, it was common practice to sell or lend out seats³. Even the superior courts were partially filled with judges who had acquired their position via a sort of ‘family inheritance’⁴. The consequences of this situation are best illustrated by an example from Bavaria where two thirds of hitherto practicing judges failed a string of exams conducted between 1799 and 1803⁵. Prussian politicians reacted to these deficits by aiming at reducing the “traditionally nearly unlimited discretion of the judiciary”⁶ through a stricter binding of judges to the law⁷. The Prussian

²G. HUGO, *Review of Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere* (1789), in *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniß*, 1 (1828) 107-120, here 115: „Aber der große Nachtheil besteht darin, daß, wenn das Übel die Sanction eines Gesetzes erhalten hat, es nicht mehr so leicht zu heben ist, als jetzt, wo vielleicht noch Alles durch eine verbesserte Studir-Art auf Universitäten, in zwanzig Jahren, sich allmählig ändern kann“; on the following see H.-P. HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main 2018, 33 ss. and 269 ss.

³E. DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin 1953, 52.

⁴*Ibid.*, 53.

⁵R. WENDT, *Die bayerische Konkursprüfung der Montgelas-Zeit*, München 1984, 276 and passim.

⁶T. SIMON, *Gesetzgebungsstaat und die „Bindung des Richters an das Gesetz“. Zur Genese eines justizpolitischen Grundproblems*, in *Vienna Law Inauguration Lectures. Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien*, Wien 2008, vol. 1, 67-75, here 70: „[...] die traditionell nahezu unbegrenzten Entscheidungsspielräume der Justiz [...]“.

⁷H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung in deutschen Verfassungen des 19. Jahrhun-*

Common Law of 1794, of course, severely limited the judges' capacity for interpretation and delegated all questions of further legal development to a legislative commission. A general distrust of jurists (notoriously present, for example, in Frederic the Great) had apparently led to judges being robbed of all freedom.

The University of Göttingen played a central part in the increasingly lonely struggle for a new academic education of jurists around 1780. Disciplines such as theology, constitutional law and history of the Holy Roman Empire as well as jurisprudence, centering on the figure of Johann Stephan Pütter, were primary influences in this endeavor. And it was Gustav Hugo who then conjured up the ideal image of the Roman jurist in explicit contrast to the notion of a judge steered by the law. Whereas the Prussian state tried to solve the problem of low quality jurists by exercising greater control over them, Hugo wanted to create a new type of jurist, one that would conversely be free from an overly strict adherence to the letter of the law.

Hugo warned his contemporaries of the dangers of letting judges become mindless, lazy dilettantes and conjured up the Roman jurist as a critical and confident interpreter of laws who had used judicial equity to responsibly link law to life. "The entire fine Roman Law relied heavily upon this equity, and in this aspect, too, a simple historical reference demonstrates that it is not a good idea to relegate the judge to the role of a mere decision machine"⁸.

In order to train jurists who would use their freedom for the benefit of those subjected to the law, Hugo prioritized a new educational model inspired by ancient ideals. In 1789, he devised an educational goal that seemed, on the face of it, rather peculiar. He gushed about⁹ "how wonder-

derts. Aufgaben und Funktionen, in G. Kassimatis, M. Stolleis (ed.), *Verfassungsgeschichte und Staatsrechtslehre. Griechisch-deutsche Wechselwirkungen*, Frankfurt am Main 2001, 181-202, here 184-185; C. SCHOTT, *Rechtsgrundsätze und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln*, Berlin 1975, 74-75 and 85.

⁸HUGO, *Review of Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung* cit., 114: „Dieser Billigkeit war im ganzen schönen Römische Rechte sehr Viel überlassen, und auch in diesem Punkte macht die simple historische Bemerkung es schon sehr wahrscheinlich, daß man nicht wohlthue, wenn man den Richter zur bloßen UrtheilsMaschine machen will [...]“.

⁹G. HUGO, *Vorrede*, in E. GIBBON, *Historische Übersicht des Römischen Rechts*, annotated and translated from the English original by G. Hugo in 1789, newly ed. by O. Behrends, Göttingen 1996, 14-17, here 15: „[W]ie herrlich und schön das Römische Recht sich bearbeiten ließe [...], wenn man, zunächst noch ohne alle Rücksicht auf das, was unsere Advocaten zu wissen brauchen [...] bloß darauf ausginge, die Römer kennenzulernen [...]“.

For further information: O. MEJER, *Gustav Hugo, der Begründer der historischen Juristenschule. Eine Göttinger*

ful and fulfilling it would be to teach Roman Law if one could [...], at least initially, disregard everything our advocates need to know [...] and simply focus on getting to know the Romans". In his "Civil Law Course" (*Civilistischer Coursus*), starting that same year in Göttingen, education about contemporary law was sidelined in favor of an occupation with Antiquity. In his class on the pandects, Hugo relegated both contemporary Roman law and Justinian's law to the margins. Instead he focused his lecture on a systematic delineation of the ancient Roman law. While Hugo dismissed the elder Roman jurists because they were "no more than practitioners and experienced in the techniques of notaries public"¹⁰, in his opinion the prime period of Roman jurists lasted from 100 until 250 p.C. This period "was preferable to any previous periods" because it was then that the "entire legal system of the Romans reached its heyday only because it had been shaped by the scholars who received their education or wrote during the second century"¹¹. Hugo thus predominantly taught a historical version of Roman law, disregarding its current validity, which led him to incorporate many sources from outside the *Corpus Juris*. He taught laws which were not in force in 1789 Germany. The following commentary by Johann Georg Schlosser shows how uncommon such an approach was at the time. In 1791, Schlosser remarked: "The least likely thing to happen in our time was the resurgence of pure Roman Law"¹². "Such a course of study can only disappoint the expectations of our contemporaries" and "it cannot generate money, for who would pay even Scaevola as much money for a detailed case study after the Roman fashion as a modern-day notary public gets paid for a testament?"¹³.

Erinnerung [1879], reprinted in ID., *Biographisches. Gesammelte Aufsätze*, Freiburg im Breisgau 1886, 26-27; O. BEHREND, *Gustav Hugo – Der Skeptiker als Wegbereiter der vom Geist der Romantik geprägten Historischen Rechtsschule*, in Gibbon, *Historische Übersicht des Römischen Rechts* cit., 159-226, here 159-160.

¹⁰G. HUGO, *Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandecten-Rechts, zu exegetischen Vorlesungen*, Göttingen 1790, vol. 1, IX: „[...] daß die ältern Juris-Consulten der Römer nichts als Practiker und in der Notariatskunst geübte Leute waren“.

¹¹*Ibid.*, IX: „Wenn es aber demnach unleugbar ist, daß das Römische Rechtssystem zur Zeit der Antonine und der berühmtesten juristischen Classiker, den Vorzug vor jedem frühern verdient [...]“; p. VIII: „[...] das ganze juristische System der Römer erst durch die Bearbeitung der Gelehrten, die im zweyten Jahrhunderte schrieben oder sich bildeten, seinen höchsten Flor erreichte“.

¹²J.G. SCHLOSSER, *Ueber das Studium der reinen Römischen Jurisprudenz*, in *Civilistisches Magazin*, 1 (1791) 72-108, here 72: „Wenn von unsern Zeiten etwas wenig zu erwarten gewesen ist, so war es, daß in ihnen das reine Römische Recht wieder aufleben sollte“.

¹³*Ibid.*, 72, 73: „Ein Studium dieser Art kann keiner der Erwartungen unsrer Zeitgenossen

But Hugo did not romanticize ancient law. He was not a proponent of a revival of ancient law, with the exception of some individual cases in which he considered the ancient provision to be superior. Hugo claimed that “those who expect legal history to help them make great discoveries concerning applicable Roman law are bound for tremendous frustration”¹⁴. Hugo was under no illusion that ancient Roman law “was essential for graduating or for business”¹⁵.

Hugo did not teach his students current law but rather the method of its application. Complex and ambiguous texts lay at the center of his teaching. The sources of ancient Roman law were ideally suited to fulfil this task. In this, Hugo was deeply influenced by contemporary Göttingen theology which aimed at supplanting knowledge transfer with the ability to acquire knowledge. Correspondingly, Hugo imagined jurists equipped with the ability to interpret. In Hugo’s teaching, exegetical lectures took center stage. It is telling that he did not teach exegesis as a *hermeneutica juris*, characterized by hard and fast rules, but rather by application. According to Hugo, skills at interpretation were acquired by practicing interpretation, not by learning its abstract methods.

Instead of a mere passing down of information from an active teacher to a passive student, this model envisioned an interaction and communication between teacher and student¹⁶. The goal was to ignite a spark of creativity in the student, prompting him to follow his teacher’s example and to arrive at his own interpretation. Consequently, Hugo involved his students in the scientific process; he took care to focus his teaching “on the most recent developments, including my exchange of letters with other scholars”¹⁷. He

entsprechen [...]. Es kann kein Geld einbringen, denn, wer würde selbst dem Scaevola für ein ausgearbeitetes Gutachten im Römischen Geschmack, so viel bezahlen, als jetzt nur ein Notarius für ein Testament bekommt?“.

¹⁴ G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 3, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, 6th edn., Berlin 1818, 25: „[U]nd es ist eine ganz vergebliche Erwartung, wenn man für das anwendbare Römische Recht mit Hülfe der Rechtsgeschichte auf große Entdeckungen ausgeht.“

¹⁵ *Ibid.*, 24: „Der Nutzen der äußern und innern Geschichte des Römischen Rechts besteht [...] weder darin, daß sie im Examen, noch daß sie in dem Geschäftsleben unentbehrlich wäre [...]“.

¹⁶ R. STICHWEH, *Die Einbeit von Lehre und Forschung*, in ID., *Wissenschaft, Universität, Professionen. Soziologische Analysen*, 2nd edn., Bielefeld 2013, 199-214, here 203.

¹⁷ G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 1, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, 7th edn., Berlin 1823, 49-50: „[D]ie Rücksicht auf das Neuste, also allerdings auch der Briefwechsel mit andern Gelehrten [...]“.

Further information: C. VANO, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom Römischen Recht*, Frankfurt am Main 2008, 52.

viewed his students as his academic colleagues. In the wake of the rediscovery of so many sources of Roman law, he encouraged them “to conduct their own research in order to shed light on all the new material”¹⁸.

Hugo’s ideal was a jurist with the ability to interpret the sources autonomously, critically, and from a historical perspective. He wanted jurists who were also “scholars, capable of philosophy, who do not treat their field of study like a mere craft”¹⁹. “The main goal of education” was the “formation of intellect”²⁰. One should not study a science “to merely master it, but to become wiser through the act of studying”²¹. Hugo had “high standards” for jurists: “Intelligence, diligence, a thorough previous education [...] and a refined way of thinking”²². His academic teaching was thus geared toward the “formation and training of memory”, “development of taste”, “exercise of acumen” and “morality”²³.

And this is exactly what Hugo saw in the Roman jurists. He praised their broad education, especially with regard to philosophy, their conceptual precision and their technique of logical deduction²⁴. To Hugo, this resulted from the fact that “for the classical Roman jurists, oral pleading had

¹⁸G.C. BURCHARDI, *Lebenserinnerungen eines Schleswig-Holsteiners*, ed. by W. Klüver, Flensburg 1927, 77: „Der damals gerade von Niebuhr aufgefundene Gajus gab zu einem besonderen Verkehr Anlaß, in dem Hugo seine Zuhörer zu allerlei Nachforschungen zur Erklärung des vielen Neuen, welches man daraus erfuhr, aufforderte [...]“.

¹⁹G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 2, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, 2nd edn., Berlin 1799, 56: „Aber darin besteht der Nutzen wirklich, daß der Jurist, als Gelehrter, auch philosophirt, also sein Studium nicht wie ein Handwerk lernt [...]“.

²⁰Id., *Beantwortung der Antikritik Glück*, in *Civilistisches Magazin* 1 (1791) 495-517, here 505-506: „Ich gestehe, mir kommt dieß nicht so vor, theils deswegen weil Form und System zur Bildung des Geistes, also zum Hauptzwecke alles Unterrichts, weit mehr beyträgt, als die Menge der Materialien [...]“.

²¹Id., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 1, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, 2nd edn., Berlin 1799, 12: „Jede Wissenschaft muß auch als Uebung und Schärfung der Geistesfähigkeiten überhaupt angesehen werden [...]. Man studirt sie nicht blos, um gerade sie selbst gelernt zu haben, sondern auch um durch das Studiren klüger zu werden“.

²²Id., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 1, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, 8th edn., Berlin 1835 (here quoted from the reprint: Goldbach 1997), 58: „Unser Fach macht denn aber auch [...] an Den, welcher sich ihm widmet, bedeutende Ansprüche, es fodert [sic!] Kopf, Fleiß, Vorkenntnisse [...], und eine veredelte DenkungsArt“.

²³Id., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 1, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, 4th edn., Berlin 1811, 21: „Vorzüge des juristischen Studiums sind Gelegenheit zur Uebung und Ausbildung des Gedächtnisses [...] Bildung des Geschmacks [...] Uebung des Scharfsinns, – günstige Lage für die Moralität [...]“.

²⁴Id., *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 3, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, 11th edn., Berlin 1832, 818.

to be exegetic”²⁵. In this view, already in antiquity exegesis had been “the thread to which everything had been tied”²⁶. Therefore, Hugo was convinced that his educational concept corresponded to legal studies in ancient Rome²⁷.

2. Friedrich Carl von Savigny: The scholar on the judge’s seat

Savigny brought about a change in this portrayal of the Roman jurist. In many respects, Savigny had followed Hugo²⁸. In particular, he too thought of textual exegesis as essential for the education of able jurists. But even though his aim, “to put the judiciary into a position in which the judge be able to conduct his affairs with spirited thinking and not in a mechanical manner”²⁹ ultimately matched Hugo’s, Savigny chose another model Roman jurist as his point of reference: the classical Roman jurists impressed him through their quality as “fungible persons”³⁰. Savigny merged the Roman jurists and their law to form an inseparable entity. He stressed that in 2nd and 3rd century Rome the “entirety of legal literature itself had been one organic whole”, meaning that “in fact each individual could be seen as a representative of its legal knowledge in general”³¹. For Savigny, from this

²⁵ ID., *Exegetische Vorlesungen besonders über den Text der Institutionen*, in *Civilistisches Magazin* 2 (1797) 257-287, here 260-261: „Daß der mündliche Vortrag der Römischen classischen Juristen auch exegetisch gewesen sey, können wir nur aus der Analogie ihrer Schriften und aus der großen innern Wahrscheinlichkeit der Sache vermuthen [...]“.

²⁶ *Ibid.*, 276: „Exegese über irgend einen beliebten Autor war damahls selbst in Wissenschaften, in welchen kein Buch ein solches Ansehen haben kann, wie die Bibel oder das Corpus Juris, die Hauptsache, oder doch wenigstens der Faden, woran man alles knüpfte“.

²⁷ *Ibid.*, 259-260.

²⁸ See HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule* cit., 55 ss.

²⁹ F.C. von SAVIGNY, *Letter to Wilhelm von Gerlach, March 1, 1834*, in H. Liermann, H.-J. Schoeps (ed.), *Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz. Aus dem Briefwechsel Savigny, Puchta und Bethmann Hollweg mit Ludwig von Gerlach*, (Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen/Philologisch-historische Klasse, Jahrgang 1961, 14), Göttingen 1961, 490: „Besonders freut es mich, auch hier meiner Lieblingsüberzeugung zu begegnen, daß aller Erfolg davon abhängt, den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, also ihn zu erziehen“.

³⁰ ID., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 157: „[M]an könnte [...] sagen, daß damals die einzelnen Juristen fungible Personen waren“.

³¹ *Ibid.*: „Unter den Römern zur Zeit des Papinian war ein Gesetzbuch möglich, weil ihre gesammte juristische Literatur selbst ein organisches Ganze war [...]. In einer solchen Lage gab es sogar mehrere Wege, die zu einem guten Gesetzbuch führen konnten: entweder Einer konn-

followed that judges who thought like the Romans would sure-footedly and uniformly find the law³². This unity of legal thinking and law would permit leaving them a great deal of freedom with regard to statute law. “With the Romans, everything depended on the fact that the jurist’s intuitive access to the legal system (*lebendiger Besitz*) enabled him to find the law for any given case”³³.

For Hugo, the idea of fungible jurists – “each one of them being deemed as good as any other”³⁴ – remained an alien one. He viewed Roman jurists as individuals and their law as a bargaining process in the course of which certain opinions prevailed against others. Hugo was well aware of the metaphysical quality of Savigny’s assumption. As the basis of his theory of the formation of law, Savigny had used the notion that ideal law had to be a thinking interrelation between the law and the jurist. To Savigny, ideal law was thus an organism which would be administrated by jurists but not be made conscious by them. This also meant that the differences between Rome and the then present age of the German Confederation were of greater importance for Savigny than for Hugo. For Savigny, the Roman jurists were characterized by the fact that their “art is formed into scientific insight but without losing its clarity and vibrancy”. Their ability “to find and to show” the law had already in his *Beruf* led him to compare them with Germanic lay judges (*Schöffen*)³⁵. This focus on the personality of the Roman jurists did not seek to construct reality but to shed light on its inner workings. Reality and concept merged, nothing was artificial, everything grew together. But this was only imaginable with a view to a primal law which had come into existence together with the people and the jurists as part of the people. To Savigny’s mind, Germany did not possess such a primal form of law, but merely a law derived from Ro-

te es machen, und die Andern konnten hinterher einzelne Mängel verbessern, was deswegen möglich war, weil in der That jeder einzelne als Repräsentant ihrer juristischen Bildung überhaupt gelten konnte [...]“.

³² On Savigny’s idea of the judge: H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in W. Wilhelm (ed.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift Helmut Coing*, Frankfurt am Main 1972, 243-264; HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule* cit., 272 s.

³³ SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit* cit., 90: „Bey den Römern beruht alles darauf, daß der Jurist durch den lebendigen Besitz des Rechtssystems in den Stand gesetzt wird, für jeden gegebenen Fall das Recht zu finden“.

³⁴ G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. 3, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, 11th edn., part 2 [zweyte Abtheilung], Berlin 1832, 855: „Einer von ihnen sey völlig eben so gut als der Andre [...]“.

³⁵ SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit* cit., 31: „Methode, das Recht zu finden und zu weisen [...]“.

man as well as ancient Germanic law. Thus, the intuitive unity between people, law and jurists did not seem possible. Already in 1811, he emphasized: “we do not live and feel with that people, so that we cannot by artificial means let arise from historical sources that vibrant state of the law”³⁶.

Therefore, the German judge’s work differed from that of the Roman jurist. In 1816, Feuerbach had made fun of the historians, who, squatting over old books, would stress the ideal of the Roman jurist:

«As is generally known, the Roman jurist did not sit as a historian behind old monuments and manuscripts, but on the market place or at home amongst his clients or on the judge’s seat or in its vicinity. His knowledge was constituted by insights gained from the book of civil life, and, much rather than reading and learning, his task was to observe, to think, to decide and to deduce. Roman law did not draw its vitality from the exploration of Etruscan, Italic or Greek antiquities»³⁷.

For Savigny, this was no contradiction. In their close connection with the law, only the uneducated lay judges of the Middle Ages seemed comparable to Roman jurists. The modern judge was neither Roman jurist nor medieval lay judge (*Schöffe*):

«The state of our law has become an artificial one. We demand from our judge scientific legal studies, their success documented by means of specific examinations. This way, his position is completely different from the one of the lay judges (*Schöffen*) of old. Those lay judges bore with every single legal dispute witness to the law living within the people, a law the immediate consciousness of which was rooted in them as in all others [...] By demanding from the present-day judge in one respect more than from those, we correspondingly have to reduce our demands in another respect. He is called upon to decide by using a science not learned without great effort; thus we cannot

³⁶ ID., *Einleitung zu den Pandekten 1811*, in *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, new edn., ed. by A. Mazzacane, Frankfurt am Main 2004, 249-256, here 250: „wir leben und fühlen *nicht* mit jenem Volk, *also* aus historischen Quellen jenen lebendigen Rechtszustand künstlich entstehen lassen – [...]“.

³⁷ P.J.A. von FEUERBACH, *Vorrede*, in N. BORST, *Ueber die Beweislast im Civilprozeß*, Bamberg/Leipzig 1816, III-XXVI, here XIX-XX: „Der römische Rechtsgelehrte saß bekanntlich nicht als Geschichts- und Alterthumsforscher hinter alten Denkmälern und Manuscripten sondern auf dem Marktplatz, oder zu Haus unter den Klienten oder auf dem Gerichtsstuhl oder in dessen Nähe; sein Wissen war Erkenntniß aus dem Buche des bürgerlichen Lebens, und er hatte weit weniger zu lesen und zu lernen als zu beobachten, zu denken, zu urtheilen und zu schließen. Aus der Erforschung hetrurischer, altitalischer, griechischer Alterthümer sog das römische Recht seine Lebensäfte nicht [...]“.

expect that he also, by living in the people and comparable to the lay judges of old, has developed an intuitive consciousness of the law»³⁸.

Savigny's followers concurred. Puchta, for example, summarized: "In the science of Antiquity a natural force took the position which is nowadays taken by the thought, a thought critically conscious of itself and of its expedients and paths"³⁹. This was the starting point for the methodological debates within the Historical School of Law. The participants favored a compromise: on the one hand they did not abandon intuition as the participation in the spirit of the people (*Volksgeist*); the judge was expected to make allowance for equity and sense of justice. On the other hand, they demanded critical exegesis, historical deduction and the placement of the solution within the systematic context of the law. In the end, they thus remained closer to Hugo than the image of the fungible jurist suggested. The contemporary judge had to be a legal scientist, exploring and forming a subject matter that he was not acquainted with from the beginning. The modern judge could not be a fungible person.

3. Fritz Pringsheim: The responsible judge

This leads me to my third and last glimpse at German debates on the judiciary⁴⁰. The second German empire saw yet another lively debate about the position of the judge in the national state. The judiciary was, in two waves, between 1895–1897 and again between 1909–1913, struck by what

³⁸ F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, vol. 1, 189: „Unser Rechtszustand ist ein künstlicher geworden; wir fordern von dem Richter ein wissenschaftliches Rechtsstudium, über welches er sich durch bestimmte Prüfungen ausweisen muß, und dadurch wird seine Stellung eine ganz andere als die der alten Schöffen war. Diese legten bey jedem Rechtsstreit Zeugnis ab von dem im Volk lebenden Recht, dessen unmittelbares Bewußtseyn ihnen beywohnte wie allen Übrigen [...]. Indem wir von dem heutigen Richter auf einer Seite weit mehr fordern, als von jenen gefordert wurde, müssen wir auf der anderen Seite unsere Forderungen herabstimmen. Er soll urtheilen mit Hülfe der nicht ohne Aufwand vieler Kräfte erworbenen Wissenschaft, daher können wir nicht erwarten, daß er auch durch das Leben im Volke ein unmittelbares Rechtsbewußtseyn, gleich den alten Schöffen, erworben haben werde“.

³⁹ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig 1841, vol. 1, 466: „In der Wissenschaft des Alterthums überhaupt nahm eine Naturkraft die Stelle ein, die jetzt der seiner selbst und seiner Hilfsmittel und Wege kritisch bewußte Gedanke hat“.

⁴⁰ The ideas outlined in the following chapter can also be found in my essay: *'Byzantium!' – Bona fides between Rome and Twentieth-Century Germany*, in K. Tuori, H. Björklund (ed.), *Roman Law and the Idea of Europe*, London 2018, 145-158.

came to be known as the crisis of trust⁴¹. The national legislator, hitherto viewed so enthusiastically, had, by 1900, lost the trust placed in him. Thus, scarcely anyone called for a judge who would cling to the letter of the law. Everyone wanted to create sufficient space for the judge to pay heed to the perceived social and economic dynamics while applying the law. It was common opinion that the judge's discretion should be controlled by legal methods; the biased judge, deciding only according to his subjective views, was feared by all⁴². In this context, the ideal of the Roman jurist was once again evoked whose *interpretatio* was viewed by Theodor Kipp as "a mediator between the law and *aequitas*"⁴³. Some even went so far as to connect the Roman jurists to the Free Law movement (*Freirecht*). Especially the provocative writings of Hermann Kantorowicz⁴⁴ positioned the Free Law movement, from 1906 on, at the boundary between judicial freedom and arbitrariness by allowing the judge a liberal use of "free law"⁴⁵. In his 1911 article *Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht*, Hungarian scholar Géza Kíß drew a line from Roman jurists to the Free Law movement:

«The modern "Free Law jurist" can feel right at home. *Aequitas*, as a basis for the application of law, precludes an adherence to the letter of the law in principle [...]. The Roman jurist is not satisfied with the outcome of a logical interpretation, merely because it is logical in itself, or because it corresponds to the original will of the legislator; all these circumstances must also withstand the test of *aequitas*»⁴⁶.

⁴¹ G. LINNEMANN, *Klassenjustiz und Weltfremdheit. Deutsche Justizkritik 1890-1914*, Kiel 1989, 134 ss.; R. SCHRÖDER, *Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreiches unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen*, in A. Buschmann et al (ed.), *Festschrift für Rudolf Gmür*, Bielefeld 1983, 201-253; ID., *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, in *Rechtstheorie* 19 (1988) 323-367.

⁴² On this H.-P. HAFERKAMP, *On the German History of Method in Civil Law in five Systems*, in *German Law Journal* 17 (2016) 543-578.

⁴³ T. KIPP, *Geschichte der Quellen des Römischen Rechts*, 3rd edn., Leipzig 1909, 9: „Die *interpretatio* ist Mittlerin zwischen Recht und *aequitas*“.

⁴⁴ H. KANTOROWICZ [writing as Gnaeus Flavius], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.

⁴⁵ On this I. AUGSBERG, *Hermann Kantorowicz und die Freiheit des Rechts*, in A. von Arnald, I. Augsberg, R. Meyer-Pritzl (ed.), *350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Tübingen 2018, 191-236.

⁴⁶ G. KÍß, *Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht. Kritische Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 58 (1911) 413-486, here 430-431: „Der moderne ‚Freirechtler‘ kann sich ganz angeheimelt fühlen. Die

In 1921, Romanist Fritz Pringsheim added to this debate. With regard to the Byzantine Roman Law, he warned of a rule of *aequitas* over current law. Pringsheim underlined that it was only the Byzantine law that had discussed the difference between strict law and *aequitas*, between *jus aequum* and *jus strictum*. While at the time of the classical jurists *aequitas* had only served as a pressure relief valve, the Byzantine emperors had deliberately used *aequitas*⁴⁷ “to surmount and dominate the jus”⁴⁸. Jurists who thought this way were “latter day Greeks and Christians, and thus not authentic jurists in the Roman sense of the word”⁴⁹. Thus Pringsheim did not share Kiß’s enthusiasm for the Roman jurists’ use of *aequitas*⁵⁰. In his criticism, he referenced Max Weber whose work *Wirtschaft und Gesellschaft* he had already read by 1921⁵¹. Already in 1902, while arguing for a rational law as the “twin sister of freedom”⁵², Weber warned of judges who were prepared to deviate from the law in order to satisfy material demands made by specific groups. In rationalizing the law, legal science had to “logically analyze the extant norms using formal method and by that means prevent arbitrariness in their application; an arbitrariness veiled by social ethical considerations”⁵³. In 1930, Pringsheim extended Weber’s

aequitas, als Grundlage der Rechtsanwendung, schließt ein Haften am Gesetzeswort prinzipiell aus. [...] Der römische Jurist gibt sich nicht mit dem Ergebnis der logischen Auslegung zufrieden, nur darum, weil dasselbe an sich logisch ist, oder dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers entspricht, sondern all diese Umstände müssen auch die Probe der *aequitas* bestehen“.

⁴⁷ F. PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanist Section* 42 (1921) 643-668, here 645.

⁴⁸ *Ibid.*, 667-668: „Erst in byzantischer Zeit beginnt die *aequitas* das jus zu überwinden und zu beherrschen“.

⁴⁹ *Ibid.*, 668: „Die Byzantiner sind späte Griechen und Christen, also keine echten Juristen im römischen Sinne mehr“.

⁵⁰ *Ibid.*, 668 footnote 3.

⁵¹ Cf. the reference in F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna* [1921], reprinted in ID., *Gesammelte Abhandlungen*, Heidelberg 1961, vol. 1, 391-449, here 393 footnote 4: „Während der Korrektur lese ich in Max Webers Rechtssoziologie [...]“ [During proofreading, I consult Max Weber’s Rechtssoziologie].

⁵² First use of this phrase in: R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1858, vol. 2.2, § 45, 497: „Zwillingschwester der Freiheit“.

⁵³ M. WEBER, *Review of Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des deutschen Reiches I* (1902), in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* 17 (1902) 723-734, here 725: „[...] die einmal bestehenden Rechtsnormen nach ihrer formalen Methode logisch bearbeitet und dadurch ihre Anwendung der Willkür entzieht [...], welche sich in das Gewand sozialer Erwägungen kleidet“.

concept of rationalization without formalism⁵⁴ to *bona fides*. He now warned of equating *bona fides* with *aequitas* the way contemporary legal philosophers like Julius Binder did⁵⁵. For Pringsheim, *bona fides*, too, was no suprapositive law, but a technique to keep the existing law open to controlled changes: “neither blurred equity, nor strict concepts, that is the Roman stance”⁵⁶.

Once again, the discussion did not only revolve around legal history. Pringsheim reacted to judicial tendencies of the Reichsgericht which declared *bona fides* (as codified in §§ 157, 242 BGB) to be a guiding principle of Private Law. In 1924, the Association of Reichsgericht Judges (Richterverein am Reichsgericht) had underlined that “the idea of *bona fides* resides without the single law, without a single positive provision. No legal order deserving of that honorable name can exist without this principle. Therefore a legislator must not by his decree thwart a result compellingly demanded by *bona fides*”⁵⁷. With this stance, the Reichsgericht took up developments to counter a much criticized statutory law with a suprapositive Natural Law; developments which were characteristic of legal thought in Weimar⁵⁸. Pringsheim’s approach thus contrasted the ideal of a Roman jurist with late Roman Byzantine legal thinking: while the former was thought to develop positive law in accordance with life’s necessities without destroying the stabilizing form of legal dogmatics, the latter was seen as breaking and thus destroying the law by referencing a superior justice. In this context, Pringsheim made use of the image of the Byzantine judge who, by declaring the

⁵⁴ For a clarification of false interpretations see V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014, 120-134.

⁵⁵ F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides* [1931], reprinted in PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen*, vol. 1 cit., 154-172, here 172.

⁵⁶ *Ibid.*, 162: „Weder verschwommene Billigkeit noch starre Begriffe, das ist die römische Haltung“.

⁵⁷ Richterverein am Reichsgericht, *Announcement*, in *Juristische Wochenschrift* 53 (1924) 90: „Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdient, kann ohne jenen Grundsatz bestehen. Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, durch sein Machtwort vereiteln“. On this K.W. NÖRR, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses*, Heidelberg 1996, 30.

⁵⁸ See O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklung in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München 1994.

rule of *aequitas*, had reduced himself to a mere enforcer of a totalitarian ruler's will: "The absolute empire and *aequitas* meant that the authority of the emperor's will was no longer confined by *jus*"⁵⁹.

Soon afterwards, Pringsheim's warning had become a staple of legal literature. In his stirring 1933 essay, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Justus Wilhelm Hedemann declared Pringsheim's topic to be "the most important question for jurists in the 20th century"⁶⁰. According to Hedemann, should the rule of *aequitas* ever come to pass, "Byzantium would rise and decline would follow"⁶¹.

Leading National Socialist thinkers like Heinrich Lange disagreed completely. They took up arms in defense of late Roman jurists already as early as 1933. The late Roman jurists and not the classical ones were now idealized in National Socialism's battle against 'positivism'. "The Byzantines are thus object of the contempt of legal science, because they dared to nest in the temple of Roman law without regard for its beauty, with their blurred general principles"⁶². Lange's view on general principles was a lot more positive. To him, general principles were like "cuckoo's eggs in a liberalistic system of law"⁶³; a kind of ploy or trick within the positivistic illusion of a binding law. Even Carl Schmitt answered Hedemann in his famous 1934 lecture *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Schmitt regarded general principles such as good faith as a chance, not a risk. He understood them as an indication of "the extent to which the time of legal positivism is over"⁶⁴.

⁵⁹ PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum* cit., 668: „Das absolute Kaisertum verkündet mit der *aequitas* zugleich die von der Schranke des *jus* befreite Autorität des kaiserlichen Willens“.

⁶⁰ J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933, 3: „Denn diese Frage ist – geschichtlich gesehen – *wahrscheinlich die wichtigste Frage, die es überhaupt für den Juristen des 20. Jahrhunderts gibt*“. See C. WEGERICH, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963)*, Tübingen 2004, 148-149.

⁶¹ HEDEMANN, *Flucht in die Generalklauseln* cit., 74: „[...] *so steigt Byzanz empor und die Zeichen weisen auf Niedergang*“.

⁶² H. LANGE, *Generalklauseln und neues Recht*, in *Juristische Wochenschrift*, 62 (1933) 2858-2859, here 2858: „Die Byzantiner trifft deshalb die Verachtung der Rechtswissenschaft, denn sie haben es gewagt, sich im Tempel des römischen Rechtes ohne Rücksicht auf dessen Schönheit mit verschwommenen Generalklauseln schlecht und recht wohllich einzurichten“. See W. WOLF, *Vom alten zum neuen Privatrecht. Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilrechtlichen Arbeiten Heinrich Langes (1900-1977)*, Tübingen 1998.

⁶³ H. LANGE, *Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht. Ein Vortrag*, Tübingen 1933, 5: „Dehnbare [...] Vorschriften, wie solche, die auf ‚Treu und Glauben‘, ‚die guten Sitten‘ verweisen, werden scheinbar angesehen. Sie sind in der Tat Kuckuckseier im liberalistischen Rechtssystem“.

⁶⁴ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, here quoted from

Pringsheim's disciple Franz Wieacker had participated in those debates⁶⁵. In 1956, he took up Pringsheim's warnings:

«The constant looming contradiction between the personal ethical standard expected from those party to a legal action and the general interest in the enforcement of the imperative legal order [...], can only be solved in a satisfactory manner if the requirements of equity are not themselves regarded as changes to the objective law. If this necessary tension is simply removed, the result is a general equity that is at once mushy and totalitarian, as can be identified in Byzantine law, but also, in some respects, in the recent past»⁶⁶.

He thus opposed Christian Natural Law, to which the Federal Court of Justice had subscribed under its president Weinkauff⁶⁷ in the 1950s⁶⁸. Wieacker had proposed his ideal of professional standards shared by the judiciary, an ideal which attributed to judges the task to reflect judicial developments and to carefully modernize the law in a dogmatically sound manner. It was particularly this ideal that again conjured the old bogeyman of the Byzantine judge. "In the process, it is easily forgotten that even after the triumph over positivism, the judiciary remains the servant of statute and the law"⁶⁹. Wieacker emphasized "that consequently, the precepts governing the application of law (and thus its interpretation) are the object

the 2nd edn., Berlin 1993, 48: „In Deutschland läßt sich heute am deutlichsten erkennen, in welchem Maße die Zeit des juristischen Positivismus zu Ende ist. Von allen Seiten [...] dringen sog. Generalklauseln in einem jede positivistische ‚Sicherheit‘ aufhebenden Umfang vor [...]“.

⁶⁵ See WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft* cit., 61 ss.

⁶⁶ F. WIEACKER, *Stillschweigende Hoferbenbestimmung?*, in *Deutsche Notar-Zeitschrift* 195 (1956) 115-125, here 121: „Der immer drohende Widerspruch zwischen der persönlichen ethischen Anforderung an die Prozeßparteien und dem allgemeinen Interesse an der Wahrung der zwingend vorgeschriebenen Ordnung [...] kann nur befriedigend aufgelöst werden, wenn Billigkeitsanforderungen nicht schon als Änderung des objektiven Rechts verstanden werden. Wenn man diese notwendige Spannung einfach aufhebt, so gelangt man zu einer zugleich weichlichen und totalitären allgemeinen Billigkeit, wie sie etwa das byzantinische Recht, aber z. T. auch die jüngere Vergangenheit, kennzeichnete“.

⁶⁷ See D. HERBE, *Hermann Weinkauff (1894-1981). Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*, Tübingen 2008, 105 ss. and 121 ss.

⁶⁸ F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* [1956], reprinted in ID., *Ausgewählte Schriften*, vol. 2, *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, ed. by D. Simon, Frankfurt am Main 1983, 195-227, here 199; for a more careful wording of an essentially identical viewpoint see: F. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung* [1958], reprinted in Wieacker, *Ausgewählte Schriften* 2 cit. 41-58, here 49-52.

⁶⁹ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung* cit., 197: „Man vergißt dabei gern, daß auch nach etwaiger Überwindung ‚des‘ Positivismus die Rechtsprechung Diener von Gesetz und Recht bleibt [...]“.

of a legal ethical art. The principles of this art are those of a practical form of conduct, of the art of decision-making; which preferably develop within the judiciary itself”⁷⁰. A frame of reference was established through legal scholarship and recognized customs of the court as “experience of the judiciary itself”⁷¹. Not only did Wieacker oppose all the Byzantine judge stood for, but he also made use of Pringsheim’s ideal of a classical Roman jurist which Wieacker had previously outlined in his treatise *Vom römischen Juristen* in 1939. Following Pringsheim, he had described the Roman “law of jurists”⁷² as a continuous stream of communication among independent professionals and experts, which gave rise to the “professional technique by means of routine and of continuous tradition”⁷³. The “routine of decision-making”⁷⁴ was decisive, in contrast to a philosophically rooted jurisprudence of sentiment: “It is un-Roman to ask whether a decision is just in itself, as it arises from a far more powerful force; the *constans interpretatio iuris civilis*”⁷⁵. Whereas in 1939 he had cautiously stressed that the ideal of the Roman judge was neither “repeatable” nor “worth repeating”⁷⁶, in 1957, he candidly raved over the “glory of the great Roman practitioners”⁷⁷ as an inspiration for the art of judicial decision-making. Antiquity and modernity remained linked.

⁷⁰ *Ibid.*, 203: „Nach den offenbaren Zahlungsschwierigkeiten des Naturrechts wie des Positivismus knüpft eine neueste zivilrechtstheoretische Rückbesinnung an die Einsicht an, [...] daß folglich die Maximen der Rechtsanwendung (und also Interpretation) Gegenstand einer rechtsethischen Kunstlehre sind. Die Prinzipien dieser Kunstlehre sind daher solche eines praktischen Verhaltens, der Urteilskunst; sie bilden sich vorzugsweise *in foro*, in der Rechtsprechung selbst [...]“.

⁷¹ WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst* cit., 54: „Von den obersten Grundsätzen in die Tagesroutine absteigend, gelangen wir zu den Fachschöpfungen des Juristenstandes selbst [...]“.

⁷² F. WIEACKER, *Vom römischen Juristen* [1939], reprinted in ID., *Vom Römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944, 7-37, here 8: „Denn das römische Recht ist wesentlich *Juristenrecht*“.

⁷³ *Ibid.*, 14: „Solche Fachtechnik entwächst der Routine und der ständigen Überlieferung [...]“.

⁷⁴ *Ibid.*, 19: „Die dauernde Wurzel dieser Rechtskunde bleibt notwendig die Routine der Fallentscheidung [...]“.

⁷⁵ *Ibid.*, 23: „Es ist unrömisch, zu fragen, ob eine Entscheidung gerecht an sich ist, da sie ja einer weit lebensmächtigeren Kraft, der *constans interpretatio iuris civilis* entspringt“.

⁷⁶ *Ibid.*, 36: „Was sagt am Ende das Bild des römischen Juristen über Recht und Richter in der Gegenwart? [...] Wir glauben, er ist [...] als solcher nicht wiederholbar und als er selbst auch nicht wiederholenswert“.

⁷⁷ F. WIEACKER, *Das Parken gehört schlechthin zum Gemeingebrauch*, in *Juristen-Zeitung* 12 (1957) 58-62, here 62: „Es entspricht der Eigenart richterlichen Fallrechts, sich in behutsamer Kasuistik vorzutasten, um überzeugen zu können [...] – so wie es der Ruhm der großen römischen Praktiker war“.

PENSIERO GIURIDICO ROMANO
E TRADIZIONE EUROPEA
NEI *PRINZIPIEN* DI FRITZ SCHULZ

Fara Nasti

1. Nel 1934, la casa editrice Duncker und Humblot pubblicava a Monaco i *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen* di Fritz Schulz¹. Un'opera importante, nella quale Schulz raccoglieva i testi di undici lezioni pronunciate a Berlino: le uniche che avrebbe tenuto in quella città prima dell'esilio.

Quelle pagine, tradotte dopo due anni in inglese e, nel 1946, in italiano, da Vincenzo Arangio-Ruiz², sono ben note e costituiscono, per molti versi, ancora un punto di riferimento. Le numerose recensioni che ne hanno accompagnato la pubblicazione – se ne dirà qualcosa poco oltre –, gli studi che sono stati compiuti, se per un verso hanno messo in luce la potenza e l'originalità di quel lavoro, per un altro verso non hanno risparmiato osservazioni critiche e non hanno taciuto le scelte non sempre facilmente spiegabili dell'autore: quella degli argomenti individuati e posti ad oggetto del suo lavoro, ad esempio, e il metodo stesso adoperato nell'indagine³.

¹ Sulla figura di Fritz Schulz (Bunzlau 1879-Oxford 1957) non si può prescindere dal lungo e documentato saggio di W. ERNST, *Fritz Schulz (1879-1957)*, in *Jurist Uprooted. German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, a cura di J. Beatson, R. Zimmermann, Oxford 2004, 105 ss.; le pagine sugli anni 1933-38, con importanti riferimenti anche ai *Prinzipien*, si leggono da 122 ss. Ho avuto modo di presentare queste riflessioni anche in una lezione di dottorato tenuta presso l'Università di Cagliari, su invito del prof. Fabio Botta, che ringrazio anche per la discussione.

² F. SCHULZ, *Principles of Roman Law*. trad. ingl. di M. WOLFF, Oxford 1936; *I principii del diritto romano*, Firenze 1946, trad. it. di V. ARANGIO-RUIZ, che vi lavorò nel 1943, tenendo presente anche l'edizione inglese (v. SCHULZ, *I principii* cit., xi), e che è stata pubblicata nel 1946; rist. Firenze 1995, da cui cito.

³ Alcune risposte alle possibili critiche mi sembra siano state 'anticipate' dallo studioso nell'introduzione al lavoro. Si v., ad esempio, 1 s.: «Ci proponiamo piuttosto di riconoscere le

In verità, nel corso degli anni, solo alcuni di quei concetti ritenuti da Schulz ‘principii’ del diritto romano hanno attirato in maniera particolare l’attenzione degli studiosi: credo, del resto, si possa sostenere che tutta l’opera di Schulz attenda ancora di essere esaminata nel panorama della storiografia giuridica degli anni 1920-60 e nel contesto della sua produzione scientifica⁴.

Il contenuto ideologico dei *Prinzipien*, a mio avviso, non deve essere dimenticato; i *Principii*, scritti in anni difficili, da uno studioso «che è fra i non pochi romanisti tedeschi già allontanati dalle loro cattedre per la folle politica hitleriana»⁵ sono un’opera con un forte significato politico⁶ e ritengo che questo spieghi alcune scelte dell’autore, nel suo tentativo di riaffermare il valore universale del diritto fondato sulla tradizione romanistica.

L’opera appare d’improvviso nella produzione letteraria di Schulz che, fino a quel momento, aveva seguito un percorso che si definirebbe tradizionale in quegli anni: studio di carattere esegetico del diritto privato e della tradizione testuale degli scritti della giurisprudenza romana secondo la prospettiva degli interpolazionisti⁷. È utile ricordare alcuni dei più noti lavori

idee fondamentali, in tema di diritto e di giustizia, di quei romani che si occupavano della produzione del diritto: da queste idee sono scaturite le regole del diritto romano privato, ed esse sono i veri *principia*, le vere «scaturigini» del diritto romano. Questi principii non sono tali da potersi comodamente leggere nei nostri testi. I romani non li esprimono, perché in genere non è nelle loro abitudini l’introspezione né la posizione di principii; per molti di essi si può dire con certezza che i romani non ne hanno avuto coscienza neppure una volta. E tuttavia non è da pensare che si tratti di fantasie. I principii costruttivi dei giuristi romani devono essere necessariamente riconoscibili nel risultato della loro fatica, e si possono indurre dai singoli fatti della storia giuridica».

⁴Quelle che si presentano in queste pagine sono alcune considerazioni preliminari sui suoi *Prinzipien*, che si inseriscono nell’ambito di un più ampio progetto di studio sull’opera e, più in generale, sulla figura dello studioso.

⁵ARANGIO-RUIZ, *Avvertenza del traduttore*, xii.

⁶In questo senso anche ERNST, *Fritz Schulz* cit., 124: «More specifically, *Prinzipien* des römischen Rechts was a counter-attack against the move of the Nazi party to cut back the study of Roman law, which was considered an ‘un-German’ subject»; M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG* 6 (2015) 55 ss., spec. 113: «Il libro del ‘34 racchiude un «manifesto» diretto ai ceti intellettuali che subiscono l’aggressione del totalitarismo, eppure guardano al di là di esso». Ma non si tratta di un’opinione sempre pienamente condivisa; si v., ad esempio, L. FANIZZA, *I Principi di Fritz Schulz. Ristampa e nuove impressioni*, in *SDHI* 72 (1996) 543 ss., spec. 549 nella sua riflessione sulla ristampa dell’opera: «Non direi nemmeno che «l’opera ha un fine politico» [citando Lauria]; sono piuttosto un atto politico, una presa di posizione le parole che si trovano sul frontespizio dei *Prinzipien*».

⁷Su Schulz come seguace dell’interpolazionismo, anche nella prospettiva delle influenze impresse dal suo metodo nell’ambito della storiografia romanistica, in specie italiana, rinvio alle pagine di BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia* cit., 112 ss.

elaborati fino a quel momento: dalla dissertazione del 1905, *Die actiones in id quod pervenit*, al *Sabinus-fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar* del 1906, ai saggi sulla custodia, sulla responsabilità, sul credito e la compensazione, o anche alla *Einführung in das Studium der Digesten*, del 1916⁸.

Non è facile, dunque, distinguere, nella produzione anteriore ai *Prinzipien* tracce, indizi, che avrebbero portato all'elaborazione di quegli undici 'principii' trattati nel volume: legge e diritto, isolamento, astrazione, semplicità, tradizione, nazione, libertà, autorità, umanità, fedeltà, sicurezza. E sarebbe forse impresa vana: credo, infatti, che l'ideazione dell'opera debba essere inquadrata nel contesto particolarissimo della vicenda politica e personale degli anni berlinesi, dal 1931 al 1933-1934.

Se, quindi, la pubblicazione dei *Prinzipien* sembra segnare una svolta – o forse meglio: una parentesi – nel contesto della produzione scientifica dell'autore⁹, dal punto di vista metodologico credo sia difficile parlare di cambiamento: basti pensare alle fonti adoperate e alla loro interpretazione. Benché sia esplicito e forte, nell'*Introduzione*, il riferimento all'attività dei giuristi romani (v. sopra, nt. 3), più che i passi del Digesto, più che lo studio delle opere giurisprudenziali, sono Cicerone, Svetonio e il Codex Iustinianus a costituire il fondamento testuale delle lezioni. Al riconoscimento dell'importanza della riflessione dei giuristi non fa seguito, si potrebbe dire, la diretta utilizzazione del loro pensiero, l'analisi dei concetti da essi elaborati. Sono ben consapevole di sfiorare un nodo delicato nella stesura dell'opera, che in questo contributo non intendo trattare e che si collega, oltretutto, all'idea che Schulz aveva dell'attività dei giuristi romani (che traeva dalla Scuola Storica), e in specie dello scarso sviluppo della loro individualità scientifica¹⁰. Ed è ben vero che i principii che Schulz esamina

⁸*Die actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factus est. Studie zur Entwicklung des Bereicherungsbegriffs. Breslauer Dissertation 1905; Sabinus-fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar, Freiburg i.Br., 1906; Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten, in ZSS 27 (1906) 82-150 e così via; un elenco delle pubblicazioni di F. Schulz è in Festschrift Schulz 1, Weimar 1951; si v., inoltre, le aggiunte e correzioni riportate nel saggio di ERNST, Fritz Schulz cit., 203. A quell'elenco, tuttavia, mi sembra si debbano aggiungere alcuni ulteriori titoli.*

⁹È questo, a mio avviso, un tema importante, che meriterà un'ulteriore riflessione, in altra sede.

¹⁰Si tratta di un punto ben noto, sul quale rinvio, per tutti, a M. BRENONE, *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 336 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017² spec. 38; BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia cit.*, 113; BRUTTI, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 13 ss., spec. 35 s.

non si possono leggere “comodamente” nei nostri testi, come l’autore stesso scrive; ed è anche vero che «per molti di essi si può dire con certezza che i Romani non ne hanno avuto coscienza neppure una volta» (v. sopra, nt. 3) e che ciò nonostante Schulz fu in grado di trarre «le linee direttive inesprese del pensiero giuridico degli antichi», come scriveva Arangio-Ruiz¹¹. Ma credo anche che l’improvvisa pubblicazione dei *Prinzipien* debba far riflettere, da un lato, sull’obiettivo che lo studioso si era proposto, sull’esigenza che doveva aver fortemente avvertito, in quegli anni, di mettere in luce «le idee fondamentali, in tema di diritto e giustizia», come appunto scrive, che si potevano trarre dall’esperienza di Roma; dall’altro, sul peso del passato, della formazione, dell’impostazione metodologica che Schulz aveva ricevuto, e sulla difficoltà (oltre che sulla volontà, tutt’altro che sicura) di liberarsi da essa.

Un mutamento di prospettiva nel percorso scientifico di Schulz sembra potersi in effetti registrare, non credo a caso, nel 1932, quando pronunciò a Jena, nel corso del Rechtshistorikertag (24 ottobre 1932), la relazione dal titolo *Kannte das klassische römische Recht Gewohnheitsrecht?*¹²

In quell’anno lo studioso era già a Berlino, dove si era trasferito da Bonn dopo aver accettato, l’anno precedente, la chiamata dell’Università; Berlino, come è stato efficacemente ricostruito, avrebbe dovuto costituire l’apice della sua carriera: non fu così¹³.

La risposta di Schulz all’interrogativa posta nel titolo della relazione di Jena era stata parzialmente negativa: no, non esiste un diritto consuetudinario nel diritto romano “classico”. O almeno (come si potrà specificare poco oltre) bisognava precisare il senso in cui andava inteso il diritto consuetudinario.

È chiaro che l’argomento, la maniera interrogativa di impostare l’indagine, rinviavano a quello che era stato uno dei più noti e discussi temi della Scuola Storica, cioè al dibattito fra diritto consuetudinario e diritto codificato e segnavano, mi sembra, la presa di posizione di Schulz rispetto a quella discussione: un tema importante, dunque, la cui scelta, in quegli anni, come si dirà, ritengo abbia avuto un suo preciso significato, e che sarà ripreso anche nel primo dei *Prinzipien*, quello su *Legge e diritto*.

¹¹ E come ricorda BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia* cit., 116; la citazione di Arangio-Ruiz è tratta dall’*Avvertenza* alla traduzione dei *Principii*.

¹² La relazione venne poi edita in ZSS 53 (1933) 641 ss.; cfr. anche ERNST, *Fritz Schulz* cit., 122-3 nt. 142.

¹³ ERNST, *Fritz Schulz* cit., 121 ss.

«Den tragenden Ideen des römischen Rechts kann sich kein Rechtsgefüge eines modernen Staates entziehen. Neues staatslich-politisches Erleben läßt uns auch das römische Reich und sein Recht neu erleben und zeigt uns vieles, in neuem und klarerem Lichte. Wenn das römische Recht auf seiner säkularen Wanderung durch die Geschichte immer aufs neue hier Verehrung und Nachfolge, dort Gegnerschaft und Ablehnung findet, so zeigt diese Reaktion gerade die Größe der geschichtlichen Erscheinung»¹⁴.

Si tratta di parte delle conclusioni che, insieme alla frase iniziale (*Den tragenden Ideen...*), erano state riprese nel frontespizio dei *Prinzipien*¹⁵. Su ognuna di quelle espressioni ci si potrebbe soffermare a lungo; il metodo e la riflessione di Schulz mi sembrano esplicite: l'esperienza del diritto romano viene vista come fondamento della statualità moderna, in un percorso in cui reciprocamente il nuovo e l'antico si illuminano e si completano a vicenda.

Una riflessione tutt'altro che scontata in quegli anni, e soprattutto coraggiosa. Quando scriveva i *Prinzipien* Schulz sapeva bene che il movimento del 'Los von Rom' e il § 19 del Programma del partito nazionalsocialista del 24 febbraio 1920¹⁶ proclamavano in maniera esplicita il rifiuto dell'impero romano come modello di cultura e civilizzazione; e conosceva di certo bene gli effetti di quel programma e di quel movimento nell'ambito dell'insegnamento¹⁷.

¹⁴ «Nessuna struttura giuridica di uno stato moderno può sfuggire alle idee portanti del diritto romano. La nuova esperienza politico statuale ci fa riscoprire anche l'impero Romano e il suo diritto, e ci mostra molto, in una luce nuova e più chiara. Se nel suo cammino secolare attraverso la storia il diritto romano trova a vicenda ora ammirazione e imitazione, ora opposizione e rifiuto, questa reazione mostra appunto la grandezza di quel fenomeno storico».

¹⁵ Riprodotto tipograficamente in FANIZZA, *I Principi di Fritz Schulz* cit., 548.

¹⁶ «Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht». «Noi vogliamo che il diritto romano, asservito all'ordinamento materialistico del mondo, sia sostituito da un diritto comune tedesco». Sull'origine del § 19 del Programma della Deutsche Arbeitspartei, la connessione fra il diritto romano visto come *unsozial* (nel senso di un diritto che andava contro i bisogni della collettività) e gli elementi ideologici alla base dell'avversione al diritto romano, individuati dall'autore in germanesimo, socialismo, antiguidaismo, rinvio al saggio di G. SANTUCCI, *Diritto romano e nazionalsocialismo: i dati fondamentali* in M. Miglietta, G. Santucci (cur.), *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*, Trento (2009) 53-82 con prec. bibl. Ulteriori considerazioni in tema si leggono in S. VINCI, *L'abominevole babele del diritto. Nazismo e fascismo fra diritto germanico e diritto romano-italico*, in A. De Martino (a cura di), *Saggi e ricerche sul Novecento giuridico*, Torino 2014, 59 ss.

¹⁷ Si pensi alla fondazione, nel 1933, dell'*Akademie für Deutsches Recht*, finalizzata all'attuazione del programma di partito in rapporto con l'insegnamento del diritto. Sul punto si v., W.L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, Torino 1962, spec. La nazificazione della cultura 264 ss.; L'edu-

Eppure, la finalità scientifica e politica insieme dell'opera viene messa in luce esplicitamente poche o addirittura pochissime volte, nelle recensioni dedicate al lavoro¹⁸: forse anche perché in quegli interventi l'atteggiamento di chi sosteneva l'importanza del diritto romano e la necessità del suo insegnamento era stato comprensibilmente prudente¹⁹.

In questo senso mi sembra molto significativo quanto affermato da Mario Lauria, nelle pagine che egli dedicò ai *Prinzipien* nel 1935²⁰. Lo studioso napoletano, all'epoca poco più che trentenne, scriveva:

«Quest'opera, presentata in un'edizione perfetta ed elegante, raccoglie le lezioni dettate all'Università di Berlino da uno dei migliori romanisti. Essa ha anzitutto un fine politico».

E poi, dopo aver citato le parole del frontespizio dei *Prinzipien*, qui riportate nelle righe precedenti, Lauria aggiungeva:

«Esula dalla mia competenza il valutarla sotto questo profilo: il movimento del 'Los von Rom' (la cui critica è presupposta dall'a.) è una tendenza politica esclusivamente tedesca; se un alto giurista italiano pensava con molto ottimismo «sarà interessante seguirne gli ulteriori sviluppi», a me, modestamente, non ne sembrano davvero edificanti né i risultati né le manifestazioni; e mi limito ad esprimere il mio consenso caldo e pieno per quest'opera bella, animata da lungo studio e grande amore per la storia di Roma. Ma Schulz è anzitutto e

cazione nel Terzo Reich 272 ss. Si v., inoltre, S. VINCI, *L'abominevole babele del diritto* cit., 59 ss. spec. 66 ss. con indicazione della precedente letteratura.

¹⁸ Si tratta di un obiettivo colto, però, dagli avversari di Schulz: penso, ad esempio, ad Heinrich Lange, professore di Diritto romano, privato e di Procedura civile, che ne scrive esplicitamente nella sua recensione, politicamente orientata, ai *Prinzipien*, come mettono in luce M. STOLLEIS, *Fortschritte der Rechtsgeschichte in der Zeit des Nationalismus?* in M. Stolleis, D. Simon (cur.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, 185 ed ERNST, *Fritz Schulz* cit., 124 s., riportando alcune frasi della sua recensione: H. LANGE, *Deutsche Romanistik? Grundsätzliche Bemerkungen zu Fritz Schulz "Prinzipien des römischen Rechts"*, in *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934) 1493 ss.

¹⁹ ERNST, *Fritz Schulz* cit., 123 s., 194 s. ricorda le testimonianze di due assistenti di Schulz, F.A. Mann e di W. Flume; quella di Mann è una testimonianza raccolta da un'autobiografia inedita; ben nota la posizione di Flume – si v. ad es. *Fritz Schulz: Gedenkrede, gehalten bei einer von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn am 25.7.1958 veranstalteten Gedächtnisfeier*, Schriften der Univ. Bonn 1959, cit. da ERNST – che lasciò l'accademia tedesca nella metà degli anni '30 e che ottenne l'Abilitazione solo nel 1947. Ernst lo ricorda, comprensibilmente, come il più fedele allievo di Schulz.

²⁰ La recensione, I «*Prinzipien*» di Schulz, pubblicata in *SDHI* 1 (1935) 219 ss. è stata poi ripresa in M. LAURIA, *Studi e ricordi*, Napoli 1983, 611 ss. (a cura di F. d'Ippolito), da cui si cita. Le frasi tra virgolette sono state tratte dalla pagina iniziale.

soprattutto uno scienziato; posso quindi esprimere le mie sommesse osservazioni e manifestare qualche dissenso; l'a., che mi onora di lunga amicizia, vorrà valutare benevolmente le une e gli altri».

Comprendeva dunque bene, Lauria, e riconosceva il senso politico dell'opera; non si soffermava, però, sul significato, anche metodologico, delle espressioni che egli stesso riproduceva. Non mi sembra, in effetti, che lo studioso cogliesse – o forse, volesse cogliere – le conseguenze di quel presupposto, gli effetti, quasi le forzature alle quali spingeva la prospettiva adottata da Schulz. In relazione ad alcuni aspetti dell'opera Lauria dissentiva dalle ricostruzioni di Schulz; si meravigliava di alcune idee e di alcune considerazioni che riteneva contrastanti con l'esperienza scientifica dello studioso: disapprovava, ad esempio, ciò che Schulz aveva avvertito come suo compito, e cioè di specificare che l'oggetto della sua indagine era la ricerca dei concetti di diritto e giustizia che emergevano dalle opere dei giuristi romani. «Io dissento» scriveva Lauria, verosimilmente influenzato anche da un'impostazione crociana, «dalla prima osservazione dell'a.: egli giustifica lo studio del diritto romano sostenendo che nessun ordinamento giuridico può prescindere dalle idee basilari contenute in quello. Ora a me sembra che la constatazione sia inesatta e la giustificazione teoreticamente inutile (salvo, s'intende, la sua opportunità per le ragioni di cui sopra). Ed invero (non occorre quasi il ricordarlo) lo studioso non ha alcun bisogno di legittimare l'oggetto delle sue indagini adducendo considerazioni estrinseche, e dirò anzi che non gli è lecito farlo (...)»²¹.

E così via, su diversi altri punti sui quali non mi soffermo.

Ritengo invece che il clima politico e il contesto culturale imponevano all'autore dei *Prinzipien* di rendere subito esplicito l'oggetto e lo scopo della sua indagine, di far immediatamente comprendere al lettore i valori che il diritto romano aveva posto e, insieme, l'universalità di quell'esperienza giuridica.

Schulz aveva partecipato attivamente alla vita politica, fin dagli anni in cui aveva insegnato a Göttingen, dal 1916, contribuendo a fondare, insieme con la sorella, nel 1918, la Deutsche Demokratische Partei (dal 1930 Deutsche Staatspartei). I contraccolpi del suo impegno politico si erano fatti sentire già pochi anni dopo, a Bonn – dove si era trasferito fin dal 1923 –, quando, dopo essere stato attaccato sulla stampa per l'origine ebraica di sua madre e di sua moglie, aveva ritenuto opportuno dimettersi dal partito²².

²¹ LAURIA, I «*Prinzipien*» di Schulz cit., 612.

²² Si v. ERNST, *Fritz Schulz* cit., 119 ss.

Il 5 marzo 1933 si erano tenute le ultime elezioni federali tedesche, volute dalla Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei e da Hitler – ormai al potere dal 1932²³, ma in una posizione che sarebbe stata ben presto rafforzata: se la NSDAP aveva ottenuto il 43.9% dei voti con 288 seggi (e, insieme con gli alleati della DNVP, raggiungeva la maggioranza), la Deutsche Staatspartei aveva ottenuto appena lo 0.9% corrispondente a 5 seggi su 647²⁴.

Il 10 maggio dello stesso anno a Berlino, nell'Opernplatz, era stato organizzato quello che sarebbe stato ricordato come il più grande dei 'Bücherverbrennungen'; in quello stesso giorno Joseph Goebbels aveva tenuto un discorso nel quale aveva sostenuto l'utilità di quei roghi «per eliminare con le fiamme lo spirito maligno del passato».

Proprio in quel 1933, prevalentemente nell'estate, Schulz aveva tenuto le lezioni raccolte nei *Prinzipien*.

Di lì a poco l'origine e i legami familiari di Schulz, la sua partecipazione alla vita politica ne avrebbero determinato l'allontanamento dall'insegnamento e poi l'esilio, prima nei Paesi Bassi e poi in Inghilterra, ad Oxford, dove sarebbe rimasto fino alla morte, nel 1957: in considerazione del fatto che, come ho poc'anzi ricordato, sua madre e sua moglie erano ebreo, Schulz, in realtà, era in una situazione particolare, quella di 'mezzo ariano'. Non avrebbe dovuto subire, dunque, discriminazioni, neanche dalla legge sulla riorganizzazione delle professioni burocratiche del 7 aprile 1933 (RGBl. I 175)²⁵ che escludeva dalle pubbliche amministrazioni i funzionari entrati in servizio dopo il 9 novembre 1918 che non fossero di stirpe ariana (e Schulz, invece, era professore a Kiel già nel 1912). Il provvedimento, però, di fatto estrometteva coloro che non fossero graditi al governo.

Peraltro, la sua posizione era ulteriormente resa difficile dal suo passato politico e dal fatto che era stato chiamato ad insegnare nella prestigiosissima sede di Berlino: alla fine di settembre del 1933 un decreto gli ordinava di abbandonare il suo posto per consentire l'avvicendamento con un altro collega; ma poiché non era stata indicata la nuova sede, come ricostruisce

²³ Dopo le elezioni del 1932, la NSDAP era al primo posto fra i partiti, con 230 seggi; quasi 14 milioni di elettori, cioè il 34.7%, avevano votato per Hitler. Per questi dati e quelli che seguono si v. E. COLLOTTI, *La Germania nazista. Dalla repubblica di Weimar al crollo del Reich hitleriano*, Torino 1962, spec. 67; 33 ss. sulla NSDAP dalla fondazione alla presa del potere nel 1933. Utile, nel lavoro di COLLOTTI, anche la bibliografia tematica: in specie sulla NSDAP, 360 ss.

²⁴ COLLOTTI, *La Germania nazista* cit., 78 s.

²⁵ Richiama l'attenzione sul provvedimento in rapporto alla posizione di Schulz ERNST, *Fritz Schulz* cit., 127 nt. 174. Si v., inoltre, COLLOTTI, *La Germania nazista* cit., 90.

Ernst²⁶, ciò gli consentì di opporsi al provvedimento e, evidentemente, di mantenere la sua posizione in bilico ancora per qualche mese.

Gli fu, inoltre, proibito di tenere lezioni, mentre cominciava l'anno accademico 1933/34. Solo nell'aprile del 1934 gli venne comunicata la nuova sede, Francoforte, dove, comunque, non poté insegnare²⁷.

2. Premesso dunque che con la pubblicazione delle undici lezioni Schulz aveva deciso di affrontare insieme, sul piano politico e culturale, i suoi avversari, i sostenitori del partito nazionalsocialista, con il loro dichiarato rifiuto del diritto romano, ritengo ci si debba soffermare (benché, in queste pagine, lo si farà in maniera necessariamente sintetica) sul metodo seguito dallo studioso: Schulz mi sembra cercasse di mettere in luce, attraverso richiami storici e concettuali, le basi romanistiche del diritto tedesco; procedendo per confronti oltre che per differenze, cercando di dimostrare ora la vicinanza del diritto romano a quello tedesco, ora additando nel diritto romano l'esempio da seguire²⁸.

In questo modo, a mio avviso, trovano spiegazione i riferimenti, molto frequenti nelle lezioni, al diritto germanico, al dibattito giuridico di quegli anni e dei decenni precedenti²⁹. E in questo senso non credo sia stato ca-

²⁶ Il quale ricostruisce, con vivida attenzione ai particolari, questi anni e le vicende che portarono prima all'allontanamento, poi all'esilio: ERNST, *Fritz Schulz* cit., 122 ss. dal quale attingo. Qui, in particolare, ERNST, *Fritz Schulz* cit., 127.

²⁷ ERNST, *Fritz Schulz* cit., 127 s. al quale rinvio anche per le informazioni che riporto di seguito: successivamente, mentre il suo stipendio era divenuto un terzo rispetto a quello che aveva percepito nei tempi iniziali di Berlino, Schulz dovette scegliere se ritirarsi come emerito dell'Università di Berlino oppure rimanere a Francoforte. Decise di ritirarsi e dunque di essere nominato emerito della Facoltà di Berlino dove fu formalmente trasferito dal 1 dicembre 1934. Lì, dove in quegli anni era tra i professori della Facoltà Carl Schmitt, Schulz avrebbe potuto tenere un seminario per non più di due ore a settimana: e tuttavia, poiché venne diffusa la voce che gli studenti consideravano le sue lezioni insopportabili si giunse ad una situazione di compromesso, cioè di non proseguire oltre. Nel 1936, dopo l'introduzione di nuove misure, Schulz venne formalmente privato del diritto di far lezione. Poco dopo, la decisione dell'esilio: nel 1939 andò in Olanda e, sempre nello stesso anno, e fino alla morte, come si è detto, nel 1957, ad Oxford.

²⁸ In questo senso mi sembra si debba individuare una differenza rispetto a quanto sostenuto da STOLLEIS, *Fortschritte* cit., 184 s. ed ERNST, *Fritz Schulz* cit., 125: non si trattava di provare a dimostrare che il diritto romano era un sistema giuridico comune e che i suoi valori erano molto vicini a quelli germanici propagandati anche dal Nazionalismo, né di portare avanti esplicitamente un dibattito su alcuni temi controversi, come ad esempio l'individualismo. A mio avviso la prospettiva di Schulz era molto più sottile e sfaccettata e, insieme, più legata alla volontà di restituire al mondo scientifico e accademico, ai lettori colti, non necessariamente esperti della materia, uno studio sui principii del diritto romano.

²⁹ L'affermazione, che si legge nell'Introduzione (*Principii* cit., 4) «Noi intendiamo esporre qui soltanto i principii romani, senza distinguere secondo che coincidano o meno con i principii

suale, in quel torno di tempo, l'avvicinamento ai concetti, ai metodi, ai temi proprii della Scuola Storica, come anticipavo poc'anzi³⁰.

Ritengo infatti che proprio dalla Scuola Storica, dal suo strumentario, dalla riflessione di Savigny e di Jhering (soprattutto del primo Jhering), Schulz abbia attinto le armi più affilate, abbia tratto i concetti che dovevano essere patrimonio comune e che di certo erano profondamente radicati nella mente dei suoi lettori, per servirsene nella sua battaglia contro il movimento del 'Los von Rom', con il suo dichiarato rifiuto del diritto romano.

Jhering aveva senza dubbio avvertito la necessità di rendere esplicito ai lettori, e non solo agli studiosi, i principii e il valore del diritto romano: *Lo spirito del diritto* era stata un'opera finalizzata all'attuazione di un'importante operazione culturale. E non era diretta solo ai tecnici del diritto ro-

di altri diritti. Eventuali confronti con altri diritti serviranno soltanto a chiarire i principii romani: non ci proponiamo invece di procedere ad una comparazione sistematica, neppure col diritto greco e col germanico», mi sembra debba essere intesa per quel che è, cioè come esplicito rifiuto di una volontà di comparazione.

³⁰ Appare dunque chiaro come non mi persuada del tutto la tesi sostenuta di recente da J. GILTAIJ, *Fritz Schulz, Refugee Scholarship, and the Riccobono Seminar*, in *Roman Legal Tradition* 12 (2016) 1-19 (<http://romanlegaltradition.org>) secondo il quale nell'elaborazione dei *Prinzipien* ci sarebbe una forte volontà dell'autore di stringere rapporti oltreoceano e di diffondervi la conoscenza del diritto romano. Lo studioso si chiede inoltre in quale misura le idee espresse nei Principii anticipino uno spostamento, un avvicinamento verso gli Stati Uniti. A questo scopo, secondo Giltaij, Schulz si sarebbe dedicato all'elaborazione di un'opera che poteva colpire i lettori americani, con il suo richiamo ai 'principii' del diritto. La lezione tenuta da Schulz a Washington, al Seminario Riccobono, ne costituirebbe, secondo lo studioso finlandese, una prova, insieme anche con alcune lettere indirizzate a studiosi americani. Mi sembra però che, se sia innegabile l'interesse di Schulz, come di tanti altri studiosi, verso il mondo americano, e non solo negli anni in cui regimi politici totalitari di marcate tendenze razziali erano diffusi in Europa, questo interesse non possa essere considerato la finalità dei *Prinzipien*. In breve: è vero, a mio avviso, che non si può negare l'esistenza di rapporti fra studiosi europei e americani, ma non credo si possa confondere lo scopo della lezione tenuta al Seminario Riccobono o la traduzione dell'opera con l'operazione scientifica e culturale voluta da Schulz con la pubblicazione dei *Prinzipien*; e la cronologia e le vicende della vita dello studioso in quegli anni – che Giltaij naturalmente conosce – la data di elaborazione e di pubblicazione dell'opera, quella della traduzione inglese (il cui progetto prende avvio solo dal maggio 1935: si v. ERNST, *Fritz Schulz*, 130 ss.) e la lezione tenuta, soltanto nel 1936, al Riccobono Seminar devono essere prese in attenta considerazione. Non stupisce, dunque, che nella relazione tenuta da Schulz al Seminario Riccobono (riprodotta da H.H. JAKOBS, *De similibus ad similia bei Bracton und Azo*, Frankfurt a.M. 1996, 99 ss. con il commento da p. 111 ss.; si v. anche la sintesi in S. RICCOBONO, *Il diritto romano negli Stati Uniti di America*, in *BIDR* 43 (1935) 314 ss., spec. 353-356) lo studioso argomentasse a partire da alcuni punti che più facilmente avrebbero fatto presa su quel pubblico: ed è chiaro che, sul versante anglosassone e americano, Schulz – posto come obiettivo principale della sua opera quello politico e culturale, che sarebbe stato immediatamente comprensibile in Europa, e in Germania innanzitutto – avesse interesse a fornire una versione meno politicizzata e meglio calibrata per quei lettori.

mano; il *Geist* ha una finalità e una destinazione culturali amplissime. Ciò è dichiarato fin dalle pagine introduttive:

«Es ist nun meine Absicht, diese Aufgabe in einer auch für gebildete Laien faßlichen Weise zu behandeln...»³¹.

Come erano stati efficaci i titoli, oltre che i contenuti, dell'opera di Jhering – *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865) [Lo spirito del diritto nelle diverse fasi del suo sviluppo], *Der Kampf ums Recht* (1872) [La lotta per il diritto], *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884) [Serio e faceto nella giurisprudenza] – così Schulz aveva cercato di sollecitare l'interesse di un pubblico vasto e non necessariamente di specialisti con la pubblicazione di un'opera che si rivelava di forte impatto fin dal titolo: con questa scelta, con l'intitolare le sue lezioni *Prinzipien des römischen Rechts*, peraltro, Schulz rendeva esplicita l'idea di voler collegare i contenuti tecnici del diritto romano con valori metagiuridici, considerati come fondamentali per comprenderne il suo significato profondo, il contenuto imprescindibile della sua esperienza, anche nella costituzione dei nuovi sistemi politici degli stati moderni.

Credo si spieghino così alcune scelte dell'autore, alcune posizioni che potrebbero sembrare altrimenti poco equilibrate e talvolta persino contrastanti con i risultati scientifici ai quali Schulz era pervenuto fino a quel momento.

«I. Es tauchen von Zeit zu Zeit in jeder Wissenschaft gewisse Fragen und Richtungen auf, die durch ihre ins Leben tiefeingreifende Bedeutung auch den gebildeten Laien ein Interesse abnöthigen, und für deren Schicksal die Stimmung dieses Publikums nicht selten entscheidender wird, als der Ausgang des Prozesses, den sie in der Wissenschaft zu bestehen haben. Auch die Jurisprudenz, ein Gebiet, das in früherer Zeit den Blick des Laien kaum auf sich zog, hat neuerdings bei manchen Fragen diese Erfahrung machen müssen, und zu diesen gehört der Gegenstand der vorliegenden Schrift, das römische Recht. Der Aufschwung des Nationalgefühls zur Zeit der s. g. Freiheitskriege lenkte fast nothwendigerweise die Aufmerksamkeit des größeren Publikums auf diesen fremdartigen Bestandtheil unseres Rechtslebens, und das Gefühl, mit dem man denselben betrachtete, konnte nicht zweifelhaft sein. Es hätte nicht erst der Autorität namhafter Juristen bedurft, die über das römische Recht den Stab brachen, nicht des reichen Sündenregisters, mit dem sie ihren Spruch

³¹ «(...) È mia intenzione di trattare questo tema in modo intellegibile anche alle colte persone non legali...». R. JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Milano 1855, trad. it. di L. BELLAVITE, 3.

rechtfertigten; die Thatsache, daß ein vor mehr als tausend Jahren bei einem fremden Volke entstandenes Gesetzbuch als Richtschnur des heutigen Rechtsverkehrs galt, schien in sich selbst einen solchen Widerspruch, eine solche Verletzung des Nationalitätsprinzips zu enthalten, daß der gebildete Laie auch ohne Beihülfe der Juristen sich berufen halten mußte, einen solchen Zustand zu verdammen und die Aufhebung desselben zu verlangen. Eine wissenschaftliche Richtung, die darauf ausging, das römische Recht zu bekämpfen und zu verdrängen, konnte daher von vorn herein der Sympathieen des großen Publikums versichert sein und mußte täglich an Terrain gewinnen. Sie war zeitgemäß, denn sie hatte den großen Gedanken, dem die Zeit gehört, den der Nationalität zu ihrem Bundesgenossen, und die Allgewalt, die dieser Gedanke auf die Gebildeten wie die Massen ausübt, sichert dieser Richtung den Sieg. Die gegenwärtige Generation von Juristen muß darauf gerüstet sein, das römische Recht in seiner bisherigen Gestalt scheiden zu sehen (...)

Jene voraussichtliche Verdrängung des römischen Rechts wird aber mehr seine Form, als seinen Inhalt treffen. Es wird aufhören, für uns die Gültigkeit eines Gesetzbuches zu besitzen, aber es wird uns, wie überall, wo es früher galt und dann aufgehoben ward, einen bedeutenden Theil des Materials liefern, aus dem wir den Neubau unseres Rechts zu gestalten haben, und so wird eine große Summe der römischen Rechtsgrundsätze in veränderter Form fortexistiren»³².

³²JHERING, *Geist* cit., 2 «Sorgono di tempo in tempo in ogni disciplina certe quistioni e tendenze che, a cagione della profonda influenza che esercitano sulla vita reale, provocano eziandio l'interesse degli uomini colti a quelli profani. (...) Anche la giurisprudenza, subbietto che un tempo attraeva appena l'attenzione di chi non era legista, fece tale esperimento in alcuna delle sue quistioni; e la materia dell'opera presente, il *diritto romano*, vuolsi annoverare tra queste. – Lo slancio che venne comunicato al sentimento nazionale dalle così dette guerre della libertà trasse necessariamente l'attenzione del maggior numero sopra questo elemento forastiero di nostra vita giuridica (...). Non occorre l'autorità di giuristi celebri, che pronunciarono la condanna del diritto romano motivandone le pecche. Il semplice fatto che un codice nato, da più di mille anni, presso d'un popolo straniero valeva di regola dell'odierno commercio giuridico, sembrava tanto contrario e offensivo del principio di nazionalità, che ogni persona colta, anche senza l'appoggio dei giuristi, doveva sentirsi inclinata a condannare questo stato di cose, ed a chiederne l'abolizione. Però la tendenza scientifica, che mirava a combattere e discacciare il diritto romano godeva *a priori* delle simpatie del pubblico, e doveva quindi guadagnare terreno ogni giorno. Era dessa opportuna, avendo per alleato il gran pensiero dell'epoca nostra, il pensiero *della nazionalità*. Il grande ascendente che ha tale principio tanto sui dotti quanto sul volgo assicura questa tendenza scientifica della vittoria. Quindi i giuristi della generazione presente debbono tenersi preparati a vedere rimosso il diritto romano nell'attuale sua forma. (...)

Ma l'espulsione del diritto romano da noi antiveduta riguarda piuttosto la sua forma, che non il suo contenuto. Il diritto romano perderà bensì da noi il suo vigore siccome codice, ma continuerà a somministrarci (come il fa dovunque vigeva un tempo e fu abolito) una parte importante del materiale, con che costruiremo il novello edificio del nostro diritto. Così assai gran numero di principj romani del diritto (quantunque sotto mutate spoglie) sopravviveranno». (trad. BELLAVITE, *Lo spirito del diritto* cit., Introduzione § 1 p. 1.

«(...) Um das römische Recht zu beurtheilen, können wir uns nicht an einzelne Bestimmungen desselben halten, sondern wir müssen dasselbe prinzipiell erfassen, wir sind daher beständig gezwungen zu abstrahiren. Statt der Lupe bedürfen wir, wenn der Vergleich erlaubt ist, der Teleskope d. h. statt einer Kritik, die die Ueberlieferungsform des römischen Rechts, die Handschriften, Varianten u. s. w. zum Gegenstand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre desselben»³³.

Sono stralci tratti dall'introduzione alla prima edizione de *Lo spirito del diritto* di Jhering³⁴ – benché non si tratti, in effetti, dell'edizione citata da Schulz³⁵. La consonanza con le pagine di Schulz è forte; l'ideologia sottesa sembra la stessa.

Del resto, la presenza del *Geist* di Jhering è esplicita nei *Prinzipien*. Schulz cita l'opera, non a caso, fin dalle prime battute, nell'*Introduzione*, e poi ancora un paio di volte nel corso della trattazione. Ma, in realtà, non si tratta di semplici citazioni; Jhering, piuttosto, viene indicato come esempio da seguire:

«Die geschichtliche Aufgabe, die hier zu bewältigen ist, ist bisher nur einmal in ihrer Totalität in Angriff genommen worden: von Rudolph von Ihering in seinem großen, leider unvollendet gebliebenen Werk „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“. Das nicht allein für seine Zeit großartige, freilich auch chaotische Werk, das auch nicht ausschließlich das behandelt, was hier „Prinzipien des römischen Rechts“ genannt wird, war bahnbrechend; vieles Wesentliche ist richtig gesehen und zum ersten Mal nachdrücklich betont worden»³⁶ (*Prinzipien* cit., 2).

³³JHERING, *Geist* § 2, p. 9. (...) «Per giudicare il diritto romano non può appigliarsi alle sue disposizioni sgranate, ma conviene concepirlo ne' suoi principj; si è quindi costretti ad astrarre continuamente. A vece della lente è d'uopo usare (s'è concesso il paragone) il telescopio; cioè in luogo della critica, che versa sulla forma di trasmissione del diritto romano, sui manoscritti, sulle varianti ecc, è d'uopo d'una critica del diritto in genere, d'una dottrina naturale generale del medesimo».

³⁴Ho riportato la traduzione italiana di L. BELLAVITE di R. JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Milano 1855, Introduzione § 1, 1; la seconda citazione è tratta dal § 2 p. 8.

³⁵Schulz cita la III edizione del terzo tomo e la IV edizione dei tomi I e II, che non ho potuto consultare.

³⁶«Il compito storico che vogliamo assolvere è stato fin qui affrontato nella sua interezza una volta sola; e precisamente da Rodolfo von Jhering nella sua grande opera, rimasta disgraziatamente incompiuta su 'Lo spirito del diritto romano nelle diverse fasi del suo sviluppo'. Quest'opera, grandiosa (...) che non tratta esclusivamente di ciò che qui s'intende sotto il nome di principj del diritto romano, aprì una nuova strada; molte cose essenziali furono per la prima volta esattamente viste e fortemente accentuate»: *Principii* cit., 2.

Schulz si ripropone di andare oltre, in considerazione del tempo intercorso e delle mutate prospettive; oltretutto, bisognava tener presente che l'opera di Jhering si era fermata al VI secolo a.C.

Il contesto dal quale il lavoro di Jhering aveva preso le mosse era quello della polemica sulla codificazione. Ad essa Jhering si era opposto: le pagine dell'introduzione lo fanno trapelare. La necessità di una difesa del diritto romano è chiara e forte.

Altri, come si è ricordato, erano gli spettri di Schulz; il pericolo era tuttavia in parte confrontabile: il nazionalsocialismo, con il connesso rifiuto del diritto romano e di quei valori che esso aveva trasmesso; il prevalere della politica e del consenso delle masse sulla riflessione aristocratica e autoritaria dei giuristi romani (v. *infra*, nt. 43).

E così, pensando a Savigny e alla Scuola Storica, si leggano le pagine di Schulz su *Legge e diritto*, la prima delle undici lezioni:

«In seiner berühmten Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ hat Savigny 1814 die Aufgabe der Gesetzgebung dahin formuliert: Gesetzbücher (Kodifikationen) sind vom Übel und ganz zu vermeiden. Die Einzelgesetzgebung ist unvermeidlich, soll sich aber in engen Grenzen halten; sie soll eingreifen, wenn „höhere politische Zwecke die Anänderung des bestehenden Rechts fordern“, wenn einzelne Rechtssätze zweifelhaft sind, oder wenn die Normen (etwa wie bei der Bestimmung der Verjährungsfrist) so positiv sein müssen, daß sie nur durch staatliche Rechtssatzung geschaffen werden können. Man hat diese Thesen Savignys oft angegriffen, eins aber leuchtet ohne weiteres ein: sie entsprechen genau den römischen Prinzipien, den Anschauungen, die jahrhundertlang die Männer beherrschten, in deren Händen die Entwicklung des römischen Rechts lag, und in die sich Savigny so vollkommen eingelebt hatte. Die Gründe, die die Römer zu ihrer Haltung veranlaßten, müssen denen ähnlich gewesen sein, sie für Savigny maßgebend waren» (*Prinzipien* cit., 8 s.)³⁷.

³⁷ «Nel suo famoso scritto 'Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza', 1814, Savigny ha formulato il compito della legislazione a questo modo. I codici (o codificazioni) sono un male da evitarsi del tutto. La legislazione particolare è imprescindibile, ma deve tenersi in confini ristretti (...) Queste tesi di Savigny sono state spesso attaccate, ma un punto è senz'altro evidente: esse corrispondono esattamente ai principii romani, alle concezioni da cui sono stati dominati per secoli gli uomini nelle cui mani era posto lo sviluppo del diritto romano, concezioni delle quali Savigny si era completamente imbevuto. Le ragioni che spingevano i romani a questo loro atteggiamento devono essere state simili a quelle che erano determinanti per Savigny»: *Prinzipii* cit., 11. Si sofferma sul rapporto di Schulz con Savigny, oltre che con Jhering, FANIZZA, *I Principii di Fritz Schulz* cit., 544 s.

In questo caso, come in altri, la comprensione piena delle parole di Schulz, l'approfondimento critico dei suoi *Principii*, mi sembra che possano essere portati avanti ancora più utilmente non solo prestando attenzione ai contenuti che emergono da quelle pagine, ma avendo ben chiara in mente l'operazione culturale che lo studioso si era riproposto.

Propongo un solo esempio: in questi ultimi anni si è animato un interessante dibattito a proposito dell'importante assunto contenuto in *Legge e diritto*. Ci si è chiesti, per riassumere in poche parole, se e in quale misura sia accoglibile la nota affermazione di Schulz secondo cui «Il "popolo del diritto" non è il popolo della legge»³⁸. Non entro nel merito della discussione, tanto più che, come credo, le diverse posizioni, i diversi interrogativi che sono stati posti sul tema hanno ciascuno dei punti di forza. Mi sembra però che se, da un lato, sia opportuno esercitare una riflessione critica sui dati presentati da Schulz, sulle sue osservazioni e cioè, nel caso specifico, sull'apporto della produzione legislativa e sulla sua centralità, non solo quantitativa, ma anche qualitativa, nella formazione del *ius*, dall'altro non si debba dimenticare il punto iniziale di indagine seguito da Schulz e la sua prospettiva, che gli derivavano sia dalla sua formazione, sia dalla *communis opinio* di quegli anni, ma soprattutto credo che non si debbano dimenticare la finalità e il metodo seguiti nelle pagine dei *Prinzipien*.

Il lavoro di Giovanni Rotondi costituisce di certo il presupposto sul quale Schulz basa la sua riflessione, benché l'accuratezza di quell'indagine non avrebbe dovuto escludere, per così dire, la valutazione autonoma dello studioso tedesco, perfettamente consapevole dello stato dei testi e dei problemi connessi con la loro trasmissione. Non voglio sostenere che Schulz abbia voluto ignorare il peso dell'intervento dei compilatori nell'eliminazione dei riferimenti alle leggi: egli potrebbe, semplicemente, non aver valutato a fondo la volontà e il metodo adoperati dai commissari giustiniani. Voglio invece dire che il risultato al quale perveniva Rotondi si inseri-

³⁸ Sull'uso dell'espressione 'Popolo del diritto' si v. SCHULZ, *Prinzipien* cit., 4 nt. 3 = SCHULZ, *Principii* cit., 6 nt. 4. D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. Ferrary (cur.), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 708 ss., ha voluto sovvertire questo enunciato argomentando sulla base dello stato testuale. Di avviso diverso G. SANTUCCI, *Legum inopia e diritto privato. Riflessioni intorno ad un recente contributo*, in *SDHI* 80 (2014) 373 ss. Sposta l'attenzione sul dato qualitativo (cioè dell'importanza della legislazione nell'ambito della produzione del diritto privato romano), più che quantitativo delle *leges*, pur ritenendo che il numero delle leggi debba essere spostato verso l'alto, rispetto ai dati forniti da Rotondi e utilizzati da Schulz, SCHIAVONE, *Ius* cit., 470 nt. 1.

va perfettamente nella visione di Schulz³⁹. Una visione che trovava sostegno nel dibattito dei decenni precedenti, in Germania, su codificazione e diritto e che, peraltro, risultava del tutto funzionale all'obiettivo che Schulz stava perseguendo; quello, cioè, di individuare legami, somiglianze e soprattutto di mostrare la vicinanza del diritto romano al diritto tedesco, anche in tema di legislazione e codificazione: il diritto romano non era estraneo a quello tedesco; anzi, entrambi avevano caratteristiche comuni.

I presupposti appena ricordati e la prospettiva seguita da Schulz mi sembra siano ben visibili in affermazioni come quella che segue:

«die Kodifikation verleitet zur Wortinterpretation und lenkt ab von der Betrachtung der Natur der Sache; sie täuscht eine Geschlossenheit und Vollständigkeit vor, die sie nicht hat; sie fordert eine den Römern gefährlich dünkende abstrakte Formulierung der Rechtssätze, legt auch die Rechtsordnung zu stark für die Zukunft fest» (*Prinzipien* cit., 9)⁴⁰.

Lo stesso tema, codificazione e diritto, ritorna anche nella *History*, dove oggetto di attenzione è soprattutto quanto attiene alla codificazione dell'editto e poi, ovviamente, alla codificazione di età tardo imperiale e giustiniana; solo un accenno, invece, per quanto riguarda la legislazione nel corso dell'età repubblicana e del primo principato. Ritorna qui l'osservazione sul numero limitato delle leggi e sul fatto che sarebbe stato un vuoto *topos* retorico la lagnanza degli antichi di essere sepolti dalle leggi⁴¹. Ora, pur dovendosi tenere in conto la diversa tipologia e finalità delle due opere, la *History* e i *Prinzipien*, mi sembra che l'assenza, nella *History*, di ogni riferimento al dibattito sulla codificazione in Germania faccia emergere con più forza l'intento e il metodo adoperato nei *Prinzipien*, là dove, nonostante la dichiarazione iniziale di Schulz di non voler procedere a confronti, è anche il richiamo a temi, dibattiti o prospettive di un passato giuridico recente o contemporaneo a rafforzare l'idea della vicinanza del diritto romano a quello tedesco e dell'esistenza di principi giuridici di derivazione romanistica.

³⁹ Basti pensare a quanto scrive nei *Principii* cit., 7: 'Per quanto riguarda anzitutto le leggi in senso tecnico (*leges rogatae* e *datae*), è certo che le nostre fonti ci consentono di conoscere soltanto una parte della legislazione, ma è difficile credere che molte cose essenziali ci siano rimaste ignote'.

⁴⁰ «la codificazione conduce all'interpretazione letterale ed allontana dalla considerazione della natura delle cose; essa simula una completezza che in realtà non possiede; essa suggerisce una formulazione astratta delle regole di diritto, che ai romani sembrava pericolosa, e irrigidisce troppo fortemente l'ordine giuridico anche per il futuro»: *Principii* cit., 11 s.

⁴¹ *Storia* cit., 116. Il tema viene trattato naturalmente, in quest'opera, in luoghi diversi: *Storia* cit., 49, 116 s.; 245, 413 nt. 2.

Il dibattito centrale della Scuola Storica era stato il rifiuto dell'idea di codificazione: l'ideale da perseguire era la consuetudine, non il codice. Nei *Principii* la riflessione sul tema della legge e della codificazione slitta in maniera naturale verso quella sul diritto consuetudinario. E tuttavia, secondo Schulz, a Roma, il ridotto numero di leggi non avrebbe implicato il riconoscimento del diritto consuetudinario così come si sarebbe verificato al tempo di Giustiniano e del *ius commune*. I precedenti non avevano forza vincolante, scrive Schulz. La posizione dello studioso non è più quella della prima Scuola Storica:

«Als die angemessenste Art der Entwicklung von Rechtsnormen erscheint der republikanischen und klassischen Zeit die Normenbildung durch eine von der Jurisprudenz geleitete Praxis (...). Die traditionelle Sätze, die sich aus solcher Zusammenarbeit von Jurisprudenz und Praxis ergeben, mag man aus solcher Gewohnheitsrecht nennen, darf aber dann nicht vergessen, dass dieses Gewohnheitsrecht bis zum Ausgang der klassischen Periode mit dem Gewohnheitsrecht des justinianischen Rechts und der modernen Theorie nicht identisch ist. Dem römischen Gewohnheitsrecht noch der klassischen Zeit kommt nicht die gleiche rechtliche Bedeutung zu wie dem Gesetzrecht. (...)».

«Das ist die Art der Rechtsbildung, der die Republikaner und Klassiker grundsätzlich den Vorzug geben: die leise allmähliche Fortbildung an der Hand der Fälle und im Wege der juristischen Diskussion, nicht festgelegt durch die starren Regeln eines Gesetzes oder eines bindenden Gewohnheitsrechts (...)».

«Wie es gelegentlich in einem deutschen Weistum heißt: „Auch bekennen wir obengenannte gemein, dass diese weisung inser eltern und fahren von vielen Jahren auf uns bracht und so gehalten heben und versehen uns nit bessers auf diesmal“» (*Prinzipien* cit., risp. 9, 11 e 10)⁴².

⁴² «L'epoca repubblicana e la classica ritengono che il modo più adatto per l'evoluzione delle norme giuridiche sia la loro determinazione attraverso una prassi guidata dalla giurisprudenza (...) le regole che nascono da questa collaborazione della giurisprudenza e della prassi si possono chiamare diritto consuetudinario purché non si dimentichi che questo diritto consuetudinario vigente sino alla fine del periodo classico non è identico a quello del diritto giustiniano. Al diritto consuetudinario romano dell'epoca classica non è attribuita la stessa rilevanza giuridica che al diritto legale». (...) «È questo il modo di formazione del diritto al quale i repubblicani e i classici danno in massima la preferenza: il lieve e lento progresso sulla scorta di casi pratici e in via di discussione giuridica, non mai fermato mediante regole rigide di una legge o di un diritto consuetudinario obbligatorio».

«come è detto occasionalmente in una delle *Weistümer* tedesche: noi soprascritti ci accordiamo nel riconoscere che questa massima dei nostri padri e antenati è accolta presso di noi da molti anni, e non conosciamo fino a questo momento niente di meglio»: la prima citazione è tratta da *Principii* cit., 12; la seconda, dalla pagina 13.

In questi termini Schulz supera la posizione precedente, va oltre la polarizzazione delle posizioni fra diritto consuetudinario e diritto codificato, come del resto esplicitamente sostiene mentre, peraltro, afferma che «la ricerca moderna s'inizia con Jhering»⁴³.

E ancora (ma si farà in questa sede solo un rapido accenno): così come aveva fatto Jhering⁴⁴, Schulz nelle pagine dei *Principii* riflette sull'isolamento – è ben noto – enunciando come questo principio basilare della scienza giuridica romana debba essere considerato comune a quella tedesca. Ritorna anche qui il richiamo a Jhering, ma la riflessione non è del tutto sovrapponibile:

«Nichtrechtliche Elemente werden in der deutschen Wissenschaft wie in der römischen aus der Betrachtung ausgeschieden. Das bloß Übliche bleibt

⁴³ *Principii* cit., 12 e nt. 40. Per Schulz il rifiuto dei giuristi nei confronti della codificazione troverebbe spiegazione nella natura aristocratica della giurisprudenza e nel fatto che 'essendo aristocratica, la giurisprudenza romana era autoritaria', basava cioè le sue decisioni sull'autorità dei giuristi. L'interesse dei giuristi, dunque, sarebbe stato quello di evitare che la legislazione invadesse il dominio del vero diritto del giurista (con queste parole nella *Storia* cit., 49). Nei *Principii* Schulz menziona esplicitamente Savigny, in specie la sua opera *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* del 1814: i codici o codificazioni sono un male da evitarsi del tutto, scrive a p. 11: 'queste tesi di Savigny sono state spesso attaccate, ma un punto è senz'altro evidente: esse corrispondono esattamente ai principii romani, alle concezioni da cui sono stati dominati per secoli gli uomini nelle cui mani era posto lo sviluppo del diritto romano, concezioni delle quali Savigny si era completamente imbevuto'. Quanto alla consuetudine, premessa l'importanza che sarebbe stata attribuita al *mos maiorum* in relazione a ciò che poteva essere considerato 'consuetudine consolidata', essa non era mai vincolante quanto la legge. E ciò avrebbe mostrato la forte determinazione dei giuristi di mantenere una presa salda sullo sviluppo del diritto, sia nella fase più arcaica, sia in quelle successive; si legga, ad esempio, ciò che Schulz scrive nella *Storia* a proposito del progetto cesariano della codificazione (*Storia* cit., 116) che sarebbe stato concepito in uno spirito ellenistico, morto con Cesare, e non avrebbe mai ricevuto l'appoggio dei giuristi; perché (*Storia* cit., 117): 'malgrado il loro tradizionalismo i giuristi erano decisi ad aver mano libera per preservare il diritto dalla pietrificazione'. Anzi, secondo Schulz i riferimenti a diritto scritto e diritto non scritto, diritto consuetudinario, sarebbero da intendersi come frutto di interventi postclassici (anche il riferimento gaiano all'inizio delle *Institutiones* ai *mores* sarebbe da intendersi come un cliché del greco *nomos kai ethos*).

⁴⁴ Che lo aveva scritto nel *Geist* in più luoghi; si v., ad esempio II, 31: 'Il progresso del diritto risiede nella distruzione di questa coesione naturale, in una separazione, un isolamento continuo' (...). Sull'isolamento si v. BRETONE, *Postulati e aporie* cit., 340 ss. Sui 'preludi' del postulato della Isolierung, un principio che rimanda alla discussione della fine del XIX secolo, si v. A. MANTELLO, *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei Miscelliones*, Milano 1985, 165 s. e 203; E. STOLFI, *Il contesto culturale, in Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità dei giuristi romani*, in *Atti Seminario internaz. 14-17 giugno 2011*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento 2012, 251 ss., soprattutto a proposito della reazione storiografica al principio della Isolierung.

beseite, besonders in der führenden Disziplin des Privatrechtes. Dem typischen Inhalt der Geschäfturkunde (...) der typischen tatsächlichen Verwendung der Rechtsinstitute und Rechtssätze wurde wenig oder keine Beachtung geschenkt. Erst die Rechtstatsachen-Forschung des 20. Jahrhunderts lange Zeit zu wenig beachtet. Ihering hat diese Richtung der Wissenschaft kräftig bekämpft, und langsam ist es anders geworden. Aber auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts hat die römische Isolierungsmethode noch einmal einen grossen Triumph gefeiert: in Labands Staatsrecht. In seiner strengen Sonderung des Rechts von den politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnissen, von den ökonomisch-politischen, ethischen und religiösen Anschauungen und Bestrebungen ist dieses Werk ein echt romanistisches Buch, obwohl der Verfasser, akademisch gesprochen, Germanist war» (*Prinzipien* cit., 26)⁴⁵.

L'isolamento, dunque: un postulato nella riflessione di Schulz⁴⁶, il quale, non a caso, nei *Principii* ne tratta nella seconda lezione, subito dopo *Legge e diritto* (un principio, quest'ultimo che doveva, in un certo senso, aprire la raccolta). Ma egli se ne occupa anche nella lezione tenuta nel 1936 a Washington, al Seminario Riccobono, ponendolo, in maniera significativa, a fondamento della scienza giuridica a Roma⁴⁷:

«Firstly the Roman jurists concentrated on law and law alone. They isolated law from the world which produced it and in which it was growing and working, from the rules of religion, morality and custom, from the whole economic and social world».

⁴⁵ «Come nella scienza romana, così pure nella tedesca gli elementi non giuridici venivano esclusi dalla discussione. Le norme sancite soltanto dal costume erano messe da parte, specialmente nel diritto privato che è la disciplina fondamentale. Al contenuto tipico del documento negoziale (...) all'applicazione effettiva e tipica degli istituti e delle norme giuridiche era accordata poca o nessuna attenzione. Soltanto le ricerche del XX secolo sulla realtà giuridica hanno prodotto in Germania un mutamento. Anche i rapporti della vita che il diritto vuole regolare, gli interessi, soprattutto economici che vuole soddisfare, lo 'scopo del diritto', tutto ciò è stato considerato ben poco, per lungo tempo, dalla scienza del diritto privato del secolo XIX. Ihering ha fortemente combattuto questo indirizzo scientifico, e lentamente le cose sono cambiate. Ma nel campo del diritto pubblico il metodo romano dell'isolamento ha celebrato ancora un nuovo e grande trionfo: il *Diritto pubblico* di Laband. Nella rigorosa separazione del diritto dai rapporti politici economici e sociali, dalle tendenze e dalle aspirazioni economico-politiche, etiche e religiose è questo un libro schiettamente romanistico, per quanto l'autore fosse, accademicamente parlando, un germanista.» SCHULZ, *Principii* cit., 32.

⁴⁶ Mi riferisco a BRETONE, *Postulati e aporie* cit., 340 ss.

⁴⁷ Per il testo della lezione di Schulz, si v. JAKOBS, *De similibus* cit., 99 ss. che lo riproduce. Sul significato e la funzione svolti dal Seminario Riccobono a Washington, si v. S. RANDAZZO, *Roman Legal Tradition and American Law. The Riccobono Seminar of Roman Law in Washington*, in *RLT* 1 (2002) 123 ss.

Quelli appena esposti sono solo alcuni esempi che andranno più accuratamente analizzati e sviluppati; ma ritengo si possa riflettere fin da ora su un dato: se si tiene presente che la prospettiva politica e culturale è certamente una delle chiavi di lettura dei Principi, se non proprio la principale, mi sembra che trovino spiegazione alcune scelte dell'autore che potrebbero essere difficilmente comprensibili e che infatti sono state poste in discussione fin dalle prime recensioni all'opera. Mi soffermo ancora sul versante storiografico italiano. Si è detto in precedenza della disapprovazione manifestata da Lauria sul bisogno di rendere esplicito e legittimare, in un certo senso, l'oggetto delle proprie indagini. Analogo discorso è stato fatto – mi riferisco questa volta a Momigliano – anche per quanto attiene alla scelta dei temi da discutere:

«Leggendo i *Principi* non si può non essere colpiti dallo strano assortimento di nozioni che sono messe a fondamento del diritto romano: semplicità, astrazione, tradizione, nazione, umanità, libertà, fedeltà. I principi stessi non sempre si ritrovano nei fatti. Il principio di nazionalità non è alla base del diritto romano, salvo che si confonda nazionalità con cittadinanza»⁴⁸.

E, per ritornare a Lauria, «Nazione, libertà, autorità, humanitas, fides, sicurezza sono veri concetti che possono essere a fondamento di un ordinamento giuridico; ma di alcuni è dubbia l'esistenza nel mondo romano, per altri è dubbia la diretta derivazione da essi dei corrispondenti concetti moderni»⁴⁹.

⁴⁸ A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *Riv. Storica Italiana*, 76 (1964) 133 ss. ripreso in A. MOMIGLIANO, *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico I*, Roma 1966, 285 ss., spec. 299. Momigliano recensis i *Principii* per la rivista *Leonardo*, 6 (1935) 362 s. (riprodotta in A. MOMIGLIANO, *Decimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico* [a cura di R. Di Donato], Roma 2012, 485 s. [da cui cito]): una lettura breve, elogiativa, ma anche non priva di osservazioni critiche. Egli rilevava, ad esempio, la presenza di quella che può essere definita qualche forzatura nelle pagine del giurista tedesco: ad esempio quando osserva che alcuni dei principii che S. attribuisce all'esperienza romana sono in effetti presenti in ogni altro diritto e magari, in alcuni casi, solo accentuati nel diritto romano. Momigliano coglie comunque, anche se in una sola, significativa, battuta, il significato politico dell'opera (p. 486): 'Nel complesso si scorge che il giurista di Berlino, nel dichiarare in pubbliche lezioni quelli che per lui sono i principi fondamentali del diritto romano, ha voluto riaffermarne solennemente il valore. Anche per chi, come il sottoscritto, nel valutare l'odierna produzione scientifica tedesca, tenga per norma il prescindere dalle condizioni peculiari in cui nasce, il fatto è troppo sintomatico perché possa essere taciuto'. Momigliano avrebbe dedicato poi ai *Principii*, dopo quasi trent'anni, un'attenzione maggiore e una lettura critica anche più acuta, nel saggio citato all'inizio di questa nota.

⁴⁹ LAURIA, I «Prinzipien» di Schulz cit., 613.

Possiamo credere che Schulz non se ne rendesse conto?

Si pensi, ad esempio, alla scelta dell'autore di soffermarsi sul principio di *humanitas*; con giusta ragione, rilevava Momigliano, «“Humanitas” forse esisteva come principio, ma paradossalmente Schulz è uno di coloro che considerano interpolati tutti i passaggi di giuristi classici in cui la parola “humanitas” appare»⁵⁰. La risposta a questa obiezione è nelle stesse parole di Schulz, per il quale «(...) non si può dalla storia della parola dedurre quella dell'idea, e la storia dell'umanità non può essere scritta lessicograficamente, in base alle fonti che contengono la parola *humanitas*»⁵¹.

E si potrebbe continuare. Si potrebbe forse sostenere che Schulz talvolta metta in secondo piano il dato testuale, e che lo faccia per l'importanza dell'obiettivo, per la necessità di individuare e di indicare quelli che riteneva fossero i principii universali che erano stati a fondamento del diritto romano e che dovevano essere il fondamento di ogni stato moderno; e fra essi non potevano mancare né l'*humanitas* né, fra gli altri, il principio di libertà.

Ancora una considerazione, in conclusione, proprio sulle pagine riservate a 'Libertà'. Schulz ne tratta in relazione al diritto costituzionale romano, con espressioni forti ed eloquenti e, non credo a caso, nelle pagine finali della lezione, propone alcune interessanti considerazioni sui «rapporti fra individuo e lo Stato» (p. 139 ss.): così, ad esempio, quando scrive che «la storia romana non conobbe periodi di polis totalitaria» o quando sostiene che «La libertà di opinione, di credenza, di culto sono garantiti non certo senza limiti, ma in larga misura»⁵². Ma è, ovviamente, al diritto privato che Schulz dedica la parte più ampia della trattazione; egli si sofferma sui rapporti di comunione fra privati, sulla comunanza coniugale, sulle associazioni, le società, la proprietà, naturalmente, la successione, e così via, affrontando un punto che era in quegli anni oggetto di critica particolarmente forte: il carattere individualistico del diritto romano. Questa è la sua prospettiva:

«Im Privatrecht führt das römische Freiheitsprinzip zu einer ausgeprägt individualistischen Gestaltung des Privatrechts. Auch die Römer werden eine Periode eines mittelalterlich gebundenen Rechts durchmacht haben, aber in

⁵⁰ MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento* cit., 299.

⁵¹ Così in *Principii* cit., 166, opportunamente ripreso da FANIZZA, *I Principi di Fritz Schulz* cit., 546 secondo la quale ci troveremo di fronte ad un 'principio nascosto'. Saremmo in presenza di un dissidio fra metodo interpolazionista sul quale Schulz si era formato e la riflessione dello studioso secondo cui l'idea di umanità sarebbe profondamente radicata nella vita giuridica e nel diritto di Roma. Si tratta di un tema d'indagine importante, che meriterebbe più di una riflessione.

⁵² Così in *Principii* cit., 139, citando JHERING, *Geist* 2 cit., 138 ss. e TH. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften* 3, Berlin 1909, 389 ss.

dem Zeitraum, den wir für unsre Betrachtungen gewählt haben, vom zweiten Jahrhundert vor Christus an, ist der individualistische Charakterzug des römischen Privatrechts unbestreitbar und auch niemals bestritten worden»⁵³.

Pochi anni più tardi, nel 1941, in Italia, Francesco De Martino (1907-2002), giurista e storico del diritto, di lì a poco iscritto al Partito d'Azione e, in seguito, più volte segretario del Partito Socialista Italiano, avrebbe cercato di contrastare la critica che era stata sollevata al diritto romano, di essere cioè caratterizzato da un eccesso di individualismo; e lo aveva fatto scrivendo il noto saggio su *Individualismo e diritto romano privato*⁵⁴. Erano gli anni della guerra, in cui la posizione dell'Italia era subordinata alla Germania. Una subordinazione non solo politica e militare, ma anche culturale, con l'incombere dell'orientamento nazista e il conseguente rifiuto dei valori e dei modelli che avevano formato la storia giuridica del nostro Paese. In questo contesto, la scelta ideologica di De Martino – come egli stesso scriveva – era stata netta; e la stesura di quel saggio lo dimostra. Anche in seguito De Martino avrebbe sostenuto la sua tesi: il diritto romano non doveva essere considerato come un sistema nel quale sempre e comunque prevalessero gli interessi individuali su quelli sociali. Lo aveva chiarito soprattutto nel 1979, quando era ritornato sul saggio del 1941, commentandolo⁵⁵. Sono appunto le parole del 1979 che interessano, la riflessione dello studioso napoletano quasi quarant'anni dopo la pubblicazione di quel lavoro:

«Io scelsi la difesa ad oltranza del diritto romano contro gli attacchi del nazionalsocialismo, che aveva scritto nel suo programma la lotta contro il diritto romano in quanto diritto del capitalismo. Ma questa era semplicemente una ipocrisia ed una mistificazione, perché il vero motivo ispiratore di questa teoria nazista era la lotta contro i princípi civili ereditati dal diritto romano, i quali

⁵³ *Prinzipien* cit., 99; «Al diritto privato il principio romano di libertà imprime un carattere nettamente individualistico. Anche i romani avranno attraversato un'epoca in cui il diritto dell'individuo era vincolato come nel Medio Evo, ma nel periodo che abbiamo scelto per le nostre considerazioni, dal II secolo a.C. in poi, il carattere individualistico del diritto privato romano è indubitabile, né del resto è mai stato revocato in dubbio»: *Principii* cit., 127 s.

⁵⁴ F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 16 (1941) 1-51, ripreso, da ultimo, in F. DE MARTINO, *Diritto economia e società nel mondo romano. Con una nota di lettura di F. D'Ippolito*, I. *Diritto privato*, Napoli 1995, 443 ss. Come ho ricordato in precedenza, sul tema si v. STOLLEIS, *Fortschritte* cit., 185.

⁵⁵ In occasione della ristampa di alcuni suoi scritti in *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. Dell'Agli e T. Spagnuolo Vigorita, Roma 1979, 248 ss. Il commento di DE MARTINO al suo saggio si legge nell'*Introduzione*, ix ss., spec. xvii-xxx.

consistevano nella tutela della libera personalità. Il diritto romano, come fu in altri periodi della storia, era dunque il diritto della libertà contro il potere statale illimitato, cioè l'assolutismo. Fu questa convinzione che mi spinse a scrivere quell'articolo, accettando in qualche modo il terreno sul quale la polemica nazionalsocialista si era posta e perciò mirando a contrastare l'accusa che il diritto romano fosse individualistico e tentando di dimostrare che in esso erano invece molto forti la considerazione degli interessi sociali e la preminenza di quelli collettivi su quelli individuali. L'altro aspetto ben più sostanziale, cioè la natura del diritto romano come diritto della libertà, veniva lasciato del tutto nell'ombra e *pour cause*, perché in quei tempi non sarebbe stata possibile una aperta esaltazione del diritto alla libertà. L'organicità dell'indagine è certamente pregiudicata da questo limite ed il discorso può apparire parziale e non sempre obiettivo. Se dovessi scrivere oggi uno studio su questo tema dell'individualismo nel diritto romano esso sarebbe notevolmente diverso e più equilibrato ed il momento della considerazione degli interessi individuali nei confronti della società e del potere statale riceverebbe una ben maggiore attenzione. Ma il lettore esigente dell'assoluta verità della trattazione storica non dimentichi in quale clima e per quali finalità questo saggio fu scritto e perciò sia indulgente con l'autore. In pieno 1941 non era agevole scegliere come tema di studio un punto fondamentale di contrasto con le teorie nazionalsocialiste, che per la verità non erano state fatte proprie da giuristi italiani di osservanza fascista, ma non erano state nemmeno respinte con la decisione necessaria»⁵⁶.

Non del tutto paragonabile né il contesto, né il metodo adoperato da Schulz e da De Martino, né, come è evidente, l'analisi che dell'individualismo nel diritto privato romano veniva da essi effettuata. Eppure, un unico filo di pensiero mi sembra che leghi quei contributi: la volontà di utilizzare tutti i mezzi e le strategie culturali a disposizione pur di contrastare la tendenza che andava verso la distruzione di quella cultura giuridica che aveva formato l'Italia, la Germania e, più ampiamente, l'Occidente europeo. A me sembra fuor di dubbio che le parole del giurista napoletano, nel 1979, siano state chiare, esplicite e di grande efficacia nell'ammissione della necessaria e inevitabile parzialità nell'impostazione del lavoro del 1941; e mi sembra che esse possano fornire una chiave di lettura, o forse anche una conferma, per l'interpretazione delle undici lezioni raccolte nei *Prinzipien* di Schulz.

⁵⁶ DE MARTINO, *Introduzione* cit., xviii s.

USO E RIUSO DELLE CITAZIONI ROMANE,
MEDIEVALI E D'ETÀ MODERNA
NEL DISCORSO DOTTRINALE
DEI GIUSCOMMERCIALISTI ITALIANI
(XIX-XX SEC.)

Annamaria Monti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ‘mobilitazione’ di un’eredità nella costruzione scientifica di una disciplina. – 3. Usi, riusi e appropriazioni delle citazioni antiche.

1. *Premessa*

Tra Otto e Novecento il diritto commerciale vive un favorevole momento di espansione nella prassi e di affermazione a livello accademico. Vari fattori concorrono a un rinnovamento degli approcci e dei metodi dei giuristi, in un’epoca di sostenuti scambi intellettuali e d’idee a livello europeo e transnazionale.

Lungo l’Ottocento, nei diversi paesi dell’Europa continentale, l’industrializzazione aveva progressivamente modificato gli scenari economici, sociali e anche politici, con cronologie in parte diverse per ciascuna realtà nazionale, sospingendo i giuristi, universitari e pratici, a confrontarsi con problemi che stentavano a trovare nel diritto codificato soluzioni adeguate. Istanze metodologiche innovative si levavano da più versanti e circolavano, per diverse vie. Tra esse, spiccavano i canali ‘editoriali’ e, specificamente, le riviste giuridiche¹.

¹ Si vedano i saggi confluiti in *Juristische Zeitschriften in Europa*, a cura di M. Stolleis e T. Simon, Frankfurt am Main 2006, nonché C. PETIT, *Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado*, in *Quaderni fiorentini* 35 (2006) 255-338. Di recente, F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique. La Revue générale du droit (1877-1938)*, Paris 2017;

Ciò si verifica anche in Italia, dalla fine degli anni Ottanta del secolo², in tempi di poco successivi all'entrata in vigore del codice di commercio voluto da Pasquale Stanislao Mancini³. In tale contesto, specialmente nei discorsi della dottrina di matrice accademica, impegnata a elaborare lo statuto scientifico della disciplina ben oltre i confini della pur recentissima codificazione del 1882, si contano interessanti esempi di "appropriazione", per il tramite delle citazioni, delle fonti romane, accanto alle citazioni di fonti medievali e d'età moderna. Il valore e il significato di queste citazioni variano e si intende qui evitare qualsiasi forma di generalizzazione.

Attraverso una scelta di casi esemplificativi, l'analisi vuole concentrarsi non soltanto sul tipo di fonte citata, che pure rileva nell'esposizione dei singoli autori, ma anche (e soprattutto) sul valore e sul significato del ricorrere alla citazione "antica", a volte, "antiquaria", da parte del giurista. Il citare, infatti, come accennato, implica forme diverse di appropriazione delle fonti antiche: ai fini dell'indagine, specialmente interessanti sono l'uso, il riuso e la circolazione delle citazioni nella costruzione di un discorso teorico e scientifico⁴.

Indagini storiografiche accurate ben documentano una continua interazione tra regole mercantili e tradizione romanistica⁵, nonché, appunto, un uso (e riuso) delle citazioni di fonti romane, attraverso il riferimento ad autori e passi della compilazione giustiniana, sin dagli esordi dell'elaborazione – anche dottrinale – del diritto dei mercanti, nel clima vivace delle città del basso medioevo italiano. Limpidi esempi di 'appropriazione' dell'eredità romana emergono, tra l'altro, nei *consilia* del primo Quattrocento di Bartolomeo Bosco studiati da Vito Piergiovanni⁶. Proprio l'analisi

H. HAKIM, A. MONTI, *Circulation des idées juridiques et analyse bibliométrique: l'exemple franco-italien du droit des assurances*, in *CLIO@THEMIS* 14 (2018) 1-32.

²P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano 2002; G. ALPA, *La cultura delle regole: storia del diritto civile italiano*, Roma 2000, 245 ss. Vd. anche C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari 1990, 233-273.

³A. PADOA-SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, ora in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992, 157-203.

⁴N. HAKIM, *Continuità o rottura nella storia del pensiero giuridico? Esegesi, transtestualità e positivismo legalistico del Cours de Code Napoléon di Charles Demolombe*, in *Historia et Ius* 12 (2017) paper 2, 5-6.

⁵A. PADOA-SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, ora in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale cit.*, 11-62; J. HILAIRE, *Réflexions sur l'héritage romain dans le droit du commerce au moyen-âge*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 70 (2002) 213-228.

⁶V. PIERGIOVANNI, *Diritto e giustizia mercantile a Genova nel XV secolo: i consilia di Barto-*

del testo e delle citazioni consente allo storico del diritto di proporre considerazioni sui modi di utilizzazione della tradizione romanistica negli autorevoli pareri di un giurista medievale che si cimentava, tra i primi, su questioni controverse relative allo *ius mercatorum*⁷.

L'ambizione di queste pagine è analoga, sebbene riferita a un'epoca di molto successiva. Si tratta di rivolgere uno sguardo critico all'impiego della citazione antica nella strutturazione dell'argomentazione nel campo del diritto commerciale in un torno d'anni che vede impegnati nella 'sistemazione' e nel 'rinnovamento' della materia giuristi di alto profilo tecnico e di vasta preparazione storica⁸.

Al di là di quest'intento specifico, volto a soppesare tracce "archeologiche" di eredità antiche, si segnala un recente filone d'indagine della storiografia romanistica contemporanea dedito allo studio della disciplina del commercio nell'esperienza giuridica di Roma, al fine di innovare l'approccio al diritto commerciale e alla sua storia⁹. In contrapposizione alla concezione del diritto commerciale quale diritto 'speciale' rispetto al diritto privato comune – per cui la storia del diritto commerciale è intesa come storia di un diritto di ceto a forte vocazione transnazionale, di origine medievale, separata dalla storia (di origine romana) del diritto privato¹⁰ – si rivendica il carattere "storico" e non "ontologico" della categoria stessa del diritto commerciale¹¹.

Senza entrare nel merito, eppure nella consapevolezza dei dibattiti storiografici odierni, concordando sulla necessità di storicizzare il diritto

lomeo Bosco, ora in ID., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno*, II, Genova 2012, 1047-1065.

⁷ V. PIERGIOVANNI, *Rapporto tra diritto mercantile e tradizione romanistica tra Medioevo ed età moderna: esempi e considerazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 26 (1996) 5-24; ID., *Assicurazione e finzione*, ora in ID., *Norme, scienza e pratica giuridica cit.*, II, 1167-1171.

⁸ C. VIVANTE, A. SRAFFA, *Il nostro programma*, in *Rivista di diritto commerciale industriale e marittimo* (d'ora innanzi RDC) 1/1 (1903) I-II.

⁹ Per tutti, F. GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (Erice, 22-25 novembre 1988), a cura di M. Marrone, Palermo 1992, 133-167; A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, *Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 3, Napoli 1997, 413-452.

¹⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2010⁵; ID., *Diritto commerciale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, 4, Torino 1989, 347-349.

¹¹ P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010³, spec. 3-5. Cf. T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, 7-33.

commerciale e le sue regole, dall'antichità ai giorni nostri, il proposito di questo contributo è precisamente quello di soffermarsi sul rapporto che si instaura con l'eredità romana, medievale e d'età moderna, nel discorrere dottrinale dei cultori del diritto commerciale dell'Italia liberale.

2. La 'mobilitazione' di un'eredità nella costruzione scientifica di una disciplina

La codificazione del diritto commerciale aveva già implicato, nel primo Ottocento, una sorta di ridefinizione dottrinale dei confini di questo settore del diritto: si pensi all'opera di redazione dei codici e specificamente, all'apporto di Pardessus e del suo *Cours de droit commercial* alla implementazione del *code de commerce* del 1807¹². Allora, tra Sette e Ottocento, il ricorso alle citazioni antiche, di autori e regole romane, nonché le citazioni di diritto comune erano funzionali alla stesura di testi legislativi uniformi che dovevano sostituirsi alla congerie di differenti regole vigenti. Successivamente, le medesime citazioni servirono a illustrare l'opera del legislatore.

A puro titolo d'esempio, per l'Italia tardo settecentesca, si può sfogliare il progetto di *Codice marittimo* redatto nel 1781 da Michele De Jorio per il regno di Napoli: regole risalenti alla tradizione romanistica abbondavano tra i riferimenti normativi del diritto marittimo, accanto alle regole di diritto comune sorte in età medievale e moderna¹³. Analoga impressione suscita la miriade di citazioni romane della *Dissertazione sulla necessità ed importanza della compilazione di un codice generale pel commercio di terra e di mare del Regno d'Italia* pubblicata nel 1807, nella Milano napoleonica, dal giurista toscano Pompeo Baldasseroni, interessato, anch'egli, al diritto commerciale marittimo, per il quale il retaggio romanistico era alquanto significativo¹⁴.

¹²J. HILAIRE, Jean-Marie Pardessus, in *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, a cura di P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris 2015², 793-795; L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, in *Negozianti e imprenditori: 200 anni dal Code de commerce*, Milano 2008, 47-80; P. NELIDOFF, *La naissance de la doctrine commercialiste au XIXe siècle*, in *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après? Etats des lieux et projections*, a cura di C. Saint-Alary-Houin, Toulouse 2009, 39-56.

¹³Il *codice marittimo del 1781 di Michele De Jorio per il Regno di Napoli*, t. I-II, a cura di C. M. Moschetti, Napoli 1979.

¹⁴P. BALDASSERONI, *Dissertazione sulla necessità ed importanza della compilazione di un codice generale pel commercio di terra e di mare del Regno d'Italia, e sulle basi fondamentali sopra le quali debb'essere compilato*, Milano 1807.

In seguito, a vari decenni di distanza, nella vigenza dei codici di commercio ottocenteschi, con l'avvento di un'economia di tipo industriale e di una produzione di massa, si imponeva ai giuristi una riflessione circa i cambiamenti in atto e gli ampliamenti necessari, per così dire, della sfera di competenza del diritto commerciale codificato. Ciò comportò anche istanze di rinnovamento del metodo di interpretazione del diritto. Nell'ambito di questa feconda elaborazione teorica di metà e fine secolo, dall'area tedesca alla Francia e all'Italia, in una intensa e continua circolazione di idee, la "scoperta" della storia rivestì un ruolo fondamentale¹⁵, specialmente la scoperta di una storia propria al diritto commerciale allora vigente¹⁶.

A livello europeo basti pensare alla diffusione (e al successo) dell'opera di Levin Goldschmidt¹⁷, in particolare alla *Universalgeschichte des Handelsrechts*, che l'autore pubblicò a Stoccarda nel 1891 come prima parte del primo volume della terza edizione rivista e corretta del suo rinomato *Handbuch des Handelsrechts*¹⁸.

In Italia essa fu subito recensita sull'*Archivio giuridico* di Filippo Serafini e se ne auspicò una traduzione in italiano¹⁹. Vivante, nel 1893 all'eminente collega tedesco dedicava il primo volume del suo *Trattato di diritto commerciale*, che si apriva con una digressione storica, a far tempo dal diritto commerciale nell'antichità classica e romana²⁰. La "Storia universale" di Goldschmidt, annunciata sulle pagine delle *Annales de droit commercial* nel 1893²¹, era ben nota anche a Edmond Thaller²². A tredici anni di distanza dalla prima apparizione della *Universalgeschichte*, nel 1904, Paul

¹⁵ A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia* cit., 275-302.

¹⁶ Per la Francia, V. SIMON, *Le récit des origines du droit commercial: la doctrine commercialiste et l'argument historique*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2 (2018) 293-305. Cf. anche CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique* cit., 152 ss.

¹⁷ Per un profilo dell'autore e dell'opera, L. WEYHE, *Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland. Grundfragen des Handelsrechts und der Zivilrechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1996.

¹⁸ L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Band 1, *Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren*, Abteilung 1, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891³.

¹⁹ U. GREGO, L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*. III Edizione interamente rifatta. Stuttgart, 1891, in *Archivio giuridico* 48 (1892) 169-175.

²⁰ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 1, *Le persone*, Torino 1893.

²¹ P. FRIEDLAENDER, *Allemagne (1891-1892)*, *Histoire et source du droit commercial*, in *Annales de droit commercial* 7 (1893) 324-326.

²² E. THALLER, *De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences*, in *Annales de droit commercial* 6 (1892) 49 ss.; 97 ss.; 145 ss.; 193 ss.; 257 ss.

Huvelin la menzionava come opera ormai “classica”²³. Fu tradotta in italiano nel 1913²⁴, a decretarne una duratura fortuna²⁵.

Legato alla pratica e alla vita quotidiana degli affari, in una prospettiva naturalmente storica, il diritto commerciale pareva a molti portato, in maniera quasi spontanea, a interessarsi al proprio passato, non soltanto per ritrovarvi la ragion d’essere di norme, usi, regole, codificate e consuetudinarie, ma pure per rintracciarvi le proprie radici, per proiettarsi verso un futuro incombente e assai esigente.

Se l’“oggi” del diritto commerciale otto e novecentesco doveva radicarsi in una sua storia per potersi figurare nello sviluppo inarrestabile della realtà economica e sociale, era invero quest’ultima a catalizzare l’attenzione dei giuristi più sensibili, specialmente attenti alla dimensione pratica dei rapporti giuridici. Nello sforzo di inquadramento teorico di temi concreti, costoro si appoggiavano alla storia e facevano ricorso alle citazioni di diritto romano, medievale e d’età moderna. Si trattava certamente di autori che, per lo più, nutrivano un sincero interesse per l’analisi storica, tuttavia il loro sguardo puntava direttamente all’attualità del diritto positivo vigente e alla complessità dei problemi che vi si palesavano.

Erano giuristi che operavano in un ordinamento in cui il diritto commerciale era legislativamente separato dal diritto privato. Dunque, la storia del diritto commerciale per loro concerneva essenzialmente l’insieme di quelle regole originali che erano state promosse, nelle città bassomedievali, dalle pratiche dei mercanti riuniti in corporazioni di mestieri. Si trattava, ai loro occhi, di normative che formavano un corpus composito, separato, a livello sostanziale e giurisdizionale, dal diritto romano comune.

Invero, il sistema giuridico italiano, per sessant’anni, fu improntato alla “duplicazione” delle norme codificate sulle obbligazioni e i contratti, civili e commerciali, dall’entrata in vigore del codice di commercio del 1882 fino alla promulgazione del “codice unico”, il codice civile del 1942, che ‘ingloba’ il diritto commerciale, ‘commercializzando’ il diritto privato²⁶. Il diritto commerciale era considerato una parte distinta dal diritto civile, ben-

²³ P. HUVELIN, *L’histoire du droit commercial (Conception générale. Etat actuel des études)*, Paris 1904, 4.

²⁴ L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, prima traduzione italiana a cura di V. Pouchain, A. Scialoja, Torino 1913.

²⁵ Vd. K.O. SCHERNER, *Goldschmidts Universum*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert, Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, a cura di M. Ascheri, F. Ebel, M. Heckel, A. Padoa-Schioppa, W. Pöggeler, F. Ranieri e W. Rütten, Köln [u.a.] 2003, 859-892.

²⁶ Per tutti, F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. 3, t. II, *Studi vari (1942-1955)*, Milano 1960, 605-634.

ché i tribunali di commercio fossero aboliti già nel 1888²⁷.

Era stata una scelta precisa dello stesso Pasquale Stanislao Mancini, ispirata dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB), la codificazione commerciale tedesca del 1861²⁸, per cui il codice di commercio del 1882 dettava una normativa sostanziale in materia obbligatoria e contrattuale per gli atti commerciali e per gli atti cosiddetti “misti”, cioè di commercio per una sola delle parti contraenti. In questo modo, si “radoppiava” la disciplina già prevista dal codice civile Pisanelli del 1865 per le obbligazioni e i contratti civili²⁹.

Tornando al tema che qui interessa, cioè i riferimenti alle fonti antiche – ergo l'appropriarsi di una (o più) eredità del passato attraverso le citazioni –, si nota subito come i riferimenti, coerentemente, non fossero solo “romani”, ma anche, e soprattutto, di diritto medievale e moderno. Le citazioni, infatti, continuavano a costellare gli scritti dei giuristi universitari dell'Italia liberale, come era stato già nel primo Ottocento. Ora, però, in sintonia con l'esigenza del tempo di rendere scientifici i saperi (ivi compresi i saperi giuridici), esse non erano più (o non più soltanto e in modo prevalente) riferimenti funzionali alla redazione dei codici, bensì parevano obbedire alla esigenza nuova di fondare “scientificamente” il diritto commerciale come disciplina “autonoma”.

Così, nell'epoca considerata gli autori richiamavano con larghezza testi legislativi, dottrinali e giurisprudenziali dell'età di mezzo e di antico regime, sulla scia degli insegnamenti di Levin Goldschmidt e della scuola tedesca del diritto commerciale. Si riferivano a regole consuetudinarie, statuti cittadini e corporativi, prassi, consuetudini e stili di alte corti di giustizia mercantile che avevano segnato e orientato la disciplina del diritto commerciale attraverso i secoli: tra esse, spiccava la Rota genovese³⁰.

Interessante rilevare come si trattasse di citazioni di fonti che via via si andavano scoprendo e studiando da parte degli storici del diritto, a loro volta impegnati in un rinnovamento del loro specifico ambito di indagine e sempre più attratti dalla storia del diritto commerciale nel medioevo. Testimoni di questo indirizzo storiografico sono i sempre preziosissimi lavori

²⁷ C. CIANCIO, *Mercanti in toga. I tribunali di commercio nel Regno d'Italia (1861-1888)*, Bologna 2012.

²⁸ F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla rivoluzione francese al secondo dopoguerra*, Milano 2016, 50 ss.

²⁹ R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990.

³⁰ La giurisprudenza genovese era citata attraverso la celeberrima raccolta *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam*, Venetiis 1582.

di Alessandro Lattes, che i giuscommercialisti suoi contemporanei ben conoscevano e apprezzavano³¹.

Non pare, comunque, che il ricorrere a citazioni di diritto medievale e d'età moderna implicasse un rigettare la citazione di diritto romano a vantaggio delle prime. Era l'approccio, anzi, meglio, il tipo di appropriazione di queste fonti, per il tramite della citazione, che differiva. Come detto in apertura, i riferimenti non rispondevano tutti al medesimo scopo, valore e funzioni della citazione variavano.

Inoltre – e questo pare un punto alquanto significativo anche in riferimento ai dibattiti odierni sulla natura del diritto commerciale e sulla sua storia – per ciò che concerne l'eredità romana, alla fine dell'Ottocento si contavano professori di diritto commerciale che coltivavano un interesse speciale per la disciplina del commercio a Roma, dimostrando una notevole conoscenza delle fonti romanistiche e dimestichezza nell'orientarsi tra esse.

Evidentemente, quei giuristi dominavano in modo invidiabile l'insieme dei riferimenti al diritto romano delle varie epoche e con destrezza padroneggiavano la storia romana del commercio, a volte cimentandosi perfino in esercizi di alta erudizione: in questo senso, non avevano nulla da invidiare ai colleghi romanisti e civilisti. Anzi, spesso si aprivano occasioni di dialogo proprio con i cultori del diritto romano e con gli storici del diritto: all'alba delle discipline giuridiche, si praticava liberamente l'interdisciplinarietà, ad alto livello.

Neppure questo esercitarsi sulle fonti antiche e, specificamente, romane da parte dei cultori del diritto commerciale rimaneva comunque confinato nel campo di un'erudizione fine a se stessa. Anch'esso, infatti, era orientato alla costruzione scientifica del diritto commerciale, perché questo potesse affiancarsi, alla pari, al diritto civile, dove comunque trovava basi concettuali imprescindibili. Non a caso, nel momento in cui si prospettava la costruzione di un sistema del diritto commerciale, ci si orientava in primo luogo all'esperienza romana, il cui studio non era certo trascurato³².

In breve, il binomio “storia del diritto commerciale” e “citazione di fonti antiche” era una delle cifre del discorso giuridico di quegli anni: all'interesse spiccato per la storia – romana, medievale e moderna – del ramo del diritto di loro competenza, si associava, tra i cultori della materia, il ricorrere alle citazioni in quanto forma di appropriazione di un'eredità giuridica antica.

³¹ A. PADOA-SCHIOPPA, *Lattes, Alessandro*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, Bologna 2013, 1, 1153-1154.

³² Per la Francia, vd. HUVELIN, *L'histoire du droit commercial* cit.

Si è fatto cenno all'ampio uso (e riuso, tra autori diversi e nei vari contributi di uno stesso autore) delle citazioni di fonti di età medievale e moderna, assai diffuse e intese alla costruzione di una precipua identità disciplinare, il cui impiego pareva orientato alla giustificazione delle regole vigenti e alla loro interpretazione. Si può aggiungere che, a volte, quel tipo di citazione serviva addirittura a ampliare la portata di una normativa, ovvero a chiederne la riforma.

In questo "crescendo" di riferimenti a testi giuridici antichi non romani si può leggere il ricorso a un metodo di analisi storica – segno dei tempi, secondo la visione di Raymond Saleilles³³ – volto a fondare su di una rinnovata comprensione delle norme il funzionamento concreto delle regole di diritto. Comunque fosse, le fonti antiche conferivano senz'altro un'aura dotta alla materia: sotto questo profilo si intravede l'impronta, già qui evocata, della scuola storica tedesca³⁴, di quei giuristi sopra richiamati che si dedicavano allo studio del diritto commerciale nelle consuetudini dei mercanti medievali, alle quali ci si appassionava sempre più.

Quanto alle citazioni di diritto romano, che, pure meno frequenti, non mancavano, allorché i giuscommercialisti vi ricorrevano nel loro ragionare riferito al diritto vigente, l'intento era quasi sempre quello di ancorare saldamente l'argomentazione giuridica. In altre parole, cimentandosi nel campo dottrinale dei privatisti (e dei romanisti), dove abbondavano dogmi e concetti di ascendenza romanistica, i giuscommercialisti, riutilizzando magari citazioni care ai colleghi, intendevano rafforzare le interpretazioni proposte e affermarne la legittimità.

Non si scordi, poi, che negli anni Novanta dell'Ottocento, per iniziativa di Cesare Vivante, si era aperta in Italia la campagna per un codice unico delle obbligazioni e dei contratti³⁵: l'unificazione del diritto delle obbligazioni si giocava specificamente sul terreno dogmatico del diritto civile, dove l'eredità romana era ineludibile e i giuscommercialisti ne avevano piena consapevolezza³⁶.

Ciò detto, è anche vero che, se si scorrono le note a piè di pagina dei

³³ Cf. M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano 2010, 227 ss.

³⁴ Di recente H.-P. HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main 2018.

³⁵ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni. (Prolusione al Corso di diritto commerciale letto nell'Università di Bologna)*, in *Archivio giuridico* 39 (1887) 497-514. Vd. A. SCIUMÉ, *Cesare Vivante*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto, Enciclopedia italiana, Ottava appendice*, Roma 2012, 446 ss.

³⁶ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del novecento*, a cura di C. Stajano, Roma-Bari 1996, 564 ss.

contributi degli autori italiani che al tempo scrivevano “scientificamente” su temi di diritto commerciale, assai spesso l’impiego della citazione romana era inteso in senso negativo, per così dire. L’appropriarsi del riferimento romanistico, infatti, serviva a marcare la diversità delle regole del diritto commerciale, di cui si trattava, rispetto a quelle del diritto civile. Si mobilitava l’eredità romana per far risaltare le differenze correnti tra i due distinti, benché contigui settori del diritto. In questa prospettiva, la citazione romanistica coadiuvava il giurista nella costruzione di uno spazio scientifico che fosse proprio soltanto al diritto commerciale, per esclusione.

Infine, un’ultima considerazione concerne la tipologia di riferimenti che i giuristi citavano, di cui si appropriavano per finalità che, come visto, spesso trascendevano il semplice ricondursi a una regola risalente a un passato più o meno remoto. Ebbene, come risaputo, alla fine dell’Ottocento, in Italia, per citare le fonti romane si ricorreva il più delle volte alla dottrina giuridica tedesca e all’edizione Mommsen del Digesto, in due volumi, pubblicata tra il 1866 e il 1870³⁷, che aveva tra l’altro dato un nuovo impulso allo studio delle fonti nelle scuole tedesca e italiana, con metodi storici e filologici³⁸. Tra le raccolte di fonti non romane tuttora in uso tra gli studiosi, si ricorreva alle serie edite per i *Monumenta Germaniae Historica*³⁹.

Tali imponenti imprese filologiche e editoriali rappresentavano, per i cultori delle discipline giuridiche, la fonte cui attingere per appropriarsi di un passato comune al quale ancorarsi attraverso la citazione di fonti magistralmente edite. È del resto noto come tali edizioni maggiori fossero esse stesse intese quali espressioni di culture europee comuni, di una comune tradizione giuridica e, in quanto opere dottrinali, esse stesse esprimevano, a loro volta, forme di appropriazione di eredità condivise.

È, questa, un’osservazione “a latere”, senza alcuna pretesa di completezza, piuttosto da intendersi quale suggestione, per connotare meglio l’atteggiamento degli autori di cui si tratta e contestualizzarli in un preciso clima culturale. D’altro canto, è pur vero che il rilanciare lo studio delle e sulle fonti, per esempio attraverso la promozione di nuove edizioni critiche, genera di solito effetti sui saperi giuridici ansiosi di rinnovarsi e di rafforzarsi da un punto di vista scientifico⁴⁰.

³⁷ *Digesta Iustiniani Augusti. Recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen*, I-II, Berolini 1870.

³⁸ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 5-6. Si veda M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in *Annuario di diritto comparato* (2014) 211-254.

³⁹ Si veda ora il sito *www.mgh.de* (ultimo accesso, agosto 2018).

⁴⁰ Sul primo movente, filologico e lessicale, non giuridico, dell’interpolazionismo ottocente-

3. Usi, riusi e appropriazioni delle citazioni antiche

Al fine di dare concretezza e sostanza alle osservazioni che precedono, pare ora opportuno considerare alcuni esempi specifici di usi, riusi e appropriazioni delle citazioni antiche romane, medievali e d'età moderna, nei contributi di tre giuristi universitari che si pongono quali protagonisti indiscussi nella storia del pensiero giuridico italiano otto e novecentesco, con particolare riferimento proprio al diritto commerciale: si tratta del romanista Pietro Bonfante e di due giuscommercialisti, Angelo Sraffa e Alfredo Rocco.

I loro nomi sono assai noti perché sia necessario soffermarsi a lungo sui loro profili accademici, intellettuali e, specialmente nel caso di Rocco, anche politici. Bonfante, allievo di Vittorio Scialoja, fu personalità di spicco nel panorama degli studi romanistici, sensibile alle indagini etnografiche e alle scienze sociali, insegnò il diritto romano, la filosofia del diritto e, per decenni, la storia del commercio. Inoltre, partecipò ai lavori preparatori del codice civile italiano del 1942⁴¹. Angelo Sraffa, avvocato e professore di diritto commerciale, preside e rettore di università, direttore di una rivista giuridica di primo piano, fu al centro di una rete di relazioni accademiche e professionali di assoluta rilevanza e prese parte alle commissioni per la riforma del codice di commercio⁴². Alfredo Rocco, futuro guardasigilli del regime, colui che doveva promulgare le leggi corporative del 1926, sempre coltivò studi di diritto commerciale e fu autore di un manuale, frutto di una lunga esperienza di insegnamento all'Università di Padova, che, nel primo dopoguerra, doveva aprire nuove vie agli studi in materia⁴³.

I tre, uniti da un'identità di temperamento culturale⁴⁴, nonostante le contrapposte posizioni assunte nei confronti del fascismo, erano legati da

scio e sul clima degli studi romanistici determinato dalla *editio maior* di Mommsen: D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto tra passato e futuro*, in *Problemi e prospettive della critica testuale*. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae' Digesto o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di S. Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento 2011, 151-171.

⁴¹ SCHIAVONE, *Un'identità perduta* cit., 286 ss.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, 54 ss. Vd. inoltre M. TALAMANCA, *Diritto romano, in Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, 694-697.

⁴² A. MONTI, *Angelo Sraffa. Un 'antiteorico' del diritto*, Milano 2011.

⁴³ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963; P. COSTA, *Rocco, Alfredo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., 2, 1701-1704; G. SPECIALE, *Alfredo Rocco*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero* cit., 559 ss.

⁴⁴ Così M. D'AMELIO, *L'ispirazione umanistica*, in *RDC* 36/1 (1938) 17.

una profonda amicizia, che durò per tutta la loro vita. Pressoché coetanei Sraffa (1865-1937) e Bonfante (1864-1932), di dieci anni più giovane Rocco (1875-1935), cementarono il loro legame all'Università di Parma, tra l'ultimo Ottocento e il primissimo Novecento e lo coltivarono nei decenni successivi, tra Milano e Roma⁴⁵. Ebbene, questi tre grandi giuristi offrono, nei loro vari contributi su temi di diritto commerciale, diversi esempi di appropriazione dell'eredità romana, medievale e d'età moderna, nonché impieghi delle citazioni ben più sottili e sfumati della schematizzazione proposta nelle pagine precedenti.

Angelo Sraffa, appassionato bibliofilo, collezionava libri antichi di diritto commerciale e di autori di diritto comune che si erano cimentati con la materia commerciale, come pure raccolte di statuti mercatili e sillogi giurisprudenziali. La sua ricca biblioteca tematica fu donata dalla famiglia all'Università Bocconi di Milano ed è ancora oggi consultabile⁴⁶, i volumi si riconoscono dal suo *ex libris*, indice raffinato di uno spirito erudito⁴⁷. Tuttavia, ciò che qui soprattutto interessa è che Sraffa leggeva i suoi libri antichi di diritto commerciale e ne traeva spunti di riflessione per l'elaborazione di un pensiero originale, in campo dottrinale e professionale.

I suoi scritti presentano casi di appropriazione di riferimenti a fonti di età medievale e moderna. In via generale, Sraffa era molto sobrio nel ricorrere alle citazioni e alquanto moderato nell'aggiungere note a piè di pagina ai suoi testi: esse sono poco numerose e brevi, ancorché puntuali e precise. Per esempio, nei lavori sul contratto con se stesso, tema a lui caro sin dagli esordi della carriera, quando, a fine anni Ottanta dell'Ottocento scriveva in materia di liquidazione delle società commerciali⁴⁸, e destinato ad accompagnarlo, a più riprese, fino agli ultimi contributi degli anni Trenta del

⁴⁵ MONTI, *Angelo Sraffa* cit., 23 ss.

⁴⁶ C. DI DEO, *La biblioteca Sraffa*, in *Angelo Sraffa*, a cura di P. Marchetti e M.A. Romani, Milano 2009, 143-163.

⁴⁷ L'*ex libris* di Angelo Sraffa raffigura due immagini femminili, l'una con uno specchio, l'altra con una bilancia (verosimilmente, Prudenza e Giustizia) e reca il motto "Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris". Si tratta in realtà di un adattamento della marca tipografica che i ginevrini De Tournes usavano, tra Sei e Settecento, per le loro edizioni *in folio*. Quella marca Sraffa l'aveva potuta ammirare proprio sul frontespizio della sua copia personale di A. ANSALDI, *Discursus legales de commercio et mercatura*, Coloniae Allobrogum 1698.

⁴⁸ A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1891. Alla prima edizione del 1891 doveva seguire, otto anni dopo, una seconda edizione riveduta, dove le conclusioni rimanevano inalterate: A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, Firenze 1899². V. comunque già A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali*, in *Archivio giuridico* 43 (1889) 317-392, nonché G. BONELLI, *Angelo Sraffa. La liquidazione delle società commerciali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 8 (1889) 278-280.

Novecento⁴⁹, il suo riferimento era Lorenzo Maria Casaregi⁵⁰.

Nei *Discursus legales de commercio* Sraffa rinveniva l'espressione *contractum cum se ipso* e il riferimento testuale a una precisa prassi mercantile antica gli consentiva di dare un'interpretazione innovativa alle norme vigenti⁵¹. Pur senza dilungarsi qui su temi tecnici, emerge come l'appropriarsi del riferimento al diritto medievale e moderno consentisse al giurista di aprirsi con esiti convincenti verso letture attualissime di problemi contemporanei, come il ruolo e i poteri degli amministratori nelle società commerciali, ovvero i diritti di commissionari e mediatori negli affari di borsa⁵².

Appropriandosi della pratica antica registrata da Casaregi, Sraffa al contempo rigettava l'origine tedesca del *Selbstkontrahieren*, affermandone le radici italiane. Ci si può legittimamente chiedere se l'interpretazione di Sraffa rimanesse valida e convincente anche senza la citazione di Casaregi. La risposta è senza dubbio positiva, il suo discorso è logico e motivato, tuttavia, senza il riferimento antico l'unica sua base era nel ragionare del giurista. Si trattava, invero, di un ragionare acuto ed attento, di un'interpretazione puntuale delle questioni pratiche e di una lettura rigorosa delle norme. Trovando consonanza in pratiche remote, però, l'interpretazione guadagnava in credibilità, perché da esse muoveva per legittimarsi nei confronti della comunità scientifica di riferimento e inserirsi in un circuito di studi e dottrine transnazionali.

L'abilità di Sraffa nel leggere e far parlare le fonti storiche del diritto commerciale – e dunque, in ultima analisi, l'abilità nell'appropriarsi di riferimenti dotti per corroborare “scientificamente” lungimiranti interpretazioni giuridiche – gli fu riconosciuta con plauso dai suoi contemporanei, in

⁴⁹P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Il contratto con se medesimo*, in *RDC* 28 (1930) 369-378 e in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma 1931, 131-146.

⁵⁰Sul giurista genovese vissuto tra Sei e Settecento, avvocato e giudice rotale a Siena e Firenze, cui Sraffa spesso si riferisce, V. PIERGIOVANNI, *Dottrina, divulgazione e pratica alle origini della scienza commercialistica: Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi, appunti per una biografia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 9 (1979) 289-327; ID., *La 'Spiegazione' del Consolato del mare di Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36 (2006) 15-27.

⁵¹A titolo d'esempio, G.L.M. CASAREGI, *Discursus legales de commercio*, t. II, Florentiae 1719, *discursus* 76, n. 18; *discursus* 120, in part. n. 35; t. IV, Florentiae, 1739, *discursus* 198.

⁵²A. SRAFFA, *Il contratto del commissionario con se medesimo*, estratto da *Archivio giuridico* (1898); ID., *Del mandato commerciale e della commissione*, in *Commentario al codice di commercio*, Milano 1933, II ed., 298 ss.

Italia⁵³ e all'estero. Non da ultimi, Raymond Saleilles⁵⁴ e un giovane Max Weber⁵⁵, reduce dai seminari di Goldschmidt e dalla tesi di abilitazione sulla storia delle società commerciali⁵⁶, furono attratti, entrambi, dal citato scritto del collega italiano sulla liquidazione delle società commerciali del 1891⁵⁷.

In realtà, a parte la predilezione per Casaregi, che leggeva direttamente e di cui collezionava l'opera in un'edizione fiorentina settecentesca, spesso i suoi riferimenti Sraffa li riprendeva da altri autori: proprio nel contributo sulla liquidazione delle società commerciali, la "fonte" prima delle citazioni di Angelo è un saggio di poco precedente del tedesco Francken⁵⁸, a testimoniare una circolazione e un riuso dei riferimenti antichi, oltre i confini nazionali.

Più in generale, Sraffa non disdegnava ricorrere alle fonti più disparate, storiche e di diritto straniero, cogliendone il significato in termini di ragionamento giuridico e di conseguenze concrete che ne derivavano. L'amico Pietro Bonfante, che nel 1901 recensiva il suo volume sul contratto di mandato e commissione per il commentario del codice di commercio che lo stesso Angelo co-dirigeva per i tipi di Francesco Vallardi⁵⁹, coglieva, quale migliore caratteristica dell'opera di Sraffa, «l'accoppiamento singolarissimo di una fina analisi di concetti giuridici nella loro struttura dommatica e nella loro storia con una cognizione poderosa e veramente fresca e viva, perché attinta alle fonti più dirette dei fenomeni giuridici quali si vengono atteggiando nel commercio odierno»⁶⁰.

⁵³ A. ROCCO, *Sulla liquidazione delle società commerciali. Nota a proposito di un recente lavoro del prof. Angelo Sraffa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1900); G. FRÈ, *Gli scritti sulle società commerciali*, in *RDC* 36/1 (1938) 37 ss. Cesare Vivante, invece, non apprezza la ricostruzione storica proposta da Sraffa, ritenendola troppo sbrigativa: C. VIVANTE, *Studi bibliografici di diritto commerciale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1892) 94 ss.

⁵⁴ R. SALEILLES, *Contribution à l'étude des méthodes juridiques. A propos d'un Livre de M. A. Sraffa. (La Liquidazione delle società commerciali)*, in *Annales de droit commercial* 5 (1891) 217 ss.

⁵⁵ M. WEBER, 1. *Angelo Sraffa, Studi di diritto commerciale [...]*; 2. *Derselbe, La liquidazione delle società commerciali*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 42 (1894) 314-320.

⁵⁶ M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Nach südeuropäischen Quellen*, 1889, in M. WEBER, *Gesamtausgabe*, 1, *Schriften und Reden*, Band 1, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Schriften 1889-1894*, a cura di G. DILCHER e S. LEPSIUS, Tübingen 2008, 109 ss.

⁵⁷ SRAFFA, *La liquidazione* cit.

⁵⁸ O. FRANCKEN, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung*, Stuttgart 1890.

⁵⁹ SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione* cit.

⁶⁰ P. BONFANTE, *In tema di mandato commerciale e commissione. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Monitore dei Tribunali* (1901) 321-323.

Forse proprio per questa ragione, Angelo Sraffa era un co-autore privilegiato di Pietro Bonfante (e viceversa): i due si cimentarono spesso in lavori a quattro mani ed è sul Bonfante che scriveva con Sraffa che vorrei soffermarmi. Innanzitutto, malgrado l'erudizione sobriamente sfoggiata, nei contributi congiunti in materia societaria, Bonfante badava soprattutto ai profili pratici e di utilità sociale, non meramente formali, perseguiti attraverso le varie forme di società commerciali⁶¹.

La collaborazione con l'amico e collega giuscommercialista lo conduceva anche a fornire dotti contenuti a pareri professionali in questioni di rilievo giuridico e di consistente valore economico, come quando, nel 1913, alla vigilia della Grande Guerra, oggetto di controversia fu una convenzione intercorsa tra lo Stato italiano e la Società italiana per le strade ferrate secondarie della Sardegna e il contendere verteva sul trattamento economico del personale della società stessa⁶². Non disdegnando l'esercizio della professione forense, secondo un *habitus* tipicamente italiano, i due accademici di chiara fama analizzavano con finezza temi di diritto contrattuale. In questo caso, l'appropriarsi dei riferimenti antichi nell'argomentazione dottrinale era volto a fini eminentemente pratici, di persuasione del giudice.

Negli studi offerti a Cesare Vivante nel 1931, infine, i due ritornavano sul tema del contratto con se stesso⁶³. In un efficace contrappunto tra regole romane, antiche, e commerciali, moderne, distinguendo tra le figure del vero rappresentante e quella dell'amministratore senza rappresentanza, entrambe ricorrenti in materia cambiaria e societaria, ancora una volta mettevano a frutto l'eredità romana, appannaggio di Bonfante, a profitto di una critica costruttiva delle regole giuridiche, per fondarle su basi interpretative più solide⁶⁴.

⁶¹ P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Solidarietà o mutua fideiussione?*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, Torino 1915, 599-611, anche in *RDC* 12/1 (1914) 905-915; P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Società in nome collettivo fra società anonime?*, estratto da *Le onoranze ad Alberto Marghieri pel 9. lustro del suo insegnamento, nell'aula Magna della r. Università di Napoli, addì 21 giugno 1921*, Napoli 1921, anche in *Scritti giuridici in onore di Alberto Marghieri*, Roma 1921, 185-193; P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Società anonime in fraudem legis?*, in *RDC* 20/1 (1922) 649-653.

⁶² P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Lo Stato contraente e lo Stato legislatore (A proposito della legge per il così detto equo trattamento)*, in *RDC* 13/1 (1915) 437-440.

⁶³ BONFANTE, SRAFFA, *Il contratto con se medesimo* cit.

⁶⁴ Sulla visione "attualizzante" del diritto romano da cui muoveva il pensiero di Bonfante, per il quale "... ricerca storica e ricerca propriamente giuridica s'integravano al servizio della comprensione e dell'arricchimento del diritto vigente, e di una più corretta individuazione dei suoi scopi e delle sue funzioni", è tornato di recente A. SCHIAVONE, *La storia del diritto romano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero* cit., 734 ss.

Da ultimo, dopo Sraffa e Bonfante, vorrei menzionare brevemente l'appropriarsi dell'eredità romana da parte di Alfredo Rocco, prendendo in considerazione il suo magistero nel settore specifico del diritto commerciale⁶⁵.

Tra i suoi campi di indagine spiccavano le procedure concorsuali e il fallimento. Nel 1917 Rocco pubblicava l'accuratissimo studio "Il fallimento, teoria generale ed origine storica", in cui il diritto romano rivestiva un ruolo chiave. Il contributo, infatti, si apriva con una documentata introduzione di storia romana, le fonti e gli autori di diritto romano erano citati attraverso la dottrina tedesca oppure direttamente, riferendosi alle edizioni correnti dell'epoca, cui si è fatto cenno sopra⁶⁶.

Più specificamente, le citazioni romane erano a sostegno della definizione concettuale di *universitas*, *communio pro indiviso*, *obligatio*, nozioni indispensabili per la ricostruzione del fondale di riferimento della storia narrata. Rocco, tuttavia, non si arrestava ai tempi di Roma e proseguiva la sua indagine attraverso riferimenti medievali, dell'alto e del basso medioevo, ricorrendo tanto ai *Monumenta Germaniae Historica*, quanto ai *Monumenta Historiae Patriae* e ai contributi dei colleghi storici del diritto, Antonio Pertile, Lodovico Zdekauer e Alessandro Lattes, per le fonti statutarie. Non tralasciava, poi, i riferimenti al diritto comune e le opinioni degli autori dell'età di mezzo, che erano citate direttamente nelle edizioni cinque e secentesche⁶⁷.

L'impressione che ne ricava, tuttavia, è che nell'esposizione dotta e puntuale di Rocco l'eredità romana, come pure i riferimenti medievali e d'età moderna, fossero confinati, per così dire, nell'introduzione storica della trattazione.

Del resto, in un saggio del 1912, il fine giurista aveva già indicato le sue perplessità circa l'utilità e la necessità della ricerca storica per lo studio e l'edificazione dogmatica del diritto commerciale positivo. Analizzando, quasi in contrappunto, le diverse posizioni di Johann Heinrich Thöl, primo "creatore" del diritto commerciale tedesco, e di Levin Goldschmidt, la preferenza di Rocco si era decisamente orientata verso la ricostruzione sistematica del più anziano Thöl, cui riconosceva il primato della modernità delle teorie espresse, assai più vicine alle proprie⁶⁸.

Ciò diventava più chiaro nella sua opera maggiore in materia di diritto

⁶⁵ Si veda sul punto UNGARI, *Alfredo Rocco* cit., 69-85.

⁶⁶ A. ROCCO, *Il fallimento, teoria generale ed origine storica*, Milano 1917.

⁶⁷ *Ivi*.

⁶⁸ A. ROCCO, *Lo sviluppo del diritto commerciale nell'ultimo cinquantennio*, ora in ID., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, vol. I, Roma 1933, 41-45.

commerciale, frutto di una decennale esperienza didattica, i *Principii di diritto commerciale, parte generale* editi a Torino nel 1928, che, appunto, da corso di lezioni quali erano in origine, avevano in realtà acquisito i caratteri di una compiuta trattazione di carattere teorico e pratico. Come l'autore stesso illustrava nella prefazione, era stata l'ultima revisione a compiere la trasformazione: interi capitoli, tra i quali proprio quello concernente la storia del diritto commerciale, erano stati completamente rifatti⁶⁹.

Così, ridotta la corposa parte storica a sole trenta pagine introduttive, Rocco tracciava con maestria e competenza gli sviluppi storici del diritto commerciale dall'antichità alla codificazione ottocentesca. Sulla scia di Vivante, sebbene ormai, negli anni Venti del Novecento, a grande distanza ideale dall'insegnamento del maestro veneziano sull'unità sostanziale della scienza del diritto privato, il diritto commerciale era integrato in una visione unitaria del fenomeno giuridico e la scienza giuridica era considerata, essa stessa, una scienza unitaria, che “solo per comodità di ricerca noi dividiamo nelle sue varie branche”⁷⁰.

Rocco, in particolare, sottolineava come, nello studio del diritto commerciale, per la particolarità di quel ramo del diritto, si manifestasse di continuo l'esigenza di un'opera di collegamento “con altri rami vicini e meno vicini e col sistema generale del diritto positivo”. In tal senso, il ricondursi all'antichità e all'eredità di Roma era funzionale a questa rinnovata visione sistematica e unitaria del sistema giuridico. L'intento dichiarato di Rocco, per “esigenze di organica unità del diritto”, era, infatti, di illustrare principi generali precisi e chiaramente formulati, che si ponessero come una guida anche per pratici, avvocati e magistrati⁷¹.

L'eredità antica continuava a offrire la possibilità di approfondimenti scientifici eruditi. Tuttavia, nelle pagine che seguivano e nel vivo della sua trattazione – come era già stato, invero per Vivante, nonostante, appunto, la diversa visione metodologica rispetto al più giovane Alfredo Rocco – i riferimenti al diritto antico, romano, medievale e d'età moderna diventavano assai rari. Non servivano più.

⁶⁹ A. ROCCO, *Principii di diritto commerciale, parte generale*, Torino 1928, IX.

⁷⁰ *Ivi*, X. Sull'organica visione di Rocco circa gli sviluppi storici del diritto commerciale, UNGARI, *Alfredo Rocco cit.*, 69-70.

⁷¹ ROCCO, *Principii di diritto commerciale cit.*, IX-X.

THE EAGLE AND THE DOVE: JEWISH LAW SCHOLARS AND ROMAN LAW DURING THE INTERWAR PERIOD

Assaf Likhovski

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A Brief History of the Jewish Legal Revival Movement. – 3. The Jewish Legal Revival Movement and Roman Law. – 4. Conclusion.

1. *Introduction*

In 1928*, a Hebrew translation of a book on the history of Roman law, written by the Russian legal scholar Iosif Alekseevich Pokrovsky, was published in Mandatory Palestine. In the introduction to the book, the publisher, a Jewish lawyer called Juda Junovitch, justified its publication by noting that knowledge of Roman law held a special importance for the nationalist project of reviving Jewish law, a project that was then in fashion in the Jewish community in Palestine. «Jewish law and Roman law», said Junovitch, were two «works of genius» by two «genius peoples». They «developed side by side and almost at the same time», he continued, a time «when Rome dug her sharp talons in Jerusalem, and devoured the dead daughter of Judea [referring here to the destruction of the Jewish second temple by the Romans in 70 A.D.]»¹.

* I thank Levi Cooper, Amihai Radzyner, and Steven Wilf for comments and advice. I also thank the participants of the conference «Pensée juridique occidentale et juristes romains: archéologie d'un héritage», at which this article was first presented. Finally, I thank Amit Berkovitch and Noe Shmueli for research assistance, and Amanda Dale for her editorial assistance. Research for this article was supported by the Israel Science Foundation (grant no. 405/15).

¹J. JUNOVITCH, *Mavo*, in I. POKROVSKY, *Toldot ha-Mishpat Ha-Roma'i*, trans. A. Lita'ee, Je-

A year later, in 1929, another Jewish lawyer working in Mandatory Palestine, Paltiel Dikshtein, echoed this image in a book review of the Hebrew translation of the *Institutes* of Justinian. In his review of this translation, Dikshtein praised «the desire to introduce into our national treasure-house the principles of Roman law». He continued: «The Roman eagle devoured the Israelite dove in the past not just by using its sharp talons, but [also] because this dove lacked all means of defense. In particular, it lacked a strong legal regime [such as that of Roman law], which unifies all the individuals of the nation»².

Junovitch's and Dikshtein's images of Roman and Jewish law reflect the ambivalent attitude to Roman law among Jewish nationalist lawyers in Palestine during the interwar period. Roman law was portrayed in the works of these lawyers both as a legal system to be emulated in the process of reviving Jewish law, and also as the «other» of Jewish law. The Roman eagle was perceived by these lawyers as a dangerous and amoral creature, but it seems that some of them also yearned to imitate it. In this article, I seek to explore this love-hate relationship.

Interest in comparing Jewish and Roman law goes back to antiquity; for example, it can be found in the fourth-century Latin work *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*³. Before the twentieth century, one can find this comparative interest in the works of nineteenth-century central European scholars such as Eduard Gans, Nachman Krochmal, and Zechariah Frankel. And this interest continued in the twentieth-century works of legal historians and legal scholars such as Boaz Cohen, David Daube, or Bernard Jackson⁴.

These scholars were interested in the actual content of Jewish and Roman law, and the relationship (or lack thereof) between the two, especially

rusalem 1928, iii. On Pokrovsky see, e.g., D.P. HAMMER, *Russia and the Roman Law*, in *American Slavic and East European Review* 16 (1957) 1, 8-9; S. Dauchy et al. (ed.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Cham 2016, 438-442.

² P. DIKSHEIN, *Mishnat Romi bi-Levush 'Ivri*, in *Moznayim*, 2 (1929) 14, 15.

³ See R.M. FRAKES, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford 2011.

⁴ For histories of pre-twentieth-century scholarship on the subject, see, e.g., B. COHEN, *The Relationship of Jewish to Roman Law*, in *Jewish Quarterly Review* 34 (1944) 267; and, more recently, J.M. HARRIS, *Fitting In or Sticking Out: Constructs of the Relationship of Jewish and Roman Law in the Nineteenth Century*, in H. Lapin, D.B. Martin (ed.), *Jews, Antiquity, and the Nineteenth-Century Imagination*, Potomac 2003, 53. See also A. RADZYNER, *Between Scholar and Jurist: The Controversy over the Research of Jewish Law Using Comparative Methods at the Early Time of the Field*, in *Journal of Law and Religion* 23 (2007-2008) 189 and 213-215.

in antiquity. I, on the other hand, am less interested in the actual norms, institutions, or possible influence of one of these legal systems on the other, and more in the *images* of Roman law (and of Jewish law), that nationalist Jewish legal scholars, especially secular ones, active in interwar British-ruled Palestine had. My focus in this article is therefore not on the two actual legal systems and their history, but on the way these systems were conceived by a specific group of legal scholars. The story I tell in this article provides an example of how the concept «Roman law» (encompassing both the Roman law of antiquity, and modern Roman law, as it was studied and used in Europe in the modern era) served as a construct against which Jewish legal scholars created their own legal identity⁵.

The scholars I analyze in this article belonged to a small group of Jewish jurists who were active in central and eastern Europe in the first two decades of the twentieth century and later moved to British ruled-Palestine. They aspired to use Jewish law as the basis of the legal system of the Jewish community of Mandatory Palestine, and later, of the State of Israel. But they failed to achieve this goal. Jewish law plays a very minor role in the legal system of contemporary Israel, which is mainly based on Anglo-American law, with some minor continental infusions. In other respects, however, they *did* succeed. The academic study of Jewish law and its history is a thriving enterprise, to which the people associated with the Jewish legal revival project contributed in important ways⁶.

The legal thought of the Jewish legal revival movement has been analyzed in the past⁷. Specifically, in an important article dealing with atti-

⁵For somewhat similar discussions that analyze modern characterizations of Islamic law, see J. STRAWSON, *Islamic Law and English Texts in Law and Critique* 6 (1995) 21-38; L. SALAYMEH, *The Beginnings of Islamic Law: Late Antique Islamicate Legal Traditions*, Cambridge 2016; L. WOOD, *Islamic Legal Revival: Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875-1952*, New York 2016.

⁶On the current state of this academic field, see, e.g., A. LIKHOVSKI, *Recent Trends in the Study of the Intellectual History of Law and Jewish Law Scholarship*, in *Diné Yisrael* 32 (2018) 227-260.

⁷See A. LIKHOVSKI, *The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine*, in *American Journal of Comparative Law* 46 (1998) 339-373; ID., *Law and Identity in Mandate Palestine*, Chapel Hill 2006, 127-153; RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit. (a discussion of the thought of some of the figures associated with the movement, focusing especially on two thinkers, Isaac Herzog and Asher Gulak, and their attitude to comparing Jewish and Roman law); ID., *Ha-Mishpat ha-'Ivri beyn Leumi le-Dati: Ha-Dilemah shel ha-Tnu'ah ha-Datit Leumit*, in *Mekhekarey Mishpat* 26 (2010) 91 (on the tensions in the revival movement between secular and religious Jews); ID., *Jewish Law in Palestine under Ottoman Rule and the Attitude toward Foreign Law*, in C. Hayes (ed.), *The Cambridge Companion to Judaism and Law*, Cambridge 2016, 317 and 325-329 (a survey of the main ideas of the Jewish legal revival movement). See also N.

tudes to comparing Jewish law to other legal systems, legal historian Amihai Radzyner argued that, while religiously-observant rabbis and scholars saw Jewish law as unique and incomparable to other legal systems, the more secular scholars associated with the legal revival movement were keen to compare Jewish law and other legal systems, including Roman law⁸. While I agree with Radzyner's description of the attitude of religiously-observant scholars to Roman law, I show that even the secular scholars associated with the legal revival movement (such as Samuel Eisenstadt and Paltiel Dikshtein), who were more willing to compare Jewish and Roman law, held an ambivalent attitude toward Roman law, sometimes portraying this legal system not as the equivalent (or twin) of Jewish law, but as its «other» – a legal system whose attributes were totally different from those of Jewish law.

I begin this article by summarizing the history of the interwar Jewish legal revival project, based on my own previously published work⁹. I then focus on general attitudes to Roman law among the legal revivers, and also discuss some specific types of comparisons between Roman and Jewish law prevalent in their writing. In my discussion, I ignore change over time in attitudes to Roman law of specific thinkers. I do so because this article provides an outline rather than a full description of the thought of specific thinkers. Nor do I distinguish between different types of Roman law, i.e. living Roman law, and Roman law as it developed in the west from the eleventh century onward (I do so because in the works of the revivers, such distinction was often ignored).

2. A Brief History of the Jewish Legal Revival Movement

It is not uncommon for nationalists to seek to revive ancient cultural traditions. Like many such movements, Jewish nationalists – Zionists – also sought to revive the Jewish cultural past. The best-known aspect of Zionist cultural activity was the revival of the Hebrew language. But linguistic revival was not the only item on the Zionist agenda. Some Zionists also sought to revive what they called *Mishpat 'Ivri* (literally «Hebrew law»), a

KEDAR, *Mishpat Kakhol Lavan: Zebut u-Mishpat be-Yisrael Me'ab Shanim shel Pulmus*, Sde Boker 2017.

⁸ See RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit.

⁹ This part of the article is based on my discussion of the legal revival movement in LIKHOVSKI, *Law and Identity* cit., 127-153.

term usually applied to refer to the secular parts of the *Halakhab* (Jewish law) and make it the legal system of the Jewish community in Palestine. The revival of law, like the revival of a large part of Hebrew culture by the Zionist movement, represented a continuation of the Jewish past but also a break with it, partly the restoration of an old tradition, and partly the invention of a new one. Secular Zionists sought to create a new «Hebrew» individual who would be the antithesis of the old exilic Jew. Zionists perceived the Jews of the Diaspora to be passive, weak, and uprooted. These Jews were the «other» of Zionist culture, a negative template of the new, active, virile, masculine Hebrew individual whom many Zionists sought to create¹⁰.

The ideology of Jewish legal revival had its roots in early-nineteenth-century German nationalism. German thinkers claimed that each nation had its own unique «national spirit» (*volksgeist*) and that every aspect of national culture should reflect this spirit. This idea appeared in the works of German legal thinker Friedrich Carl von Savigny, the leader of one of the most important nineteenth-century jurisprudential movements, the historical school. According to Savigny, law was not created «from above» by an enlightened ruler. Rather, law (identified with custom) was produced by «the people» in an organic, silent, and unconscious process. Because law was a creation of the people, it could not be universal. Each nation has its own law, just as each nation has its own language, and both law and language reflect the *volksgeist* of that nation¹¹. Such ideas had an immense influence on legal movements in many countries, both in Europe and beyond¹².

As the nineteenth century progressed, the ideas of the historical school were attacked from various quarters but they were never abandoned completely. Indeed, by the end of the century they had gained new vigor as they became fused with evolutionary cultural theory – for example, in the

¹⁰ See, e.g., I. EVEN-ZOHAR, *Ha-Tsmibab veba-Hitgabsbut shel Tarbut 'Ivrit Mekomit ve-Yelidit be-Erets Yisra'el, 1882-1948*, in *Cathedra* 16 (1980) 165 and 171-175; Y. ZERUBAVEL, *Recovered Roots: Collective Memory and the Making of Israeli National Tradition*, Chicago 1995, 18-19 and 26; M. BERKOWITZ, *Zionist Culture and West European Jewry Before the First World War*, Chapel Hill 1996; Oz ALMOG, *Ha-Tsabar: Dyokan*, Tel Aviv 1997, 30, and 127-132; O. ROZIN, *State and Society Building: The Genesis of the Sovereign Citizen in Early Israel*, in A. Dowty and M. Hofnung (ed.), *The Oxford Handbook of Israeli Politics and Society* (forthcoming).

¹¹ F.C. VON SAVIGNY, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, trans. Abraham Hayward, London 1834, 24-27. See also *American Journal of Comparative Law* 37/1 (1989) *Savigny in Modern Comparative Perspective*, 1-169; J. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton 1990.

¹² See J. Rückert, T. Duve (ed.), *Savigny International?*, Frankfurt am Main 2015.

work of the great German legal comparativist and ethnologist, Josef Kohler, who was also one of the leading German scholars of Jewish law¹³.

German professors were interested in Jewish law, but only for comparative reasons. The idea that Jewish law should not only be studied but also revived, as part of the national rebirth of the Jewish nation, had its roots in Zionist ideology. Legal revival found ardent advocates among Zionists thinkers in the early twentieth century, especially among Russian Zionists¹⁴. At the beginning of the twentieth century, a number of Russian-Jewish law students, who were educated in central European and Russian universities, decided that the time had come to begin the work of legal revival. One of their leaders was Paltiel Dikshtein, a Russian Jew who studied law at the University of Odessa. Another leader was a young Swiss-educated Russian scholar, Samuel Eisenstadt. In 1916, Eisenstadt called for the establishment of a «scientific society for the study of Hebrew law». A year later, in December 1917, the Hebrew Law Society (*Hevrat ha-Mishpat ha-Ivri*) was established in Moscow¹⁵. The turmoil of the Russian Revolution and its aftermath hindered the activities of the society, and in the early 1920s, as conditions in the Soviet Union worsened, it was disbanded, with some of its members emigrating to Palestine¹⁶.

Meanwhile, in Ottoman Palestine, Zionist immigrants had created a system of secular Jewish courts, the Hebrew Courts of Arbitration (*Mishpat ha-Shalom ha-Ivri*), in 1909. The main reason for the creation of these courts was the practical desire of Zionist Jews not to be subjected to the jurisdiction of Ottoman or rabbinical courts. However, the notion of nationalist legal revival, to which even some left-wing socialist Jews were

¹³ S. EISENSTADT, *Ein Mishpat: Sefer Shimush Bibliyografi le-Sifrut ha-Mishpat ha-Ivri*, Jerusalem 1931, xix-xxvi.

¹⁴ See, generally, W. LAQUEUR, *A History of Zionism*, New York 1989, 113 and 162-166; E. LUZ, *Parallels Meet: Religion and Nationalism in the Early Zionist Movement (1882-1904)*, trans. L.J. Schramm, Philadelphia 1988, 138-139; G. SHIMONI, *The Zionist Ideology*, Hanover NH 1995, 85-87.

¹⁵ *Ha-Asefah ha-Meyasedet shel ha-Hevrah ha-Mada'it "ha-Mishpat ha-Ivri" be-Moskvah*, in *Ha-Am*, 10 January 1918, 30; S. EISENSTADT, *Hevrah Mada'it le-Hakirat ha-Mishpat ha-Ivri: Mikhtav Galuy in Tsiyon be-Mishpat*, Tel Aviv 1967, 31 and 33; S. EISENSTADT, *Le-Toldot Hevrat "Ha-Mishpat ha-Ivri"*, in *Ha-Mishpat* 2 (1927) 220.

¹⁶ EISENSTADT, *Le-Toldot* cit., 220-221; *Takanot ha-Hevrah ha-Mishpat ha-Ivri be-Erets Yisra'el*, in *Ha-Mishpat* 1 (1927) 196; *Ve'idat Hevrat "ha-Mishpat ha-Ivri" bi-Yerushalayim, Sukkot Tarpav*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 2 (1926/7) 232; Central Zionist Archives, Jerusalem [hereafter: CZA], A 212/37, S. EISENSTADT, *Ha-Universitah shel Tel Aviv: Beyt ha-Sefer le-Mishpat vele-Kalkalah*, 4. See also RADZYNER, *Ha-Mishpat ha-Ivri beyn Leumi le-Dati* cit., 144-176.

committed at this stage, may also have played a part in their creation¹⁷.

After the end of World War I, the amount of litigation in the Hebrew Courts of Arbitration increased dramatically due to the growth of the Jewish community in Palestine¹⁸. It was also at this time that their activity became associated with the activity of the Hebrew Law Society established in Palestine in 1920. This organization, which conceived itself as continuing the Moscow Society, included among its members some of the founders of the 1917 Moscow society, and also some prominent Jewish lawyers in Palestine, such as Norman Bentwich, the Anglo-Jewish Attorney General of Palestine, Judge Gad Frumkin, and Mordechai Eliash, a leading member of the local bar¹⁹.

During the 1920s and early 1930s, the revivers published two scholarly journals, *Ha-Mishpat* and *Ha-Mishpat ha-Ivri*, and founded two legal presses. The journals and the presses, heavily influenced by historical and sociological perspectives on law, vehemently advocated legal revival. Equipped with these tools, the revivers began to consolidate their movement and create a unified agenda for it²⁰. They compiled a massive bibli-

¹⁷G. Yogev, Y. Freundlich (ed.), *Ha-Protokolim shel ha-Va'ad Ha-Po'el ha-Tsiyoni 1919-1929*, vol. 2, Tel Aviv 1975, 60; P. DIKSHTEN, *Toldot Mishpat ha-Shalom ha-Ivri: Megamotav, Pe'ulotav ve-Hesegav*, Tel Aviv 1964, 23-25 and 68-69; S. EISENSTADT, *Mishpat ha-Shalom ha-Ivri be-Erets Yisra'el*, in *Tsiyon be-Mishpat*, 64; G. STRASSMAN, '*Otey ha-Glimah: Toldot 'Arikhat ha-Din be-Erets Yisra'el*', Tel Aviv 1984, 39-46; R. SHAMIR, *The Colonies of Law: Colonialism, Zionism and Law in Early Mandate Palestine*, Cambridge 32.

¹⁸The British enacted an Arbitration Ordinance which indirectly recognized the courts as arbitration tribunals and thus enabled litigants to use the organs of the state to enforce their judgments. For a discussion of British attitudes to the Hebrew Courts, see, generally, SHAMIR, *The Colonies of Law* cit., 61-63.

¹⁹For a discussion of the institutional history of the Hebrew Law Society see RADZYNER, *Ha-Mishpat ha-Ivri beyn Leumi le-Dati* cit., 148-152. See also *Takanot ha-Hevrah ha-Mishpat ha-Ivri* cit., 196. The society had several branches. For an institutional and intellectual history of the English branch, established in 1926, see A. RADZYNER, *Jewish Law in London: Between Two Societies*, in *Jewish Law Annual* 18 (2009) 81-135. Radzyner argued that the Palestine Society was institutionally and ideologically different than the Moscow one, but at least according to the Honorary President of the Palestine Society, Norman Bentwich, it perceived itself as continuing the activity of the Moscow one. See RADZYNER, *Ha-Mishpat ha-Ivri beyn Leumi le-Dati* cit., 149, and compare *Ve'idat ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 2 (1926/7) 232.

²⁰As with any intellectual movement, it is possible to find different notions and contradictory attitudes among the members of the society based on different beliefs, ideologies, and interests. However, because all members of the society expressed some interest in the project of legal revival, their thought can be analyzed collectively. For a comprehensive and detailed discussion of conflicts between secular and religiously-observant scholars within the Hebrew Law Society, see RADZYNER, *Ha-Mishpat ha-Ivri beyn Leumi le-Dati* cit.

ography of works on Jewish law, which was published in 1931²¹. They created a calendar of historical events connected with Jewish law²². They proposed collective research plans which would lead, by stages, to legal revival²³. They even suggested measures to broaden their circle of supporters, such as teaching law in Jewish high schools in Palestine, presumably as a preparatory step toward creating a cadre of young people committed to the idea of legal revival²⁴.

In the 1920s, the project of creating an autonomous nationalist legal system for the Jews of Palestine seemed feasible. By the early 1930s, however, the movement had lost much of its momentum²⁵. The journals published by the revivers gradually stopped appearing²⁶. Even more damaging to the cause of legal revival was the rapid decline in the use of the Hebrew Courts of Arbitration in the late 1920s and early 1930s. Individual litigants and official Jewish bodies, such as the Tel Aviv municipality and the Zionist Executive, refused to litigate in the Hebrew Courts or demanded that these courts decide according to Ottoman and English law instead of Jewish law²⁷.

When the old institutions of the revival project (the courts, the journals, and the society) stopped functioning, the focus of revival activity shifted to legal education, and in 1934 the revivers established a law school, the Tel Aviv School of Law and Economics. This school was founded as a reaction to the legal education provided by the British-sponsored Jerusalem Law

²¹ EISENSTADT, *Ein Mishpat* cit., xiii.

²² For example, in 1930 they marked «nineteen hundred years since the Exile of the Great Sanbedrin». S. EISENSTADT, *Yovel la-Mishpat ha-Ivri*, in *Ha-Mishpat* 4 (1930) 41.

²³ P. DIKSHEIN, *Sha'arey ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri: Riv'on Mada'i* (1918) 122; *Ve'idat Hevrat ha-Mishpat ha-Ivri bi-Yerushalayim* cit., 232 and 236; A. GULAK, *Tokhnit le-'Avodat Hevrat ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 2 (1926/7) 195 and 196; A. GULAK, *Le-Sidur Hayenu ha-Mishpatiyim ba-Arets [helek sheni]*, in *Ha-Toren* 7/34 (1920) 1; A.H. FREIMANN, *Diney Yisra'el be-Erets Yisra'el*, reprinted in J. Bazak (ed.), *Ha-Mishpat ha-Ivri u-Medinat Yisra'el*, Jerusalem 1969, 36.

²⁴ S. NEHORA'Ï, *Limud ha-Mishpat be-Vet ha-Sefer ha-Beynoni*, in *Ha-Mishpat* 1 (1927) 167.

²⁵ EISENSTADT, *Ein Mishpat* cit., xxvi.

²⁶ *Ha-Mishpat* stopped regular publication in 1929, although one-off issues appeared in 1931 and 1934/5. *Ha-Mishpat ha-Ivri* was published between 1925/6 and 1927/8, in 1932/3 and for the last time in 1936/7.

²⁷ N. DE MATTOS BENTWICH, *The Application of Jewish Law in Palestine*, in *Journal of Comparative Legislation* 9 (1927) 65-67; DIKSHEIN, *Toldot Mishpat ha-Shalom* cit., 62-63; STRASSMAN, *Otey ha-Glimah* cit., 44-46; SHAMIR, *The Colonies of Law* cit., 108-125. The courts, however, did not disappear entirely in the 1930s. See, e.g., *Ha-Mishpat* 5/2 (1935) 14, and *Ha-Mishpat* 5/3 (1935) 14.

Classes. The Law Classes offered its Jewish students only one «national» law course, an elective course entitled «rabbinical law», which focused on Jewish family law²⁸. This could not satisfy the aspirations of the revivers. One of the major goals of the School of Law and Economics, declared its founders, was to «to train jurists, lawyers and judges who could fulfill the ideals of the nation in the field of legal revival»²⁹. During the 1940s, the School slowly expanded, eventually laying the groundwork for the establishment of Tel Aviv University in the 1950s. But in one respect the School was unsuccessful. It did not achieve its declared goal of serving as «an academic tool for the revival of Hebrew law». In 1937, the School established a committee for the «codification of Hebrew law», but this committee achieved nothing of significance. Some professors at the school attempted to use Jewish legal sources in their courses, but the use of such sources was not universal and in any event did not contribute to the project of revival³⁰.

The failure of the Tel Aviv School to further the cause of revival was yet another symptom of the general decline of the movement. If the impetus for legal revival had weakened in the 1930s, by the 1940s the movement was practically dead. There was a brief reawakening of interest in the idea of reviving Jewish law in the years 1945-1948, as the prospects of an independent Jewish state in Palestine neared, but this interest waned soon after Israeli independence was declared in 1948³¹. The secular majority that dominated the new State of Israel, having satisfied its nationalist legal aspirations by having Israeli judges and Israeli courts, abandoned the idea of legal revival. Some veteran activists, such as Eisenstadt (who, surprisingly, became a Stalinist in the 1940s and a follower of the historical-materialist

²⁸ K. KANTOROWICZ, *Ha-Shi'urim le-Mishpat*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri*, 1 (1925/6) 145; S. EISENSTADT, 'Al Hora'at *ba-Mishpat ha-'Ivri be-Veyt ha-Sefer le-Mishpat shel Memshalei Eretz Yisra'el*, in *Ha-Mishpat* 2 (1927) 209.

²⁹ CZA, A 212/37, S. EISENSTADT, *Ha-Universitah shel Tel Aviv: Beyt ha-Sefer le-Mishpat vele-Kalkalah*, 11 and 16; CZA, A 212/2, School of Law and Economics: Tel Aviv, July 1936; CZA, A212/2, B. ZIV, *Ma Anu Rotsim*, in *Beyt ha-Sefer ha-Gavobah le-Mishpat ve-Kalkalah*, 1935.

³⁰ CZA, A212/2, *Beyt ha-Sefer ha-Gavobah le-Mishpat ve-Kalkalah: Sidrey Limudim*, 1944, 3; CZA, A 212/37, S. EISENSTADT, *Ha-Universitah shel Tel Aviv: Beyt ha-Sefer le-Mishpat vele-Kalkalah*, 86; CZA, A212/2, *Prospekt Li-Shnat ha-Limudim Tartsah*, 5-6, 8, 11 and 12; CZA, A212/2, *Sefer ha-Shanah*, 1948, 21; M. Elon, interview by author, New York City, New York, November 1995.

³¹ For a comprehensive discussion of the reasons for the failure of the project, see A. LIKHOVSKI, "The Time Has Not Yet Come to Repair the World in the Kingdom of God": Israeli Lawyers and the Failed Jewish Legal Revolution of 1948, in A. Mermelstein et al. (ed.), *Jews and the Law*, New Orleans 2014, 359-383.

approach to the study of law), continued to call for the creation of a «Hebrew» legal system³². The cause of legal revival, however, gradually came to be monopolized by religious Jewish legal scholars. These scholars defined «Hebrew» law in a way that tied it more closely to the religious traditions of the Diaspora than many of the secular revivers ever intended.

3. *The Jewish Legal Revival Movement and Roman Law*

The legal system of Mandatory Palestine was based on Ottoman law (which, by the early twentieth century, was a mixture of Islamic and French norms and institutions), as well as on English law transplanted to Palestine during the period of British rule. Roman law had little, if any, role in this legal system (except indirectly, as one of the sources of French law). However, for the Jewish legal scholars who immigrated to Ottoman and later to Mandatory Palestine from central and eastern Europe, Roman law was more important, since these scholars were trained in central and east European universities, where Roman law (and nineteenth-century scholarship on Roman law) were influential. Thus, it is unsurprising that an important part of the work of the Jewish legal revival movement in interwar Palestine involved the translation of texts associated with Roman law into Hebrew. The revivers also envisioned the preparation of legal dictionaries in which Jewish legal terms would be translated into English and German, and also into Latin³³. As Eisenstadt noted in the introduction to his translation of Justinian's *Institutes*, because of the widespread influence of Roman law both in Europe and in non-European territories colonized by Europeans, «the study of law today is impossible without a prior study of Roman law, and we [Jews] too, as civilized people and as the sons of a nation spread all over the territories influenced by the Roman legal system,

³² Eisenstadt translated a work by Stalin and Stalin's biography to Hebrew, and edited a collection of essays by Lenin. See Y. STALIN, *Al ha-Materializm ha-Dialekti veba-Histori*, trans. S. Eisenstadt, Tel Aviv 1945; G.F. ALEKSANDROV *et al.*, *Yosef Stalin: Korot Hayav*, trans. S. Eisenstadt, Tel Aviv 1949; and S. EISENSTADT, *Vladimir Lenin: Yalkut Ma'amarim li-Melot 25 Shanab le-Ptirato*, Tel Aviv 1949. On his historical-materialist approach, see EISENSTADT, *Tsiyon be-Mishpat* cit., 8. For an example of the use of this approach in an article that Eisenstadt published in East Germany, see EISENSTADT, *Paralleleinblicke in das jüdische und römische Familien-und Erbrecht*, in *Klio-Beiträge zur Alten Geschichte* 40 (1962) 244-259, reprinted in *Tsiyon be-Mishpat* cit., ix.

³³ See POKROVSKY, *Toldot ha-Mishpat Ha-Roma'i* cit.; EISENSTADT, *Tsiyon be-Mishpat* cit., 7 and 313-318.

cannot avoid studying this law». He added that this influence also existed in the Ottoman Empire (including Palestine) through the reception of French law by the Ottomans in the nineteenth century³⁴.

However, the influence of Roman law was not limited to the translation of texts related to Roman law; it was far more profound and it was expressed in several different ways. First, modern Roman law scholarship provided a **model** for the revivers by offering a structuring scheme, a specific jurisprudential notion for organizing the law (based on the use of general abstract principles), and also a template for understanding Jewish legal history. Second, Roman law was seen as a **source of norms** (especially public-law norms) for the new legal system that the revivers wanted to create. And, finally, Roman law served as a **source of identity** – both when it was described by the revivers as the «twin» of Jewish law, and when it was seen as the «other» against which the revivers defined Jewish law. I now examine these three topics in turn.

A. Roman Law as a Model for Jewish Legal Revival

The revivers used Roman law (or actually, the German historical school's scholarship of Roman law) as a model for the Jewish legal revival project. For example, one of the main scholars affiliated with the Jewish legal revival project, Chaim Tchernowitz (whose pen name was *Rav Tsa'ir*) expressed a desire to create «the Jewish law pandects», and dreamed that Jewish law scholarship would one day have its own «Savignys, Jherings, and Dernburgs»³⁵.

Following nineteenth-century German legal scholarship, the revivers viewed legal systems as one whole organic creation, governed by general principles that unified all the rules of the system into a coherent whole. They believed the task of the legal revival project was to replace the «chaotic mixed jumble», of the *Halakhab* with «a palatial hall ... where every part would fit, and no small part could be taken out without ruining the harmony that pervades all»³⁶. This approach was the logical outcome of

³⁴S. EISENSTADT, *Sifrey ha-Hukim shel Yustinyanus Keysar*, vol. 1, *Ha-Institutsyot*, Jerusalem [1929], 17-18.

³⁵EISENSTADT, *Rav Tsa'ir u-Mishnato ba-Mishpat ha-'Ivri*, in *Tsiyon be-Mishpat* cit., 276, 280 and 283.

³⁶A. GULAK, *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri: Seder Diney ha-Mamonot be-Yisra'el 'al pi Me'korot ha-Talmud veba-Poskim*, vol. 1, Berlin 1922/3, 3. On the problems of Gulak's approach,

the idea that law was a system whose every part reflected the «national spirit». Other notions about Jewish law found in the works of the revivers were also taken from nineteenth-century German legal scholarship, such as the understanding of the *Halakhab* not as a religious entity but as a legal system, comparable to other major legal systems – a notion that can be traced to the works of German legal historian Eduard Gans³⁷. Or indeed the idea that the authority to develop law should be entrusted to the hands of academic scholars (and, to a lesser extent, autonomous Jewish courts) rather than the group traditionally responsible for developing Jewish law, the rabbis.

I will now discuss two concrete expressions of these ideas: first, the notion that revival of Jewish law would mean that academic legal scholars should *reorder* Jewish law and *distill its principles* from the chaotic mass of specific norms; and second, the belief that Roman legal history would provide a model for *comparative and historical understanding* of Jewish law.

a. Roman Law as a Source of Inspiration for Reordering Jewish Law

The revivers wanted to subject Jewish law to a process of «scientific and codificatory action» undertaken by legal academics³⁸. Traditional norms were to be reassembled according to a skeleton of Roman law categories, which epitomized scientific legal categorization for nineteenth-century legal scholars³⁹. Jewish law, said Asher Gulak, a leader of the revival movement, and also the first professor of law at the Hebrew University of Jerusalem, was disorganized. Its norms were «scattered and lack[ed] unity and internal coherence which is the result of clear logical order»⁴⁰. Thus, the

see I. ENGLAND, *Research in Jewish Law-Its Nature and Function*, in B.S. Jackson (ed.), *The Jewish Law Annual, Supplement I: Modern Research in Jewish Law*, Leiden 1980, 21 and 40-50; but see M. ELON, *More About Research into Jewish Law*, in *The Jewish Law Annual, Supplement I: Modern Research in Jewish Law* cit., 66 and 72-83.

³⁷ See HARRIS, *Fitting in or Sticking Out* cit., 61. On the modern separation of law and religion and its Roman law roots see generally, R.A. YELLE, *The Hindu Moses: Christian Polemics against Jewish Ritual and the Secularization of Hindu law under Colonialism*, in *History of Religions*, 49 (2011) 141.

³⁸ S. EISENSTADT, [Review] P. Dikshstein, *Mishpat ha-Shalom ha-'Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri*, 1 (1925/6) 165 and 167.

³⁹ EISENSTADT, 'Ein Mishpat' cit.; A.L. GRAJEWSKY, *Li-She'elat Hasblat ha-Mishpat ha-'Ivri be-Erets Yisra'el*, in *Ha-Mishpat* 2 (1927) 202 and 206.

⁴⁰ GULAK, *Tokhmit* cit., 198.

basic Roman categorization schemes (things, persons, actions) and their elaborations in modern continental codes were used in Gulak's landmark book, *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri*. In this book, Gulak ordered Jewish civil law into four books (general part and property law; obligations; family and inheritance law; and civil procedure)⁴¹.

The «scientific» reconstruction of Jewish law also required abstracting general principles from the mass of legal rules, and then weeding out those rules that did not accord with these principles. Thus, a major effort of the legal revivers was to create works that would summarize the «principles» of Jewish law. This focus on principles was echoed in the title of Gulak's book, *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri*, which means «the Principles of Jewish law».

b. Roman Law as a Source of Comparative and Historical References

Apart from the use of Roman categories to order Jewish law, and the use of jurisprudential notions taken from nineteenth-century legal scholarship on Roman law to conceptualize Jewish law as a legal system based on a few principles from which myriad rules could be deduced in a logical way, Roman law was also the main source for comparison in early-twentieth-century works on Jewish law. In such works, Roman law (rather than, for example, English law) epitomized modern law. Some contemporary observers noted this attribute, and also criticized it. For example, a Soviet legal scholar, Ze'ev Markon, in a review of Gulak's *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri*, criticized Gulak because he only referred to Roman law in his book, not mentioning other legal systems, either ancient (such as the laws of Manu or Hammurabi) or modern (such as the Napoleonic code, or German, Swiss, or Russian law)⁴².

⁴¹ GULAK, *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri: Seder Diney ha-Mamonot be-Yisra'el 'al pi Mekorot ha-Talmud ve-ha-Poskim*, Berlin 1922/3, 4 vol. [the first volume of this four-volume book was first published in Warsaw in 1912/3]. See also [Review], *Asher Gulak, Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri* 1 (1925/6) 162, 163 (criticizing Gulak's categorization scheme). It is important to note that Gulak himself was aware of the problem and argued against wholesale adoption of the Roman-European categorization scheme. See GULAK, *Yesodey*, vol. 1, cit., 13-14. See also the categorization scheme found in J.S. ZURI, *Mishpat ha-Talmud*, Warsaw 1921.

⁴² Z. MARKON, [Review], *Yesodey ha-Mishpat ha-'Ivri*, in *Ha-Tkufah* 23 (1925) 500 and 504. See also C. TCHERNOWITZ, *Toldot ha-Halakhah*, vol. 3, New York 1943, 160-161 (noting the need to compare Jewish law not only to Roman law but also to other ancient legal systems). Such use of Roman law also characterized the courses on Jewish law taught by Eisenstadt in 1911 at Chaim Tchernowitz's rabbinical seminary in Odessa. See EISENSTADT, *'Al Hora'at ha-Mishpat ha-'Ivri* cit., 210.

In using Roman law, the Jewish revivers turned not solely to the doctrines of this legal system as a comparative source, but also to its legal history. There were several ways in which Roman legal history was used. One such way could be found in a 1933 article by Dr. Shimshon Rosenboim, a lawyer trained in Odessa and Vienna. Rosenboim turned to Roman law in an apologetic defense of Jewish law. He mentioned two common views of Jewish law: as being based on casuistic reasoning, and as a legal system that (unlike modern ones) did not emanate from a defined sovereign. Both these traits, argued Rosenboim, were not unique to Jewish law. They also appeared in Roman law (at least in archaic Roman law, the law of the period of the Twelve Tables)⁴³.

In works describing the history of Jewish law, the history of Roman law was often used as a model for understanding Jewish legal history. For example, Eisenstadt called for a study of Jewish law based on the methods used by German scholars such as Savigny and Mommsen to study the history of Roman law⁴⁴. In a textbook he wrote on Roman law, Eisenstadt applied this approach when comparing the history of Roman law and Jewish law, using a synchronic periodization scheme that placed the generations of Roman legal scholars and the Jewish law scholars of the second Temple period and the Mishnaic period in a parallel table. He also argued that one can compare the medieval commentators of Jewish law, such as Rashi (active in the eleventh century) or Maimonides (active in the twelfth century), to the glossators, and the thirteenth-century Rabbi Jacob ben Asher (*ba'al ha-turim*) to the post-glossators⁴⁵. The historical analogies that Eisenstadt used in other contexts were also based on Roman legal history. Thus, for example, Eisenstadt compared the interest in reviving Jewish law evident in the work of the Jewish courts and the Tel Aviv Law School, to the renewal of Roman law in European universities beginning with the University of Bologna in the eleventh century⁴⁶.

The history of the reception of Roman law in the early-modern and modern periods by European legal systems also appeared in the works of

⁴³ S. ROSENBOIM, *Shgi'ot Mekubalot*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 4 (1933) 113. On Rosenboim, see D. TIDHAR, *Entsiklopedyah le-Halutsey ha-Yishuv u-Vonav*, vol. 3, Tel Aviv 1947, 1317-1318. <http://www.tidbar.tourolib.org/tidbar/view/3/1317>, consulted on 12 July 2018.

⁴⁴ See S. EISENSTADT, *Le-Heker Mishpatenu ha-Pumbi*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri: Rivo'n Mada'i* 1 (1918) 8 and 23-24.

⁴⁵ EISENSTADT, *ha-Mishpat ha-Ivri veba-Romi (Pirkey Hashva'ab)*, in *Tsiyon be-Mishpat* cit., 260 and 264-5.

⁴⁶ EISENSTADT, *Kodifikatsyah Hadashah shel Hayenu ha-Le'umiyim*, in *Tsiyon be-Mishpat* cit., 242, 244.

the revivers. One could find it in arguments about the proper attitude that the Jewish community in Palestine should have toward English law. Thus, when Dikshstein discussed the transplantation of English law to Mandatory Palestine during the period of British rule there, he compared it to two types of reception of Roman law that occurred in Europe during the early-modern and modern era. He argued that Germans, «who suffered from an inferiority complex», adored Roman law religiously, and were therefore not able to distinguish between its good and bad parts, unlike the French, Swiss, or Dutch, whose reception of Roman law was far more sophisticated. Dikshstein therefore called the Jews of Palestine not to follow German ways and adopt only those parts of English law he deemed to be appropriate and useful (i.e. the public law part of English law including administrative and criminal law) rather than English private law, which, he argued, was unique to England, and which the Jews of Palestine need not adopt, because they had their own (Jewish) private law⁴⁷.

B. Roman Law as a Source of Norms

The revivers wanted to import new elements that would turn «Hebrew law» into a synthesis of «historical and modern [i.e., foreign] elements»⁴⁸. There was a recognition that revival would mean the acceptance of foreign legal influence and that «Hebrew law» would also have to be a «synthesis of Eastern and Western law», a mixture of «traditional law [and] the legal notions brought from Europe»⁴⁹.

The acceptance of foreign influences was sometimes transformed into a belief that this was the very essence of revival. Paltiel Dikshstein was especially enamored of the notion of a mixture. In 1927, he called for «the renewal of our law by mixing its original elements with Western, Roman-based elements». In 1935 he said that the Tel Aviv School of Law's pur-

⁴⁷P. DIKSHSTEIN, *Ana Pney Mishpatenu Movilot?*, in I.I. Orren (ed.), *Professor Paltiel Daykan (Dikshstein)*, *Mivhar Monografiyot, Mehkarim u-Ma'amarim*, Tel Aviv 1975, 58-67.

⁴⁸J. JUNOVITCH, *'Al ha-Sifriyah ha-Mishpatit*, in S. ASSAF, *Ha-'Onshin Abarey Hatimat ha-Talmud*, Jerusalem 1921/2, 7-8; *Beyt ha-Sefer Ha-Gavohab le-Mishpat ve-Kalkalah*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri* 5 (1934/5) 297-298. See also I. ORREN, *Professor Paltiel Daykan (Dikshstein) 1883-1969: Kavim le-Dmuto u-Fo'alo*, in I. Orren (ed.), *Professor Paltiel Daykan [Dikshstein]: Mivhar Monografiyot, Mehkarim u-Ma'amarim*, Tel Aviv 1975, 22 and 25; *Me'et ha-Ma'arekhet*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri* 1 (1925/6) v and vi; FREIMANN, *Diney Yisra'el* cit., 45.

⁴⁹S. EISENSTADT, *Bi-Sha'arey ha-Mishpat*, in *Ha-Mishpat* 4 (1930) 1 and 3; *Ve'idat Mishpat ha-Shalom ha-'Ivri: Din ve-Heshbon*, in *Ha-Mishpat* 2 (1927) 97 and 98.

pose was to train law students to, from the outset, «blend the historical with the new, the national and the universal, the Eastern with the Western, a judicious and harmonious blend⁵⁰». He even claimed that the essence of Zionism lay in such blending. Only «sick» Diaspora Jews separated the national and the universal, he observed in 1940. Synthesis of the particular and the universal was the mark of «healthy territorial life»⁵¹.

How was this blend to be accomplished? For some, the idea of synthesis was simply to use Roman or «modern» outward forms, while the norms themselves would still be Jewish. Thus, for A.L. Grajewsky, a rabbi (who studied law in the Sorbonne), the revival of Jewish law meant the creation of a «synthesis of the two ancient legal systems, Roman and Jewish. On the one hand, the sophisticated external [form], deduction and structure, the [well-ordered] architectural pyramid [of Roman law], and on the other hand, the internal content, soul, moral ideal [of Jewish law]»⁵².

However, some revivers also suggested transplanting individual norms or indeed whole legal fields from Roman law to the new legal system that they sought to create for the Jews of Palestine. Thus, in 1927 Dikshstein praised the «political part» of Roman law as «especially valuable for our national revival». He contrasted Jewish political culture, with its «lack of internal discipline and [its] disrespect for all the foundations of political-national organization», with Roman law, which was a model of «love of order and discipline», and of «preserving the interests of the body politic, the collective, the public, even when they contradict the demands of the various individuals, parties and classes of the nation»⁵³.

Dikshstein repeated this idea in another comparative discussion of Roman law and Jewish law, in which he characterized law as Janus-faced: as striving, on the one hand, toward order, discipline, and security, and on the other, toward justice, equity, and morality. He then characterized Roman law as a legal system that reached perfection in achieving a secure and stable order, and Jewish law as an exemplary legal system in its moral content and its desire for justice and equity. He criticized Jewish law for its

⁵⁰ P. DIKSHTEIN, [Review], *I. Pokrovsky, Toldot ha-Mishpat ha-Roma'i*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri*, 2 (1927) 207; CZA, A212/2, DIKSHTEIN, *Ha-Mosad be-Hadash*, [1935].

⁵¹ P. DIKSHTEIN, *Diney 'Onshin be-Yisra'el u-Va'amim: be-'Avar uba-Hove*. Tel Aviv 1955, introduction to the first edition 1940; CZA A212/32, School of Law and Economics: Tel Aviv, «To the Friends of the Hebrew Science in the World».

⁵² A.L. GRAJEWSKY, *Li-She'elat Hasblatat ha-Mishpat ha-Ivri be-Erets Yisra'el*, in *Ha-Mishpat*, 2 (1927) 202 and 206. On Grajewsky, see *Shirat Ge'ulim me-'al Pisgat ha-Hatsofim*, in *Ha-Tsofeh*, 27 March 1964.

⁵³ DIKSHTEIN, [Review], *I. Pokrovsky, Toldot ha-Mishpat ha-Roma'i* cit., 207-210.

lack of political discipline and order, which, he argued, was the reason that the Jewish nation could only establish weak states in antiquity. Thus, Jewish public law – constitutional law, international law, administrative law, and (to a lesser extent) criminal law and procedural law – has remained in a rudimentary state, unlike Jewish private law⁵⁴.

Not everyone who supported some version of the Jewish legal revival project also sought to emulate Roman models or to transplant Roman norms. What might be called «the right-wing of the revival movement» – religiously-observant Jewish scholars and orthodox rabbis – viewed Jewish law as unique and thus not really comparable to other legal systems. These scholars and rabbis tended to reject the resort to Roman law models and norms. Rabbi Yosef Ba'abad (who went by the pseudonym *Tosefa'i*) argued against copying the Roman law models, both because of the unique nature of Jewish law and also because Roman law was archaic, he contended, belonging «wholly to the past». It was, he said, a building built on laws and tastes that existed in distant periods. Much of the material upon which it was built was worn out, «the walls [were now] blackened, and spiders ... filled it with cobwebs». It could not therefore serve as a model to be imitated. Contemporary legislators enacted laws based on the social conditions that existed in the present, not based on what the Roman praetor thought. Jewish legal scholars could not therefore copy Roman law. However, even Ba'abad, who was opposed to the comparison of Roman law and Jewish law, and saw Jewish law as unique, could not overcome the influence of Roman law. Hence, when he enumerated the kinds of legal texts that should be produced in the process of reviving Jewish law, he explained that there was a need for «comprehensive books that encompass all the legal disciplines such as *Sefer Limud ha-Mosadim ...*» which seems to have been a rather awkward Hebrew translation of the Latin term *Institutiones*⁵⁵.

In a similar manner, another rabbi, Isaac Herzog, the chief rabbi of Ireland (who later became the chief rabbi of Mandatory Palestine and then of Israel), who shared Ba'abad's distaste for comparisons between Jewish and Roman law, called his major book on the topic *The Main Institutions of Jewish Law*. His book, while heavily influenced by English law, echoed Roman law categories. After a general discussion of sources and funda-

⁵⁴ P. DIKSHTEIN, *Mishpat u-Medinah be-Yisra'el*, reprinted in Orren (ed.), *Professor Paltiel Daykan* cit., 184-191. For notions of power and discipline in Jewish and Roman law, see also RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit., 236-237 (discussing the topic in rabbi Issac Herzog's work).

⁵⁵ TOSEFA'I, *Habzarat 'Atrab le-Yoshnah ba-Mishpat ha-'Ivri*, in *Ha-Tor* 31 (1923) 8.

mental concepts, Herzog's book was divided into chapters discussing property law and the law of obligations. Volumes on family law, the administration of the law, and, finally, criminal and public law, were also planned)⁵⁶.

C. Roman Law as a Source of Identity: Twin and Other

a. Twin

In early-twentieth-century works on Jewish law, it was common to refer to Jewish and Roman law as twins. For example, the editors of the journal *Ha-Mishpat ha-Ivri*, stated that of all the legal systems in the world, the only legal system that could match the quality of the legal materials of Jewish law was Roman law⁵⁷. Juda Junovitch, the legal publisher, argued, it might be recalled, that these two legal systems were two «genius works» of two «genius peoples»⁵⁸. Somewhat similar sentiments were also expressed in the introduction to Isaac Herzog's 1936 English book, *The Main Institutions of Jewish Law*⁵⁹. An earlier Anglo-Jewish legal scholar, Moses Hyamson, also talked of Romans and Jews as two nations that had «developed majestic systems of jurisprudence». And legal scholar Jacob Zuri observed that «in a certain sense, we must assume that there are only two original comprehensive [legal] systems that are the result of a scientific processing based on comparison, adjustment and analysis» – meaning, Jewish and Roman law. According to Zuri, both were unique for their «systematic structure, architectural pattern, and scope», and in this sense were unlike either English or Islamic law⁶⁰.

⁵⁶I. HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*, vol. 1, London 1936; I. HERZOG, *The Main Institutions of Jewish Law*, vol. 2, London 1939. See, generally, RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit.

⁵⁷*Me'et ha-Ma'arekhet*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 1 (1925/6) v.

⁵⁸J. JUNOVITCH, *Introduction*, in POKROVSKY, *Toldot ha-Mishpat Ha-Roma'i* cit., iii.

⁵⁹HERZOG, *Main Institutions*, vol. 1, cit., xv («Rome, mistress of the ancient world, mighty in war and great in peace, destroyed the Jewish state and drove the Jewish people out of its magic land. ... She has been admired throughout the centuries for her juristic genius. Her victim, Judaea, on the other hand, has not yet received due appreciation for her achievement in the field of law, an achievement which so strikingly attests the intellectual powers of the Jewish race as well as its noble passion for righteousness»). For a discussion of Herzog's arguments about the superiority of Jewish law to Roman law, see also A. KAYE, *The Legal Philosophies of Religious Zionism, 1937-1967*, Ph.D. dissertation directed by M. Stanislawski, Columbia University 2013, 126-127, 134-135 and 208-209.

⁶⁰See M. HYAMSON, *Some Points of Comparison and Contrast in Jewish and Roman Law*, in

Sometimes, the view of these two systems as twins was augmented by the argument that each was the nucleus out of which a whole legal family grew. For example, «what Roman law was to the people of the West», said Dikshtein, «Jewish law ... was to the people of the East»⁶¹. Eisenstadt, in turn, called Jewish law in one of his articles «the law of the ancient Semitic nation, first and foremost among the enlightened nations of western Asia»⁶². In another article he talked about Jewish law as «the father of oriental law»⁶³.

Given the argument that Jewish law was one of the most influential ancient legal systems, it is understandable why Jewish law scholars sought to show not just the influence of Roman law on Jewish law, but also vice versa. Dikshtein and Zuri, for example, talked about channels of transmission of Jewish law to Roman law through sites such as the Roman law school that existed in Beirut in antiquity⁶⁴. Dikshtein also asserted that Jewish law, via Christian thinkers, influenced western notions of the family and domestic relations. In addition, he claimed it also influenced Islam and eastern Christian law⁶⁵.

Eisenstadt, too, argued that Roman law was influenced by Jewish law indirectly through Greek, Canaanite, and Carthaginian law, and later through direct contact with Jewish communities in Egypt and Palestine⁶⁶. Juda Junovitch argued that such influence was transmitted through Jewish

I. Harris (ed.), *Jews' College Jubilee Volume*, London 1906, 153; J.S. ZURI, *Le-Habya'at ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Ba-Mishbor* 1/10, 29 March 1940, 4 and 5. See also A. RADZYNER, *Talmid Hakham Shelo Nispad ka-Halakbah: Ya'acov Samuel Zuri ve-Mehkarav ha-Mishpat ha-Ivri 'al Reka' Toldot Mehkar T'hum Ze*, in *Sbnaton ha-Mishpat ha-Ivri* 23 (2005) 253 and 306.

⁶¹ DIKSHEIN, *Ha-Mejelle ve-Hoshen Mishpat* cit., 193 and 194.

⁶² S. EISENSTADT, *le-Korot ha-Mishpat ha-Ivri: Skirah Klalit*, in *He-'Atid* 3 (1910) 194 and 208 (a slightly edited version was reprinted in EISENSTADT, *Tsiyon be-Mishpat* cit., 11). For an interesting discussion of pan-Asian notions in early 20th century Zionist thought, see H. HARIF, *Asiatic Brothers, European Strangers: Eugen Hoeflich and Pan-Asian Zionism in Vienna*, in E. Mendelsohn, S. Hoffman, R.I. Cohen (ed.), *Against the Grain: Jewish Intellectuals in Hard Times*, New York 2014, 171-186.

⁶³ S. EISENSTADT, *Yisra'el ve-Romi be-Yetsiratam ha-Mishpatit*, in *Haaretz*, 29 March 1929.

⁶⁴ See P. DIKSHEIN, *Mehir Tsedek ve-Ona'ah*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 1 (1926) 15-54; P. DIKSHEIN, [Review], *Rabbi Dr. Isaac Herzog, The Main Institutions of Jewish Law*, in *Ha-Mishpat ha-Ivri* 5 (1935/6) 298 and 299; Y.S. ZURI, *Torat ha-Mishpat ha-Ezrabi ha-Ivri: vol. 2: Ha-'Ir'urim*, London 1935, 102-104.

⁶⁵ P. DIKSHEIN, *Le-'Erko ha-'Olami shel ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Haaretz*, 14 December 1923. In a review of Herzog's book, Eisenstadt criticized Herzog for not recognizing the influence of Jewish law on Roman law (specifically noting this influence on the topic of prescriptive possession). See S. EISENSTADT, *Sefer Yesodi ha-Mishpat ha-Ivri*, in *Haaretz*, 27 April 1937.

⁶⁶ S. EISENSTADT, *Yisra'el ve-Romi be-Yetsiratam ha-Mishpatit*, in *Haaretz*, 29 March 1929.

communities in Rome («whose influence on Roman life was very apparent») and through Roman legal scholars in ancient Alexandria, Caesarea, and especially Beirut, also citing the *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* as evidence of this influence⁶⁷.

The argument that Jewish law influenced Roman law in some way was important for the self-esteem of some of the revivers, but, of course, it was not universally accepted. Among Western students of Roman law, Fritz Schulz, the leading German scholar of Roman law during the interwar period, stated in his book *Principles of Roman Law* that «Jewish-Talmudic jurisprudence had no influence whatever on Roman law. In so far as the two legal systems contain similarities pointing to the dependence of one on the other, it was Roman law that influenced the Jewish, and not vice versa»⁶⁸. This attitude, it should be noted, had a long pedigree, going back to the early nineteenth century⁶⁹.

b. Other

Western culture used Judaism and Jews as a foil against which it defined itself⁷⁰. The Rome vs. Jerusalem binary (as well as Greece/Athens vs. Jerusalem binary) was a major cultural concept that informed both Jewish and western thought since antiquity⁷¹. It is not surprising, therefore, that it was also echoed in interwar discussions of Jewish and Roman law.

One group which saw Roman law as the ultimate «other» of Jewish law was that of orthodox rabbis. Rabbi Ze'ev Yavetz, one of the leaders of the Zionist-religious movement, *Ha-Mizrabi*, said in 1922 that, in the independent courts of the Zionist community of Palestine, no place should be given to Roman law, «the fruit of the spirit of the nation that exiled us, and which our terrible oppressor, the Greek Justinian, has made into the law of all nations, because the spirit of the culture of each nation is bundled in its

⁶⁷J. JUNOVITCH, *Introduction*, in POKROVSKY, *Toldot ha-Mishpat Ha-Roma'i* cit., iv-v. See also HYAMSON, *Some Points of Comparison* cit., 156 (on the «mutual influence» of Jewish and Roman law).

⁶⁸F. SCHULZ, *Principles of Roman Law*, trans. M. Wolff, Oxford 1936, 131. Schulz, the son of a Jewish mother who converted to Christianity, was dismissed by the Nazis from his position as a professor of Roman law in Berlin. He fled Germany in 1939. On his biography, generally, and on this book on Roman law, see W. ERNST, *Fritz Schulz*, in J. Beatson, R. Zimmermann (ed.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, Oxford 2004, 105-203.

⁶⁹HARRIS, *Fitting In or Sticking Out* cit., 57.

⁷⁰See, e.g., D. NIRENBERG, *Anti-Judaism: The Western Tradition*, New York 2014.

⁷¹See, e.g., Y. SHAVIT, *Ha-Yahadut bi-Re'i ha-Yevanut*, Tel Aviv 1992.

law, and the spirit of Rome is the absolute opposite of the spirit of the law of Israel»⁷². In a similar vein, rabbi Yosef Ba'abad argued in 1923 that Jewish law was original and unique because of its divine nature (and therefore totally different from any human legal system). «The waters of this flowing river [Jewish law]», he said, «originate from the source of our [national] soul and our unique individuality», and therefore the influence of Roman law on Jewish law, although it does exist, is exaggerated⁷³. Yehezkel Abramsky, a Russian-English-Israeli rabbi, also argued that Jewish law was unique. In his 1939 pamphlet on Jewish civil law, *Diney Mamonot*, Abramsky stated that «Jewish law, whose words are the words of the living God, is based on unchanging and eternal ideas ... but anyone who studies civil law comparatively, by comparing every aspect (*bezyon*) in Jewish law to similar aspects in the law books of the Romans or similar [legal systems] does not hear the voice of God that fills Jewish law, because the loud voice of the spirit of Rome obscures it. One should not compare the laws enacted by individual men to the law of God, the giver of life of all people, just as one does not compare the light of the sun to the light of a candle»⁷⁴.

It is not surprising that the rabbis viewed Roman law (or any other non-Jewish legal system, for that matter) as the «other» of Jewish law. However, even among the secular members of the Jewish legal revivers' movement, who had no objection to seeing Jewish law as a legal system similar to other human systems (rather than a uniquely divine system), one can find examples of the view of Roman law as the «other» of Jewish law. In Eisenstadt's early essay «On the History of Jewish Law», published in Berlin before World War I, he compared Roman law – the law of «this most earthly of nations», which, according to him had «only two ideals: the consolidation of the Roman state, and the betterment of the physical state of the fighting Roman citizen» – to Jewish law, the law of «a typical eastern nation, raised for ages on absolute ideals and godly justice, lover of individual liberty and universal peace, without any desire for conquest». Unlike Roman law, Jewish law, said Eisenstadt, «does not scare the individual and compel him to do good based only on physical and monetary punishments». He therefore concluded:

⁷²Z. YAVETZ, *Ha-Mizrabi ve-She'ifotav*, in *Ha-Tor* 21-22, 1922, 31 and 32. See also RADZYNER, *Ha-Mishpat ha-Ivri beyn Leumi le-Dati* cit., 109.

⁷³TOSEFA'I, *Habzarat 'Atrab le-Yosbnab* cit., 7 and 8. See also RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit., 203-205.

⁷⁴Y. ABRAMSKY, *Diney Mamonot (Hagdarat Sugebem)*, *Hoveret Rishonah*, London 1939, 4.

«There is a great error in the course of the cultural history of humanity, an error that has already cost it thousands and tens of thousands of human victims. Instead of the principles of the Jewish Torah, “love your friend as yourself”, instead of individual liberty and the peace of the collective, as the basis of society, Christian society received and developed Roman law, a law which preceded Christianity, *and fought Christianity* [emphasis in the original] – and with it received the lust for conquest, and the desire for earthly victory, which turned history into a sea of human blood and the earth into a vale of tears of slavery and ignorance»⁷⁵.

The notion of Roman law as the «other» of Jewish law also appeared in the early work of legal scholar Asher Gulak⁷⁶. Gulak rejected the idea that substantive Roman norms could be adopted, because «Rome and Jerusalem are the furthest of antitheses of the civilized world. Jerusalem which was destroyed by Rome and which overcame Rome, will not base its revival on the basis of Roman law»⁷⁷. Such a vision was also evident in Gulak's book *Yesodey ha-Mishpat ha-Ivri*. He began his book with statements taken directly from the German historical school's theory of law on the organic unity of each national legal system, on its similarity to language, and on the fact that law was a reflection of the national «spirit»⁷⁸. Yet, at the same time, Gulak also noted that in order to study Jewish law, the scholar has to disengage from «common juridical ways of thought ... based today on Roman law,» since using modern Roman law concepts to understand Jewish law would lead to a «dismemberment of Jewish law, taking away its [true] spirit»⁷⁹.

Perhaps the most comprehensive claim of fundamental differences between Jewish and Roman law is found in a 1929 article by Eisenstadt, in which he contended that these two legal systems were complete opposites, representing, according to him, two legal families (western and oriental law):

⁷⁵ EISENSTADT, *le-Korot ha-Mishpat ha-Ivri* cit., 203 and 207-208.

⁷⁶ On Gulak's intellectual trajectory (from a scholar devoted to the practical revival of Jewish law to a legal historian interested in Jewish law mainly as an ancient legal system that could be compared to other ancient systems, such as Roman law), see, e.g., LIKHOVSKI, *Law and Identity* cit., 162-166; and A. RADZYNER, *Me-Dogmatikan le-Historyon: Asher Gulak ve-Heker ha-Mishpat ha-Ivri ba-Universitah ha-Ivrit 1925-1940*, in *Mada'ey ha-Yabadut* 43 (2005-2006) 169.

⁷⁷ A. GULAK, *Le-Sidur Hayenu ha-Mishpatiyim ba-Aretz [helek rishon]*, in *Ha-Toren* 7/33 (1920) 1 and 3. On Gulak's unique methodology, see ENGLARD, *Research in Jewish Law* cit. See also RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit., 217-238.

⁷⁸ GULAK, *Yesodey*, vol. 1, cit., 3-4.

⁷⁹ *Ibid.*, 13-14.

«Roman law, the father of all western legal systems, is the law of the mightiest of nations, it is the fruit of might and government. Jewish law, the father of oriental law, is the law of a small nation, living within mighty kingdoms, and is the fruit of refinement and unity internally and defense externally. Therefore, Roman law is based primarily on power and government, and Jewish law on morality and the desire for the good ... In Jewish law, the most important thing is sentiment and thought. In Roman law, logic and action. At the center of the first stands the weak individual requiring protection (the child, orphan, foreigner and widow), and at the center of the second the ruler, the citizen, who fights and works. The first [Jewish law] is primarily the law of the community, the second [Roman law] the law of the individual. The goal of the first is imposing peace in Justice in the division of social goods, the goal of the second is safeguarding the occupier and the benefits of the occupation. The first looks to the future, the second to the present ...»⁸⁰.

As is evident from this quote, the highlighting of differences between Jewish and Roman law was often accompanied by the notion that Jewish law was not just unique, but *better* than Roman law: more moral, more advanced, more modern⁸¹.

Discussions of difference between Roman law and Jewish law were not always limited to general abstract declarations, however. They also led to more concrete distinctions between the two systems. I now turn to two such distinctions: individualism vs. collectivism, and subjectivism vs. objectivism.

1) *Individualism vs. Collectivism*

Dikshtein, it will be recalled, argued that Jewish law was individualistic, but he viewed this individualism as a sign of weakness rather than

⁸⁰ S. EISENSTADT, *Yisra'el ve-Romi be-Yetsiratam ha-Mishpatit*, in *Haaretz*, 29 March 1929. For similar arguments about Roman law as the law of «a nation of aggressive warriors» in contrast to Jewish law as a law based on «justice and equality and kindness», which fostered «gentleness and sympathy for the oppressed and fellow-feeling for the forlorn», see HYAMSON, *Some Points of Comparison* cit., 161-162. See also M. AVIGDOR 'AMIEL, *Ha-Mitbolelim veba-Hitbolelut*, in *Drashot El 'Ami*, vol. 3, Antwerp 1929, 61 (an early-twentieth-century rabbi arguing that Jewish law was based on the principles of «justice and law, charity and mercy», and that the Jews therefore did not need European codes based on Roman law, which was a law of despotism); and RADZYNER, *Between Scholar and Jurist* cit., 205-206 (discussing the idea that Jewish law was uniquely moral in the thought of 'Amiel).

⁸¹ See, e.g., RADZYNER, *Talmid Hakham* cit., 306-312 (on Jacob Zuri's goal in his comparisons of Jewish and Roman law).

strength⁸². However, sometimes the revivers questioned the notion that Jewish law was individualistic. A.L. Grajewsky argued in a 1928 article in *Ha-Mishpat* that, while Roman law supported limitations on individual freedom, and modern European law was individualistic, Jewish law was different from both, being the law of human equity and justice⁸³.

Others were more radical, and completely reversed the position of Jewish and Roman law on the continuum between individualism and collectivism, arguing that, whereas Roman law was individualistic, Jewish law was collectivist. Thus, a Jewish law scholar from the Soviet Union (calling himself «B. Safra», probably a pseudonym), argued in a 1927 article that Roman law was one of the first legal systems to enshrine individual liberty and the notion of absolute, private property (protecting such property, which was often acquired by active conquest and force). In contrast, said Safra, Jewish law, as a religious legal system, never gave rights based on violence and force. Instead it was based on the belief that all property in the world ultimately belongs to God, and is therefore never absolute and always relative. Safra sought to prove this argument by providing various examples taken from Jewish property law, the law of obligations, and family law. For example, he argued that the rules of Jewish law on the provision of charity gave the poor absolute rights to part of the produce of fields and orchards owned by wealthy landowners – rights that were not dependent on the will of the these owners to provide charity to the poor. Concluding his article, Safra observed that Roman law had conquered the world, and that it now served as the foundation of the law of all civilized nations. However, he added, its rule was beginning to crumble (here Safra was presumably implying that future notions of property law would be closer to the (quasi-socialist) notions upon which, allegedly, Jewish law was based)⁸⁴.

⁸² DIKSHTEIN, [Review], *I. Pokrovsky, Toldot ha-Mishpat ha-Roma'i* cit., 207. Chaim Tchernowitz, too, writing in 1940s New York, contrasted Greek and Roman law, in which «the idea of the state and its welfare» takes precedence over «the right of the individual», to the «political theory» of the Hebrew prophets, which puts «the individual man at the center». See Tchernowitz, *Toldot ha-Halakhah*, vol. 3, cit., 175.

⁸³ GRAJEWSKY, *Le-She'elat Hasblatat* cit. 202 and 207. See also Y. TEPLICKI, *Diney Mamot*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri: Riv'on Mada'i*, 1918, 77 and 79.

⁸⁴ B. SAFRA, *Ha-Kinyan ha-Prati ba-Mishpat ha-'Ivri*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri* 2 (1927) 25. See also Y. YEHOSEFAT, *Shilton ha-Hok*, in *Ha-Mishpat ha-'Ivri* 3 (1927/8) 1 and 9; and G. J. WEBBER, *A Bibliography of Recent Works on Jewish Jurisprudence*, in *Law Journal*, 68, July 1929, 82. For a contrast between Jewish law and Roman law based on the argument that, while Roman law was based on respect for physical force, Jewish law neither valued nor revered the use of force see also HERZOG, *Main Institutions* cit., 226-227.

Eisenstadt too, in his work on the history and jurisprudence of Roman law, *Ha-Mishpat ha-Roma'i: Toldotav ve-Torato* (first published in 1952), contrasted Roman law – which «since the early days of the republic was the law of a society of masters, controlling men and property and based on the absolute private and unrestricted property of the ruling class, the patricians» – with Jewish law, which «was based on property and inheritance law characterized by [an ethos] of sharing. The right of individual property was therefore not developed and was subject to limits if it clashed with the regime of the agricultural community». Eisenstadt then argued that one of the major principles that distinguished Jewish from Roman law was that, in the former, private property was limited, and that this limit was manifested in rules regarding the jubilee year, the redemption of land, debt relief, labor law, charity rules, and so on⁸⁵.

2) *Subjectivism vs. Objectivism*

The inaugural lecture of Asher Gulak at the new Hebrew University of Jerusalem, delivered in November 1925, was devoted to the issue of «a general comparison between the spirit of Jewish and Roman private law»⁸⁶. Gulak's intention in this lecture was not to discuss the influence of one system on the other but to note «one principle that distinguishes» Jewish and Roman law, which showed that these systems were «derived from sources foreign to each other, just as the spirit of the people of Israel and the Roman nation were foreign to each other». Roman private law, claimed Gulak, is based on the exercise of the will of the individual, just as Roman public law is based on the exercise of the will of the sovereign. In both areas, he argued, we see the basic characteristic of the Roman nation: admiration of sovereignty. The Jews, however, admire justice rather than state sovereignty. Thus, in private law too, the will of the individual cannot create a legal relationship, which instead is based on objective facts rather than subjective will⁸⁷.

One example of this difference, said Gulak, is found in Roman and Jewish family law. In Roman law, the family was the result of the will of the *pater familias*, who could, by the exercise of his will alone, adopt complete

⁸⁵ EISENSTADT, *ha-Mishpat ha-'Ivri veba-Romi*, in *Tsiyon be-Mishpat* cit., 260 and 266-268.

⁸⁶ A. GULAK, *Hashva'ah Klalit beyn Ru'akh Diney Mamonot ha-'Ivriyim ve-Ru'akh Diney Mamonot ha-Roma'im*, in *Mad'ey ha-Yabadut* 1/3 (1925/6) 45.

⁸⁷ *Ibid.*, 45-47.

strangers into the family. In Jewish law, however, the notion of adoption did not exist, and family relations were based purely on «objective» natural proximity, that is on bloodlines. As a result, while Roman law was mainly based on the notion of the freedom of testamentary dispositions, Jewish law (while recognizing the possibility of creating wills) saw intestacy laws as the main avenue for regulating the question of inheritance. Roman private law was thus, according to Gulak, always a reflection of the will of a proud and commanding personality, which sometimes led to «tyranny and the oppression of the weak», and, because it reflected subjective will, it undermined «truth and justice». In Jewish law, the will of the subject of the law is free, but it succumbs to «objective truth» and to «the demands of justice»⁸⁸.

In nineteenth-century legal thought, infused by liberal ideology, such a description of Jewish law – as non-will-based – would have placed it on a lower rung of the evolutionary ladder than Roman law. However, by the 1920s, when Gulak delivered his lecture, the supposedly objective nature of Jewish law made it seem more modern, as Gulak himself concluded: «The objective principles upon which our nation's private law is founded have many contact points with modern developments of legal science, in which, too, there is a tendency to weaken the power of the individual's will in his private relations with other individuals, and to recognize the influence of social and objective principles in individual relations. The objective principles of Jewish private law, and the moral principles that they reveal, prove the vitality of our nation's laws and the fertile influence that they may yet have on the development of modern legal ideas»⁸⁹.

Gulak's description of Roman law as based on notions of free will and of individual sovereignty was attacked in an article by Chaim Tchernowitz published in 1927. In this article, Tchernowitz argued that, in archaic Roman law, there were no individuals, as such – each Roman citizen was seen as a member of his class, tribe, family, and house. Gulak's claim that Jewish law was based on a weak notion of state sovereignty was also

⁸⁸ *Ibid.*, 48-49.

⁸⁹ *Ibid.*, 50. On the decline of notions of individualism and free will in modern western law in the early twentieth century, and the rise of «social» notions, see, generally, D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek, A. Santos (ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, New York 2006, 19-73. On echoes of this process in works of non-western scholars seeking to modernize religious law, see A. SHALAKANY, *Sanhuri and the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World (or How Sometimes Losing Your Asalah Can Be Good for You)*, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford 2001, 152-188.

attacked by Tchernowitz, who argued that Moses, the judges, and the kings of the Bible created law just like modern sovereigns. Tchernowitz also attacked the contrast made by Gulak between the centrality of the concept of free will in Roman law, and the disregard of individual will in Jewish law. Form rather than will, contested Tchernowitz, ruled Roman law, while in Jewish law there was little role for ceremony in creating legal acts, and there was therefore a developed system of rules dealing with defects of will (such as fraud and mistakes) that did not exist in other legal systems⁹⁰.

The attempts to distinguish between Jewish and Roman law based on specific aspects of these two systems were not limited, of course, to the two topics I just mentioned. One can find additional examples of concerted efforts to discuss specific differences between Roman and Jewish law. One such example was Eisenstadt's somewhat apologetic discussion of differences between Roman and Jewish slavery laws during antiquity. His argument was basically a systematic attempt to show that the Jewish law of slavery was «better» than its Roman equivalent because the consequences of slavery were far harsher under the latter than under the former. For example, in Jewish law the status of slavery had no impact on the religion, nationality, or family relations of the slave; the slave was not considered merely property; there were detailed rules against the abuse of slaves; there was limited use of slavery as a punishment; and the rules regarding the freeing of slaves were lenient⁹¹.

4. Conclusion

Roman law was imagined and used by the early-twentieth-century Jewish law scholars discussed in this article in contradictory ways: sometimes as a legal system that should be emulated, and sometimes as a legal system whose norms and institutions were to be shunned. Roman law thus served as a foil against which modern Jewish legal identity could be created. This contradictory, love-hate, relationship that Jewish law scholars in Mandatory Palestine had with Roman law, reflected, I believe, a deeper contradiction in Jewish nationalism (and nationalism generally): the desire to be sim-

⁹⁰ C. TCHERNOWITZ, *Reshimot ve-He'arot*, in *Ha-Mishpat* 2 (1927) 44, 45-46 and 50.

⁹¹ S. EISENSTADT, *He'arot le-"Sefer ha-Institutsyot" shel Yustinyanus Keysar*, in *Ha-Mishpat* 2 (1928) 17 and 19-22.

ilar (in Zionist rhetoric the term used was *'Am ke-khol be-'Amim*, «a nation like all others») yet also different. In this sense, Jewish legal scholars of the early twentieth century may not have been very unique. Other non-western nationalist movements with indigenous legal traditions also shared this ambivalent attitude to western legal culture. A comparison between attitudes to Roman law among, on the one hand, Jewish law scholars, and, on the other hand, lawyers and legal scholars in other non-western contexts (Russia, the Arab world, or China) awaits further studies⁹².

⁹² See, e.g., D.P. HAMMER, *Russia and the Roman Law*, in *The American Slavic and East European Review* 16 (1957) 1-13; WOOD, *Islamic Legal Revival* cit., 64, 110; Z. WANG, *The Roman Law Tradition and Its Future Development in China*, in *Frontiers of Law in China* 1 (2006) 72-78. See, generally, J.-L. HALPÉRIN, *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2009) 333-354.

INDICE DEI PERSONAGGI E DEGLI AUTORI ANTICHI, MEDIEVALI E MODERNI

(a cura di Antonio Angelosanto)

I nomi dei giuristi romani sono preceduti da un asterisco

- Abramsky, Y.: 287 e nt. 74
Accursio: 49; 53; 170
*Aelius Gallus: *vedi* Gallus
*Aelius Marcianus: *vedi* Marcianus
*Aemilius Papinianus: *vedi* Papinianus
*Africanus, Sextus Caecilius: 150 e nt. 46; 151 nt. 47; 155 nt. 61; 156 nt. 65
Agamben, G.: 81-82 ntt. 67-69
Agnati, U.: 83 nt. 71
Agresti, J.-Ph.: 174 nt. 62
Agustín, A.: 167
Albanese, B.: 71 nt. 33
Albericus Londonensis: 54 nt. 68
Alciato, A.: 37 e nt. 36; 169
Aleksandrov, G.F.: 276 nt. 32
Alessi, G.: 64 nt. 16
Alighieri, Dante: 19
Almog, O.: 271 nt. 10
Alpa, G.: 250 nt. 2
Althusius, J.: 29; 36; 166
Ando, C.: 41 nt.1
Annaeus Seneca, L.: *vedi* Seneca
Ansaldo, A.: 260 nt. 47
Anthemius Procopius (imperatore romano): 149 nt. 45
*Antistius Labeo, M.: *vedi* Labeo
Antonetti, G.: 164 nt. 9
Arabeyre, P.: 33 nt. 13; 166 nt. 13; 252 nt. 12
Arangio-Ruiz, V.: 225 e nt. 2; 226 nt. 5; 228 e nt. 11
Arcadius: *vedi* Flavius Arcadius
Archi, G.G.: 136 nt. 2
Arendt, H.: 88 nt. 89
Aricò Anselmo, G.: 72 nt. 37
*Aristo, Titius: 110 nt. 10; 111; 114 e nt. 18; 115; 122; 126 nt. 52
Aristoteles: 8; 70; 109; 191
Arnaud, A.-J.: 93 nt. 16; 97 nt. 37; 101 e nt. 51; 103 e nt. 54
Arnauld, A. von: 219 nt. 45
Arnauld, A.: 120
Arnese, A.: 77 nt. 50
Ascarelli, T.: 64 nt. 14; 251 nt. 11
Ascheri, M.: 254 nt. 25
Assaf, S.: 281 nt. 48
*Atilicinus: 154 e nt. 56; 156 e nt. 63
Augsberg, I.: 219 nt. 45
Augustin, J.-M.: 165 nt. 9
Aurelius Antoninus Caracalla, M. (imperatore romano): 156 ntt. 65-66;
Aurelius Severus Alexander, M. (imperatore romano): 149 nt. 44
Auweele, D. van den: 189 nt. 64
Avigdor 'Amiel, M.: 289 nt. 80
Ayres, P.: 208 nt. 67
Azzone: 49; 53
Ba'abad, Y.: 283 e nt. 55; 287 e nt. 73

- Baader, H.: 30 nt. 2
 Baccelli, L.: 62 ntt. 10-11; 63 nt. 12; 71 nt. 33
 Bacon, F.: 195 e nt. 13
 Bacon, M.: 194; 198
 Baker, J.H.: 193; 201 ntt. 36-37; 202 e nt. 41; 203 e nt. 48; 204 nt. 55; 205 nt. 56
 Baldasseroni, P.: 252 e nt. 14
 Baldus, C.: 136 nt. 4; 242 nt. 44
 Barbarius Philippus (schiavo romano): 46 nt. 27
 Barbosa, A.: 193 nt. 7
 Barclay, W.: 49 nt. 42
 Barenot, P.-N.: 193-194 nt. 8
 Barentin, C.-L. de: 172; 176
 Bartolo da Sassoferrato: 51 nt. 52; 78 e nt. 56; 97-100
 Bartolomeo Bosco: *vedi* Bosco
 Bartolomeo di Iacovo da Valmontone: 47 nt. 29
 Bazak, J.: 274 nt. 23
 Bazzicalupo, L.: 81 ntt. 67-68
 Beatson, J.: 225 nt. 1; 286 nt. 68
 Beaud, O.: 44 nt. 19; 48 nt. 37
 Beauthier, R.: 182 nt. 12
 Behrends, O.: 211-212 nt. 9
 Bellarmino, R.: 50
 Bellavite, L.: 235 nt. 31; 236 nt. 32; 237 nt. 34
 Benjamin, W.: 81 nt. 68
 Benson, R.L.: 193 nt. 5
 Bentwich, N.: 273 e nt. 19; 274 nt. 27
 Berger, E.: 179 nt. 1
 Berkowitz, M.: 271 nt. 10
 Bersani, C.: 84 nt. 75
 Bertelli, L.: 42 nt. 7
 Berthelot, J.-F.: 175 nt. 65
 Betti, E.: 13 e ntt. 1-2; 14 e nt. 3; 15 e ntt. 4-7; 16 e nt. 8; 17-18; 69; 70 nt. 31; 71 nt. 33
 Bianchin, L.: 36 nt. 28
 Binder, J.: 221
 Birks, P.: 192 nt. 2
 Birocchi, I.: 63 nt. 14; 66 ntt. 21-22; 67 nt. 26; 256 nt. 31
 Björklund, H.: 218 nt. 40
 Blackstone, W.: 56 e nt. 76; 191; 192 e nt. 2; 195; 198; 199 e nt. 29
 Bochove, T.E. van: 147 nt. 38
 Bocken, H.: 189 e ntt. 62 e 63
 Bodin, J.: 3; 29 ss.; 30 e ntt. 3-4; 31 e nt. 7; 32 e ntt. 9 e 12; 33 e ntt. 13-14, 16 e 17; 34 e ntt. 18-20; 35 e ntt. 26-27; 36 e ntt. 27, 30-31; 37 e nt. 36; 38 e ntt. 37-38; 41; 42 e nt. 8; 43 e ntt. 11 e 15; 44 e ntt. 16-17
 Bona, F.: 74 nt. 43
 Bonamy, F.: 171
 Bonelli, G.: 260 nt. 48
 Bonfante, P.: 77 nt. 51; 93 e ntt. 18-19; 259-260; 261 nt. 49; 262 e nt. 60; 263 e ntt. 61-64; 264
 Bonifacio, F.: 71 nt. 33
 Bonin, P.: 166 nt. 13
 Bonini, R.: 136 nt. 3; 148 ntt. 41-42; 149 nt. 43
 Boniolo, G.: 64 nt. 16; 86 nt. 80
 Borsò, V.: 81 nt. 68
 Borst, N.: 217 nt. 37
 Boscager, J.: 175
 Bosco, B.: 250
 Botta, F.: 141 nt. 19
 Bouchaud, M.-A.: 163 e nt. 5; 164-165; 171 e nt. 48; 172-174
 Boucher d'Argis, A.-G.: 164
 Boureau, A.: 42 nt. 7
 Boutaric, F. de: 174
 Bracton, H. de: 52; 191; 192 nt. 2
 Branch, T.: 195 e nt. 12
 Brand, P.: 193 nt. 4; 205 nt. 56; 206 nt. 58
 Bréard Neuville, P.-A.-S. de: 163 nt. 4; 170 nt. 33
 Bremer, F.B.: 108 e nt. 4
 Bretone, M.: 61 ntt. 6-7; 62 nt. 10; 70 nt. 31; 71 nt. 33; 75 nt. 47; 77 nt. 51; 78 nt. 56; 227 nt. 10; 242 nt. 44; 243 nt. 46
 Brutti, M.: 64 nt. 14; 75 nt. 47; 123 nt. 45; 226 ntt. 6-7; 227 nt. 10; 228 nt. 11; 258 nt. 38; 259 nt. 41
 Bruyère, E.: 187 nt. 51

- Budé, G.: 35
 Bugnet, M.: 125 nt. 50
 Buhofer, S.: 191 nt. 1
 Buongiorno, P.: 80 nt. 66
 Burchardi, G.C.: 214 nt. 18
 Burdese, A.: 71 nt. 33
 Busacca, C.: 139 nt. 14
 Buschmann, A.: 219 nt. 41
 Bynkershoek, C. van: 172
- Cacciari, M.: 59 nt. 1; 81 nt. 67
 Caenegem, R.C. van: 189 nt. 65; 203 nt. 51
 Cairns, J.W.: 194 nt. 10; 196 nt. 19
 Calamandrei, P.: 57 e nt. 79
 Calasso, F.: 38 nt. 39; 45 nt. 23
 Calderai, V.: 123 nt. 45
 Calvo, R.: 91 ntt. 7-8; 96 nt. 32; 163 nt. 1
 Campi, R.: 177 nt. 71
 Campion, E.: 50
 Campolunghi, M.: 141 nt. 19; 157 nt. 68
 Cancelli, F.: 158 nt. 70
 Cange, C. du: 196 nt. 17
 Capogrossi Colognesi, L.: 88 nt. 86; 97 nt. 33; 102 nt. 52
 Cappellini, P.: 61 ntt. 4 e 6; 65 nt. 19; 80 nt. 66; 85 nt. 77
 Caracalla: *vedi* Aurelius Antoninus, M.
 Carbasse, J.-M.: 45 nt. 24
 Cardilli, R.: 106 nt. 2
 Carinus, Marcus Aurelius (imperatore romano): 149 nt. 44
 Carlyle, W.: 49 e nt. 39
 Carpov, B.: 54
 Carus, Marcus Aurelius (imperatore romano): 149 nt. 44
 Caruso, S.: 52 nt. 56
 Casaregi, G.L.M.: 261 e nt. 51; 262
 Cascione, C.: 148 nt. 41
 *Cassius Longinus, C.: 33; 154 e nt. 56
 *Cato, M. Porcius: 75 nt. 44; 153; 154 nt. 55
 Cattaneo, V.: 92 nt. 12
 Cayla, O.: 80 nt. 66
 Cazals, G.: 174 nt. 62
 *Celsus, P. Iuventius (figlio): 15; 17-18; 33; 94; 100; 114 e nt. 18; 130 e nt. 69; 150 e nt. 46; 151 e nt. 47; 152 nt. 49; 155 e ntt. 59 e 61; 156 nt. 66
 Cerami, P.: 251 nt. 11
 *Cervidius Scaevola, Q.: 149 nt. 45; 155 e nt. 59; 156 nt. 63
 Cesarini Sforza, W.: 61 nt. 6; 62 nt. 12
 Chabod, F.: 68 nt. 27
 Chêne, C.: 174 nt. 61
 Cherfouh, F.: 249 nt. 1; 253 nt. 16
 Chiodi, P.: 16 nt. 9
 Chironi, G.P.: 91 e nt. 5
 Ciancio, C.: 255 nt. 27
 Cianferotti, G.: 85 nt. 76
 Cicero, M. Tullius: 34-35; 74-75 nt. 44; 76; 108 e nt. 5; 166; 170; 227
 Ciurlia, S.: 63 nt. 14; 66 nt. 21; 67 nt. 26
 Cohen, B.: 268 e nt. 4
 Cohen, R.I.: 285 nt. 62
 Coing, H.: 61 nt. 10; 63 nt. 12; 65 nt. 19; 73 nt. 39; 78 nt. 57; 183 nt. 22
 Coke, E.: 197 nt. 21; 200 e ntt. 30 e 32; 201; 202 e nt. 46; 204; 208
 Cola di Rienzo: 47 e nt. 29
 Collotti, E.: 232 ntt. 23-25
 Comparato, V.I.: 31 nt. 7
 Constable, G.: 193 nt. 5
 Constantinus, Flavius Valerius (imperatore romano): 149 nt. 45
 Coppein, B.: 183 nt. 26
 Corbino, A.: 80 nt. 66
 Cortese, E.: 36 nt. 29; 45 nt. 23; 256 nt. 31
 Cossa, G.: 83 nt. 71
 Costa, P.: 45 ntt. 21-22 e 25; 46 nt. 26; 47 nt. 31; 62 ntt. 10-11; 63 nt. 12; 66 nt. 24; 68 nt. 27; 71 nt. 33; 79 e ntt. 60 e 62; 88 nt. 89; 259 nt. 43
 Cousy, H.: 181 nt. 9
 Couzinet, M.-D.: 29 nt. 1; 30 ntt. 3-4; 31 e ntt. 6-7
 Cowell, J.: 195; 196 e nt. 17; 199-200
 Crahay, R.: 31 nt. 7
 Cromartie, A.: 197 nt. 22
 Crompton, R.: 202
 Cuiacio Iacopo: *vedi* Cujas

- Cujas, J.: 2, 32, 164; 165 nt. 11; 167; 169; 170
 Cutro, A.: 82 nt. 70
- D'Aguesseau, H.F.: 163 e nt. 2; 165-166; 173 e nt. 57; 174
 d'Amelio, M.: 259 nt. 44
 d'Ippolito, F.: 230 nt. 20; 246 nt. 54
 Dabin, J.: 71 nt. 33; 181 nt. 8
 Dalla, D.: 154 nt. 58
 Daly, L.: 193 nt. 5
 Daube, D.: 268
 Dauchy, S.: 31 nt. 7; 193 nt. 8; 268 nt. 1
 David, M.: 75 nt. 47
 David-Moreau, J.: 164 nt. 9
 Davis, H.W.C.: 206 nt. 59
 De Anna, G.: 64 nt. 16; 86 nt. 80
 De Bertolis, O.: 61 nt. 9
 de Francisci, P.: 145 nt. 32; 146 nt. 35; 154 nt. 57
 De Giovanni, L.: 135 nt. 1; 136 nt. 3; 147 nt. 37
 de Iulii, C.M.: 60 nt. 3; 64 ntt. 14 e 16; 67 nt. 26
 De Jorio, M.: 252
 De Koster, M.: 179 nt. 1
 De Lolme, J.-L.: 55 e nt. 74
 De Mariana, J.: 50 nt. 47
 De Marini Avonzo, F.: 149 nt. 45
 De Martino, A.: 229 nt. 16
 De Martino, F.: 246 e ntt. 54-55; 247 e nt. 56
 de Milis, J.-N.: 193
 De Page, H.: 188 e ntt. 59-60
 De Ruyscher, D.: 182 nt. 17
 Debaenst, B.: 187 nt. 51
 Decius, Caius Messius Quintus Traianus (imperatore romano): 149 nt. 44
 Dekkers, R.: 188 e nt. 60
 Del Mar, M.: 194 nt. 11
 Deleuze, G.: 81 nt. 67
 Deligne, C.: 184 nt. 33
 Dell'Agli, A.: 246 nt. 55
 Demars-Sion, V.: 193 nt. 8
 Demelemestre, G.: 36 nt. 28
 Demolombe, J.-C.-F.: 94 e nt. 22; 103
- Denzer, H.: 31 nt. 5
 Derrida, J.: 72 nt. 35; 81 nt. 68
 Desanti, L.: 81 nt. 66
 Descheemaeker, E.: 191 nt. 2
 Desquiron, A.T.: 164
 Di Bello, A.: 41 nt. 3; 42 nt. 8
 Di Deo, C.: 260 nt. 46
 Di Donato, R.: 244 nt. 48
 Di Maria, S.: 136 nt. 4; 137 ntt. 5-7; 138 nt. 8; 140 nt. 16; 141 ntt. 17 e 19; 144 nt. 31; 146 nt. 35; 149 nt. 44; 150 nt. 45; 151 ntt. 46-48; 152 nt. 51; 153 nt. 52; 157 nt. 67
 Di Porto, A.: 251 nt. 9
 Diciotti, E.: 78 nt. 53
 Dickens, C.: 208 nt. 69
 Dikshtein, P.: 268 e nt. 2; 270; 272; 273 nt. 17; 274 ntt. 23 e 27; 281 e nt. 47; 282 e ntt. 50-51 e 53; 283 nt. 54; 285 e ntt. 61 e 64-65; 289; 290 nt. 82
 Dilcher, G.: 39 nt. 40; 45 nt. 21; 262 nt. 56
 Diliberto, O.: 78 nt. 54; 94 nt. 20
 Diocletianus, Caius Aurelius Valerius (imperatore romano): 149 nt. 44
 Dirix, E.: 181 nt. 9
 Döhring, E.: 210 nt. 3
 Domat, J.: 2; 105 ss.; 116; 117 e ntt. 21-22; 118 ntt. 24 e 28; 119-122; 123 e nt. 45; 124; 126 e nt. 52; 128-129; 131-132; 165-166; 169-170
 *Domitius Ulpianus: *vedi* Ulpianus
 Donahue Jr., C.: 62 nt. 10; 71 nt. 33
 Doneau, H.: 47-48; 61 e ntt. 6-7; 65 nt. 19; 73; 116 e nt. 21; 117 nt. 21
 Donello Ugo: *vedi* Doneau
 Dorislaus, I.: 55
 Douaren, F.: 97-100
 Doujat, J.: 165; 166 e ntt. 12 e 14
 Dowty, A.: 271 nt. 10
 Du Choul, G.: 54 nt. 68
 Duareno Francesco: *vedi* Douaren
 Dubreuil, L.: 82 nt. 69
 Duck, A.: 55 e nt. 70
 Dufour, A.: 164 nt. 7
 Duggan, A.J.: 206 nt. 59

- Du Moulin, C.: 32
 Dupin, A.-M.-J.-J.: 125 e nt. 51
 Du Plessis, P.J.: 194 nt. 10
 Durantion, A.: 95 nt. 26
 Duve, T.: 271 nt. 12
 Dwyer, D.: 208 nt. 69
 Dyson, M.: 205 nt. 56
- Ebel, F.: 254 nt. 25
 Eineccio: *vedi* Heinecke
 Eisenstadt, S.: 270; 272 e ntt. 13 e 15-16; 273 nt. 17; 274 ntt. 21-22 e 25; 275 e ntt. 28-30; 276 e ntt. 32-33; 277 ntt. 34-35; 278 ntt. 38-39; 279 nt. 42; 280 e ntt. 44-46; 281 nt. 49; 285 e ntt. 62-63 e 65-66; 287; 288 e nt. 75; 289 nt. 80; 291 e nt. 85; 293 e nt. 91
 Eliash, M.: 273
 Eliot, T.S.: 89
 Elisabetta I (regina d'Inghilterra): 200 nt. 32
 Elon, M.: 275 nt. 30; 278 nt. 36
 Englard, I.: 278 nt. 36; 288 nt. 77
 Enrico VIII (re d'Inghilterra): 200
 Ernst, W.: 225 nt. 1; 226 nt. 6; 227 nt. 8; 228 ntt. 12-13; 230 ntt. 18-19; 231 nt. 22; 232 nt. 25; 233 e ntt. 26-28; 234 nt. 30; 286 nt. 68
 Esposito, R.: 59 nt. 1; 64 nt. 16; 65; 71 nt. 33; 72 nt. 35; 80 e nt. 66; 81 ntt. 66-68; 82 ntt. 69-72; 84 nt. 74; 85 nt. 76
 Euclides: 192
 Even-Zohar, I.: 271 nt. 10
 Ewald, F.: 163 nt. 1
- Fadini, U.: 82 nt. 68
 Falcone, G.: 74 nt. 43; 75 e ntt. 45 e 47; 77 ntt. 51-52
 Fanizza, L.: 226 nt. 6; 229 nt. 15; 238 nt. 37; 245 nt. 51
 Faure, L.-J.: 91 e nt. 9; 103
 Federico II il Grande (re di Prussia): 211
 Felice, D.: 177 nt. 71
 Fenn, P.: 208 nt. 69
 Ferrajoli, L.: 257 nt. 36
- Ferrari Bravo, L.: 82 nt. 68
 Ferrary, J.-L.: 7 e nt. 7; 9 nt. 13; 106 nt. 2; 239 nt. 38
 Ferretti, P.: 81 nt. 66
 Ferrière, C.-J. de: 163 e nt. 3; 165; 168 e nt. 21; 169-172; 173 e nt. 59; 174; 175 e nt. 63; 176 e nt. 68
 Festus, Sex. Pompeius: 74 nt. 44
 Feuerbach, P.J.A. von: 217 e nt. 37
 Filangieri, G.: 56 e nt. 78
 Filmer, R.: 50 e nt. 46
 Filomusi Guelfi, F.: 95 e nt. 25
 Fimiani, M.: 81 nt. 67
 Finch, H.: 196 e nt. 19; 197 nt. 21; 198-200
 Fioravanti, M.: 68 nt. 27
 Firpo, L.: 49 nt. 39
 Fisher, H.A.L.: 192 nt. 2
 Fitzherbert, A.: 202 e nt. 45; 203; 204 nt. 55; 205 e nt. 57; 207
 Flavius Arcadius (imperatore romano): 149 nt. 45
 Flavius Honorius (imperatore romano): 149 nt. 45
 Fleury, J. de: 165 e nt. 10; 175 e nt. 64
 *Florentinus: 33; 95
 Flume, W.: 70 nt. 32; 71 nt. 33; 230 nt. 19
 Forster, V.: 167
 Fortier, M.: 207 nt. 63
 Foucault, M.: 2; 59 nt. 1; 69 e nt. 29; 72 nt. 35; 81 nt. 67; 82 e nt. 70; 88 e ntt. 87 e 89
 Frakes, R.M.: 268 nt. 3
 Francis, R.: 194; 195 e nt. 12
 Francken, O.: 262 e nt. 58
 Frankel, Z.: 268
 Frè, G.: 262 nt. 53
 Freimann, A.H.: 274 nt. 23; 281 nt. 48
 Freundlich, Y.: 273 nt. 17
 Friedlaenger, P.: 253 nt. 21
 Frosini, V.: 71 nt. 34
 Frumkin, G.: 273
 Fuhrmann, M.: 74 nt. 43
 Fuzier-Herman, E.: 133 nt. 74
- Gadamer, H.-G.: 14; 16; 17 e ntt. 11-12; 18

- Gaille-Nikodimov, M.: 37 nt. 32
 *Gaius: 8 e nt. 11; 33-35; 70 e nt. 32; 71 nt. 33; 73; 74 nt. 43; 75-76; 77 nt. 51; 78-79; 83 nt. 71; 84 nt. 75; 85 nt. 76; 99; 106; 153 nt. 54; 155 e ntt. 59-60; 191; 200-201
 Galgano, F.: 137 nt. 7; 251 nt. 10
 Gallo, F.: 61 nt. 6; 72 nt. 37; 74 nt. 43; 77 nt. 51; 106 nt. 2; 108 nt. 6; 112 nt. 13; 113 nt. 16; 114 nt. 18; 251 nt. 9
 *Gallus, C. Aelius: 74 e nt. 44
 Gans, E.: 268; 278
 Garnier, F.: 174 nt. 62
 Garofalo, L.: 85 nt. 76
 Gay, P.: 30 nt. 2
 Gazeau, V.: 165 nt. 9
 Geens, K.: 180 e nt. 3
 Gentile, G.: 9 nt. 12
 Germain, A.: 176 nt. 70
 Gerson, J.C. de: 62
 Getzler, J.: 192 nt. 2
 Giachi, C.: 108 nt. 6
 Giacomo I (re d'Inghilterra): 50; 200 nt. 32
 Gibbon, E.: 211-212 nt. 9
 Gierke, O. von: 48 e nt. 38
 Giesey, R.E.: 31; 32 nt. 9; 42 ntt. 5-7 e 9; 43 nt. 12
 Gilbert, J.: 198 e nt. 26; 199 e nt. 28
 Gilles, D.: 165 nt. 11
 Giltaij, J.: 234 nt. 30
 Gioffredi, C.: 77 nt. 51
 Godefroy, J.: 167; 169-170; 172-173
 Goebbels, J.: 232
 Goldschmidt, L.: 253 e nt. 18; 254 nt. 24; 255; 262; 264
 Gordianus, Marcus Antonius (imperatore romano): 149 nt. 44
 Gordley, J.: 189 nt. 66
 Gorla, F.: 74 nt. 43; 137 nt. 6
 Goyard-Fabre, S.: 35 nt. 26
 Grajewsky, A.L.: 278 nt. 39; 282 e nt. 52; 290 e nt. 83
 Gravina, G.V.: 170-172; 175; 176 e nt. 67
 Gray, C.M.: 204 nt. 55
 Grego, U.: 253 nt. 19
 Grenfell, B.P.: 136 nt. 3
 Grenier, J.: 91; 92 ntt. 10-11; 95 e nt. 27; 103
 Grillo, A.: 81 nt. 67
 Groethuysen, B.: 120 e nt. 35; 121 nt. 36
 Grondona, M.: 64 nt. 14
 Groot, H. van: 29; 61; 66; 97-100; 127 nt. 56; 130 nt. 64; 166; 172
 Grossi, P.: 62 e nt. 10; 63 nt. 12; 68 nt. 27; 78 nt. 53; 90 e nt. 4; 96 nt. 29; 101 e ntt. 48-49; 250 nt. 2
 Grosso, G.: 71 nt. 33; 77 nt. 51
 Grozio Ugo: *vedi* Groot
 Guglielmo di Ockham: *vedi* Ockham
 Guglielmo I il Conquistatore (re d'Inghilterra): 52
 Gulak, A.: 269 nt. 7; 274 nt. 23; 277 nt. 36; 278 e nt. 40; 279 e nt. 41; 288 e ntt. 76-78; 291 e nt. 86; 292-293
 Haas, E. de: 203 nt. 50
 Hackney, J.: 191 nt. 2; 208 e nt. 67
 Hadrianus, P. Aelius (imperatore romano): 158 nt. 70
 Haferkamp, H.-P.: 210 nt. 2; 215 nt. 28; 216 nt. 32; 219 nt. 42; 257 nt. 34
 Hakim, N.: 193 nt. 8; 250 ntt. 1 e 4
 Hale, M.: 196 nt. 19; 197 e nt. 22; 198-199
 Hall, G.D.: 203 nt. 50
 Halpérin, J.-L.: 33 nt. 13; 125 nt. 50; 127 nt. 56; 130 nt. 64; 166 nt. 13; 209 e nt. 1; 252 nt. 12; 294 nt. 92
 Hammer, D.P.: 268 nt. 1; 294 nt. 92
 Hargrave, F.: 197 nt. 22
 Harif, H.: 285 nt. 62
 Harmenopoulos, C.: 167
 Harper-Bill, C.: 206 nt. 59
 Harris, I.: 285 nt. 60
 Harris, J.M.: 268 nt. 4; 278 nt. 37; 286 nt. 69
 Hartmann, W.: 206 nt. 61
 Hayek, F. von: 2
 Hayes, C.: 269 nt. 7
 Hayward, A.: 271 nt. 11
 Hayward, J.: 55 e nt. 72

- Heckel, M.: 254 nt. 25
 Hedemann, J.W.: 222 e ntt. 60-61
 Hegel, G.W.F.: 5
 Heidegger, M.: 16 e nt. 9; 17 e nt. 10; 18
 Heinecke, J.G.: 170-171; 172 nt. 50; 176
 e nt. 68
 Heirbaut, D.: 179 nt. 1; 180 nt. 2; 188 nt.
 59; 189 nt. 65; 190 nt. 67
 Hendrick, A.: 185 nt. 40
 Herbe, D.: 223 nt. 67
 *Herennius Modestinus: *vedi* Modesti-
 nus
 Hermitte, M.-A.: 88 nt. 85
 Herodotus: XIX
 Herzog, I.: 269 nt. 7; 283 e nt. 54; 284 e
 ntt. 56 e 59; 285 nt. 65; 290 nt. 84
 Hespanha, A.M.: 193 nt. 7
 Hilaire, J.: 250 nt. 5; 252 nt. 12
 Hitler, A.: 232 e nt. 23
 Hobart, H.: 197 nt. 21
 Hobbes, T.: 3; 29; 63 e nt. 14; 64 nt. 14;
 95
 Hoffman, S.: 285 nt. 62
 Hoffmann, C.G.: 171 e nt. 50
 Hofnung, M.: 271 nt. 10
 Hofstraeten, B. van: 182 nt. 17
 Honorius: *vedi* Flavius Honorius
 Höpfl, H.: 50 nt. 49
 Hotman, F.: 41 e nt. 4; 42; 49; 54 nt. 67;
 98-100; 164; 169
 Houliston, V.: 50 nt. 48
 Hugo, G.: 177; 210 ss. e nt. 2; 211 e ntt.
 8-9; 212 e nt. 10; 213 e ntt. 14 e 17;
 214 e ntt. 18-19; 215; 216 e nt. 34; 218
 Hulot, H.: 175 e nt. 65
 Humbert, M.: 80 nt. 66
 Humboldt, W. von: 16
 Hunt, A.S.: 136 nt. 3
 Huvelin, P.: 254 e nt. 23; 256 nt. 32
 Hyamson, M.: 284 e nt. 60; 286 nt. 67;
 289 nt. 80
 *Iavolenus Priscus, L.: 33; 107; 109 e nt.
 7; 111 nt. 12
 Ibbetson, D.: 195 nt. 13; 205 nt. 56
 Iliffe, R.: 101 nt. 50
 Ingravalle, F.: 36 nt. 28
 Irti, N.: 13 nt. 1; 19 nt. 14
 Isaac, M.-Th.: 31 nt. 7
 Isnardi Parente, M.: 30 nt. 3; 33 nt. 14;
 38 ntt. 37-38; 43 nt. 11
 *Iulianus, L. Salvius: 33; 109 nt. 7; 114-
 115 nt. 18; 130 nt. 68; 138 nt. 10; 149
 ntt. 44-45; 150 e nt. 46; 151e nt. 47;
 152 e nt. 50; 154 nt. 57; 155 e ntt. 60-
 61; 156 ntt. 64 e 66; 157; 158 e nt. 70;
 159
 *Iulius Paulus: *vedi* Paulus
 Iustinianus, Flavius Petrus Sabbatius (im-
 peratore romano): XVI; 5-6; 32; 36; 72
 nt. 36; 75; 93; 117 nt. 21; 126 nt. 53;
 135 ss.; 136; 139 nt. 13; 146-147; 149;
 168-170; 174; 176; 188; 191; 192 e nt.
 2; 195; 196 e nt. 19; 199; 200 e nt. 30;
 212; 227; 241; 259 nt. 40; 268; 276; 286
 *Iuventius Celsus, P.: *vedi* Celsus
 Jackson, B.: 268; 278 nt. 36
 Jacoby, S.: 181 nt. 10
 Jakobs, H.H.: 234 nt. 30; 243 nt. 47
 Jerphagnon, L.: 35 nt. 26
 Jhering, R. von: 220 nt. 52; 234; 235 e nt.
 31; 236 nt. 32; 237 e ntt. 33-34 e 36;
 238 e nt. 37; 242; 243 nt. 45; 245 nt.
 52; 277
 Julien, J.-J.: 174
 Junovitch, J.: 267 e nt. 1; 268; 281 nt. 48;
 284 e nt. 58; 285; 286 nt. 67
 Kannowski, B.: 38 nt. 39
 Kant, I.: 2; 64 nt. 16; 66
 Kantorowicz, E.H.: 41 nt. 1; 88 e nt. 88;
 219 e nt. 44; 275 nt. 28
 Kaser, M.: 84 nt. 74
 Kassimatis, G.: 211 nt. 7
 Kaye, A.: 284 nt. 59
 Kedar, N.: 269-270 nt. 7
 Kelley, D.: 191 nt. 1
 Kelsen, H.: 2
 Kennedy, D.: 292 nt. 89
 Kerényi, K.: 86 e nt. 82
 Keynes, J.M.: 2

- Kipp, T.: 219 e nt. 43
 Kiß, G.: 219 e nt. 46; 220
 Knolles, R.: 32 nt. 9
 Kreller, H.: 70 nt. 32
 Krochmal, N.: 268
 Krüger, P.: 138 ntt. 10-11; 152 ntt. 49 e 52
 Krynen, J.: 33 nt. 13; 42 nt. 5; 43 nt. 12;
 45 nt. 24; 166 nt. 13; 169 nt. 32; 252
 nt. 12

 La Torre, M.: 61 nt. 6; 62 nt. 10; 67 nt.
 25; 71 nt. 33
 Laband, P.: 243 e nt. 45
 *Labeo, M. Antistius: 33; 34 e nt. 19; 107
 e nt. 3; 108-109; 110 e ntt. 10-11; 111 e
 nt. 12; 112 e nt. 13; 113 e nt. 16; 114 e
 ntt. 17-18; 121; 133; 153 nt. 54; 154 e
 nt. 56
 Lacché, L.: 182 nt. 15
 Lamarra, A.: 63 nt. 14
 Lambertini, R.: 141 ntt. 18-19; 142 nt.
 23; 143 ntt. 24 e 26
 Lanata, G.: 148 nt. 42
 Lange, H.: 222 e ntt. 62-63; 230 nt. 18
 Lanham, C.: 193 nt. 5
 Lantella, L.: 71 nt. 33; 74 nt. 43
 Lapin, H.: 268 nt. 4
 Laqueur, W.: 272 nt. 14
 Lattes, A.: 256; 264
 Launay, F. de: 174
 Laurent, F.: 187 nt. 51
 Lauria, M.: 226 nt. 6; 230 e nt. 20; 231 e
 nt. 21; 244 e nt. 49
 Le Tellier, M.: 166
 Lee, D.: 48 nt. 36; 49 ntt. 41 e 44; 50 ntt.
 45 e 47; 52 nt. 55; 55 nt. 73
 Leibniz, G.W. von: 2; 60 nt. 3; 61 e nt. 4;
 63 e nt. 13; 64 ntt. 14-16; 65-66; 67 e
 nt. 26; 79
 Lenel, O.: 73 nt. 39
 Lenger, M.-Th.: 31 nt. 7
 Leo I (imperatore romano): 139 nt. 13;
 149 nt. 45
 Léonard, S.: 181 nt. 8; 188 nt. 61
 Lepsius, O.: 221 nt. 58
 Lepsius, S.: 38 nt. 39; 262 nt. 56

 Lessio Leonardo: *vedi* Leys
 Leunclavius Johannes: *vedi* Löwenklau
 Leuwers, H.: 179 nt. 1
 Leys, L.: 127 nt. 56
 Likhovski, A.: 269 ntt. 6-7; 270 nt. 9; 275
 nt. 31; 288 nt. 76
 Linnemann, G.: 219 nt. 41
 Lisciani Pietrini, E.: 81 nt. 67
 Lita'ee, A.: 267 nt. 1
 Littleton, T. de: 197 nt. 21; 200-201; 204
 Lobban, M.: 194 nt. 11; 198 e nt. 26
 Lobrano, G.: 43 nt. 14
 Locke, J.: 3; 95
 Locrè, J.-G.: 91 nt. 9; 92 ntt. 10-11; 95
 ntt. 26-27; 96 nt. 31
 Lofft, C.: 195 e nt. 12
 Lohsse, S.: 80 nt. 66
 Lokin, J.H.A.: 147 nt. 38
 Lomonaco, F.: 54 nt. 69
 *Longinus, C. Cassius: *vedi* Cassius
 Longo, C.: 143 nt. 27; 145 nt. 32
 Löwenklau, J.: 166-167
 Lucretia: 168
 Lucretius Carus, T.: 74 e nt. 44; 75 nt. 44
 Luig, K.: 175 nt. 66
 Luigi XVI (re di Francia): 165; 173
 Luz, E.: 272 nt. 14

 Mac Aodha, M.: 194 nt. 8
 *Macer, Aemilius: 156 nt. 63
 Machiavelli, N.: 54 nt. 68
 Macnair, M.: 195 nt. 13; 198 nt. 26; 207
 nt. 61
 *Maecianus, L. Volusius: 149 nt. 44
 Maiorca, C.: 64 nt. 16
 Maitland, F.W.: 48 nt. 38; 192 nt. 2; 200
 Malandrino, C.: 36 nt. 28
 Maleville, J. de: 92 e nt. 15; 97
 Mancini, P.S.: 250; 255
 Manfredini, D.A.: 81 nt. 66
 Mann, F.A.: 230 nt. 19
 Manni, A.: 148 nt. 41
 Mantello, A.: 72-73 nt. 37; 85 nt. 78; 242
 nt. 44
 Mantovani, D.: 72 nt. 37; 239 nt. 38; 259
 nt. 40

- *Marcellus, Ulpius: 33; 34 e nt. 19; 150 e nt. 46; 151 nt. 47; 155 e nnt. 59 e 61; 156 nt. 66
- Marchetti, P.: 260 nt. 46
- *Marcianus, Aelius: 33; 147 nt. 38; 149 nt. 45; 150 e nt. 46; 151; 152 nnt. 49-50; 155 nnt. 60-62; 157 e nt. 67
- Marcianus, Flavius (imperatore romano): 139 nt. 13
- Maréchal, J.: 182 nt. 14
- Markon, Z.: 279 e nt. 42
- Marotta, V.: 47 nt. 28; 68 nt. 27
- Marrone, M.: 251 nt. 9
- Martin, D.B.: 268 nt. 4
- Martyn, G.: 31 nt. 7
- Marx, K.: 2
- Maschi, C.A.: 72 nt. 37
- Masi Doria, C.: 148 nt. 41
- Matteucci, N.: 117 nt. 23
- Mattone, A.: 256 nt. 31
- *Mauricianus, Iunius: 110 nt. 10; 114 nt. 18
- Maximianus, Marcus Aurelius Valerius (imperatore romano): 149 nt. 44
- Mazzacane, A.: 217 nt. 36
- Mazzarella, F.: 255 nt. 28
- McLeod, G.: 192 nt. 2
- McSweeney, T.: 204 e nt. 53
- Megías Quirós, J.J.: 62 nt. 10
- Meister, J.B.: 41 nt. 1
- Mejer, O.: 211 nt. 9
- Melillo, G.: 64 nt. 16; 68 nt. 27
- Mendelsohn, E.: 285 nt. 62
- Merola, G.D.: 148 nt. 41
- Messana, M.A.: 141 nt. 19
- Miglietta, M.: 136 nt. 4; 229 nt. 30; 242 nt. 44; 259 nt. 40
- Miglio, G.: 68 nt. 27
- Milazzo, F.: 110 nt. 10
- Miletti, M.N.: 256 nt. 31
- Miromesnil, A.-T.H. de: 172
- Modéer, K.: 189 nt. 65
- *Modestinus, Herennius: 33; 100; 149 nt. 44; 151; 152 nt. 49; 156 nnt. 63 e 66; 157 e nt. 57
- Mohnhaupt, H.: 181 nt. 10; 210 nt. 7; 216 nt. 32
- Molina, L. de: 61; 62 nt. 10; 127 nt. 56
- Momigliano, A.: 244 e nt. 48; 245 e nt. 50
- Mommsen, T.: 245 nt. 52; 258 e nt. 37; 259 nt. 40; 280
- Monier, R.: 71 nt. 33
- Montesquieu, C.-L. de Secondat (barone di): 29; 164; 168
- Monti, A.: 250 nt. 1; 259 nt. 42; 260 nt. 45
- Moscatti, L.: 252 nt. 12
- Moschetti, C.M.: 252 nt. 13
- Mosé: 23; 172; 293
- *Mucius Scaevola, Q. (cos. 95): 5; 7; 75; 105; 106 e nt. 2; 107; 109; 130 e nt. 66; 153 e nt. 54; 212; 213 nt. 13
- Muller, W.P.: 206 nt. 59
- Musson, A.: 31 nt. 7
- Napoleone Bonaparte: 89 ss.; 91-93; 95-97; 99; 102-103; 179
- Napoli, P.: 88 nt. 85
- Navarra, M.: 72 nt. 37
- Navaud, G.: 82 nt. 71
- Naves, R.: 30 nt. 2
- Negri, A. (T.): 81-82 e nt. 68
- Negri, G.: 80 nt. 66
- Nehora'i, S.: 274 nt. 24
- Nelidoff, P.: 252 nt. 12
- Nelson, H.L.W.: 75 nt. 47
- Newton, I.: 101
- Nicolini, F.: 9 nt. 12; 56 nt. 77
- Nicosia, G.: 75 nt. 47
- Nietzsche, F.W.: 2; 86 e nt. 82
- Nilsen, P.: 189 nt. 65
- Nirenberg, D.: 286 nt. 70
- Noda, Y.: 117 nt. 22
- Nörr, D.: 72 nt. 37
- Nörr, K.W.: 71 nt. 33; 221 nt. 57
- Noy, W.: 195
- Numerianus, Marcus Aurelius (imperatore romano): 149 nt. 44
- Ockham, Guglielmo di: 62-63 nt. 12; 70
- Octavianus, Caius Iulius Caesar Augu-

- stus (imperatore romano): 38; 44; 52;
 55; 167; 170
 Ogorek, R.: 183 nt. 22
 Orestano, R.: 64 nt. 16; 65 ntt. 18-20; 68
 nt. 27; 75 nt. 47; 79 nt. 61; 84 nt. 74;
 85 nt. 78
 Orren, I.: 281 ntt. 47-48; 283 nt. 54
 Ortolan, M.: 93 e nt. 17
 Otton, E.: 171

 Padoa-Schioppa, A.: 250 ntt. 3 e 5; 254
 nt. 25; 256 nt. 31
 Palaia, R.: 63 nt. 14
 Palma, M.: 81 nt. 68
 Pani, M.: 41 nt. 1
 *Papinianus, Aemilius: 33; 51 nt. 52; 75
 nt. 46; 110 e nt. 11; 112 nt. 14; 114 nt.
 18; 131 e nt. 71; 132 nt. 72; 136 e nt. 4;
 137 e nt. 5; 140 ntt. 16-17; 141 nt. 17;
 147 nt. 38; 149 e nt. 44; 150 e nt. 46;
 151 e nt. 47; 152 e ntt. 49-50; 155 e ntt.
 61-62; 156 e ntt. 64 e 66; 157-158; 215
 nt. 31
 Pardessus, J.-M.: 252
 Paricio, J.: 141 ntt. 18-19; 143 nt. 24
 Parisoli, L.: 62 nt. 12
 Parmenides: 8
 Parsons, R.: 50
 Pascal, B.: 120
 Pasolini, P.P.: 83 nt. 72
 Patočka, J.: 81 nt. 68
 *Paulus, Iulius: 33; 43 nt. 13; 72 e nt. 37;
 73 nt. 40; 75; 78; 102; 107 nt. 3; 111;
 114 nt. 18; 115 e ntt. 18-19; 122; 129 e
 nt. 62; 130 nt. 68; 136 e nt. 4; 137 e ntt.
 6-8; 147 nt. 38; 149 e ntt. 44-45; 150 e
 nt. 46; 151 e nt. 47; 152 e nt. 49; 153
 nt. 54; 155 nt. 61; 156 e ntt. 63 e 65;
 158 e nt. 69
 *Pediū, Sex.: 108 e nt. 6; 121; 133
 Pennington, K.: 206 ntt. 59 e 61
 Peppe, L.: 90 nt. 2; 94
 Peretti, M.: 164 nt. 7
 Pertile, A.: 264
 Petit, C.: 249 nt. 1
 Petronio, U.: 95 nt. 28

 Petrucci, A.: 251 nt. 11
 Pflüger, H.H.: 61 nt. 6; 71 nt. 33
 Piano Mortari, V.: 36 nt. 27
 Piccinelli, F.: 96-97; 97 ntt. 33-34 e 36-
 37; 98 nt. 40
 Piergiovanni, V.: 250 e nt. 6; 251 nt. 7;
 261 nt. 50
 Pihlajamäki, H.: 31 nt. 7
 Pio, B.: 53 nt. 64
 Pisanelli, G.: 255
 Pizzorno, A.: 82 nt. 71
 Plato: 89
 Plisnier, R.: 31 nt. 7
 Plowden, E.: 197 nt. 21
 Plucknett, T.F.T.: 203 nt. 51
 Pöggeler, W.: 254 nt. 25
 Pokrovsky, I.A.: 267 e nt. 1; 276 nt. 33;
 284 nt. 58; 286 nt. 67
 Polanyi, K.P.: 3
 Pompeius Magnus, Cn.: 44
 *Pomponius, Sex.: 33; 46 nt. 27; 73 nt.
 38; 75 nt. 46; 88 nt. 85; 105 e nt. 1; 106
 nt. 2; 155 e nt. 59; 166
 Ponzi, M.: 81 nt. 68
 *Porcius Cato, M.: *vedi* Cato, M. Porcius
 Portalis, J.-É.-M.: 91 e ntt. 7-8; 95 e nt.
 26; 96 e nt. 31; 101; 163 e nt. 1
 Pothier, R.-J.: 99 e ntt. 41-42; 100; 101 e
 nt. 51; 102-103; 105 ss.; 117; 125 e ntt.
 50-51; 126 ntt. 52-54; 127 e nt. 56; 128
 e nt. 57; 129; 130 e nt. 64; 131 e nt. 71;
 132 e nt. 72; 133; 163 e nt. 4; 164; 165;
 169; 170 e nt. 33; 171; 173-175; 186
 Prest, W.: 196 e ntt. 18-19
 Prévost, X.: 164 nt. 8
 Prichard, M.J.: 197 nt. 22
 Pringsheim, F.: 210; 218 ss.; 220 e ntt. 47
 e 51; 221 e nt. 55; 222 e nt. 59; 223;
 224
 *Proculus: 33; 149 nt. 44; 154
 Puchta, G.F.: 218 e nt. 39
 Pufendorf, S.: 2; 127 nt. 56; 130 nt. 64
 Pugliese, G.: 70 e ntt. 31-32; 71 nt. 33;
 108 nt. 6
 Pugsley, D.: 141 nt. 19; 144 nt. 28; 145
 nt. 33

- Pulton, F.: 201; 202 nt. 38
 Pütter, J.S.: 211
- Quadrato, R.: 84 nt. 75
 Quaglioni, D.: 30 nt. 3; 31 nt. 7; 33 ntt. 13-14; 36 ntt. 27-28; 37 nt. 32; 38 nt. 39; 39 nt. 40; 41 nt. 2; 43 nt. 11; 45 ntt. 21 e 23
 Querzoli, S.: 74 nt. 43
 Quintilianus, M. Fabius: 74 nt. 44
- Radzyner, A.: 268 nt. 4; 269 nt. 7; 270 e nt. 8; 272 nt. 16; 273 ntt. 19-20; 283 nt. 54; 284 nt. 56; 285 nt. 60; 287 ntt. 72-73; 288 ntt. 76-77; 289 ntt. 80-81
 Rampazzo, N.: 62 nt. 12; 70 nt. 31; 71 nt. 33
 Rampelberg, R.-M.: 35 nt. 26
 Randall, M.: 54 nt. 67
 Randazzo, S.: 243 nt. 47
 Ranieri, F.: 254 nt. 25
 Rastell, W.: 202
 Reboul, J.-B.: 174
 Rebuffa, G.: 44 ntt. 18-19
 Reggi, R.: 139 nt. 12
 Rehberg, A.W.: 164 nt. 6
 Rella, F.: 59 nt. 1; 81 nt. 67
 Remy, J.: 117 nt. 22
 Reulos, M.: 31 e ntt. 5 e 8; 32 e nt. 11
 Ribalta i Hauro, J.: 183 nt. 25
 Ricardo, D.: 2
 Riccobono, S.: 108 nt. 6; 234 nt. 30
 Rickman, N.: 208 nt. 69
 Ricoeur, P.: 18 e nt. 13; 19
 Riles, A.: 292 nt. 89
 Robespierre, M. de: 96
 Robleda, O.: 71 nt. 33
 Rocco, A.: 259-260; 262 nt. 53; 264 e ntt. 66 e 68; 265 e ntt. 69-71
 Rodotà, S.: 64 nt. 16; 80; 90 nt. 4; 101 nt. 51
 Rogers, P.: 194 nt. 9
 Romani, M.A.: 260 nt. 46
 Rosenboim, S.: 280 e nt. 43
 Rotondi, G.: 141; 142 e ntt. 20 e 23; 239 e nt. 38
- Rouse, M.A.: 193 nt. 5
 Rouse, R.H.: 193 nt. 5
 Rousseaud de la Combe, G. du: 193 nt. 8
 Rousseaux, X.: 179 nt. 1
 Rozin, O.: 271 nt. 10
 Rückert, J.: 271 nt. 12
 Ruggero II (re di Sicilia): 45
 Runge, L.: 194 nt. 9
 Russo Ruggeri, C.: 138 nt. 10; 141 nt. 19; 142 nt. 22; 143 nt. 24; 144 ntt. 28-29; 146 nt. 33; 151 nt. 46
 Rütten, W.: 254 nt. 25
- Sabbioneti, M.: 257 nt. 33
 *Sabinus, Masurius: 75; 151; 152 nt. 49; 153 nt. 54; 154 e ntt. 56 e 58
 Sacchi, O.: 80 nt. 63
 Safra, B.: 290 e nt. 84
 Sagaert, V.: 181 nt. 8
 Saint-Alary-Houin, C.: 252 nt. 12
 Salaymeh, L.: 269 nt. 5
 Saleilles, R.: 257; 262 e nt. 54
 Salvi, C.: 91 nt. 6; 96 nt. 30; 98 nt. 39; 250 nt. 2
 Santoro, E.: 63 nt. 12; 78 nt. 53
 Santos, A.: 292 nt. 89
 Santucci, G.: 136 nt. 4; 229 nt. 16; 239 nt. 38; 242 nt. 44; 259 nt. 40
 Sargenti, M.: 74 nt. 43
 Sarzotti, C.: 117 nt. 23; 119 nt. 29
 Savigny, F.C. von: 2; 5 nt. 3; 7-8; 66; 88 nt. 86; 164 e nt. 7; 177; 210; 215 ss. e nt. 29; 216 e ntt. 32-33 e 35; 217; 218 e nt. 38; 234; 238 e nt. 37; 242 nt. 43; 271 e nt. 11; 277; 280
 *Scaevola Cervidius, Q.: *vedi* Cervidius
 Scapini, N.: 74 nt. 43
 Scarano Ussani, V.: 83 nt. 71
 Scarcella, A.S.: 139 nt. 13
 Schalk, F.: 30 nt. 2
 Scheltema, H.J.: 146 nt. 35
 Scherner, K.O.: 254 nt. 25
 Schiavone, A.: XIII; 7 nt. 7; 8 nt. 10; 9 nt. 13; 33 nt. 15; 34 e nt. 21; 35 e nt. 24; 37 e nt. 33; 68 nt. 27; 69 nt. 30; 70 nt. 30; 72 nt. 37; 75 e nt. 47; 76 nt. 48;

- 78 ntt. 54 e 55; 87; 88 nt. 85; 90 e nt. 3; 105; 106 nt. 2; 110 nt. 10; 115 nt. 18; 227 nt. 10; 239 nt. 38; 250 nt. 2; 253 nt. 15; 259 nt. 41; 263 nt. 64
- Schindler, K.-H.: 144 nt. 30
- Schipani, S.: 91 nt. 5; 94 nt. 24; 259 nt. 40
- Schleiermacher, F.: 15
- Schlosser, J.G.: 212 e nt. 12
- Schmitt, C.: 2; 5 e nt. 3; 66; 222 e nt. 64; 233 nt. 27
- Schrage, E.J.H.: 62 nt. 12; 195 nt. 13
- Schröder, R.: 219 nt. 41
- Schubert, W.: 164 nt. 6
- Schulz, F.: 7; 225 ss.; 225 ntt. 1-2; 226 e nt. 7; 227 e nt. 8; 228; 229; 230 e ntt. 18 e 19; 231; 232 e nt. 25; 233 e ntt. 27 e 28; 234 e nt. 30; 235; 237 e nt. 35; 238 e nt. 37; 239 e nt. 38; 240-241; 242 e nt. 43; 243 e ntt. 45 e 47; 245 e nt. 51; 247; 258 nt. 38; 286 e nt. 68
- Schulze, R.: 38 nt. 39; 181 e nt. 10
- Scialoja, A.: 254 nt. 24
- Scialoja, V.: 77 nt. 51; 259
- Sciandrello, E.: 158 nt. 70
- Sciumé, A.: 257 nt. 35
- Scozzafava, O.: 99 e nt. 43; 100 e nt. 44; 101 e nt. 48
- Seipp, D.: 192 nt. 3; 204 e ntt. 53-54
- Selden, J.: 52 e ntt. 58-59; 53 e ntt. 60-61, 62 e 65-66; 54
- Seneca, L. Annaeus: 8 e nt. 11; 74 nt. 44
- Septimius Severus, L. (imperatore romano): 152 nt. 52; 156 ntt. 65-66; 157 nt. 67
- Serafini, F.: 253
- Seriu, N.: 31 nt. 7
- *Servius Sulpicius Rufus: 153 e nt. 54
- Sex. Pompeius Festus: *vedi* Festus
- Seyde-Mahdavi Ruiz, S.: 183 nt. 23
- Shalakany, A.: 292 nt. 89
- Shamir, R.: 273 ntt. 17 e 18; 274 nt. 27
- Shavit, Y.: 286 nt. 71
- Shimoni, G.: 272 nt. 14
- Shirer, W.L.: 229 nt. 17
- Sieyès, E.-J.: 48
- Simon, D.: 181 nt. 10; 223 nt. 68; 230 nt. 18
- Simon, T.: 210 nt. 6; 249 nt. 1
- Simon, V.: 253 nt. 16
- Sirey, G.-B.: 92 nt. 13; 102 nt. 53
- Sirks, A.J.B.: 135 nt. 1
- Skinner, Q.: 49 e nt. 40
- Solari, G.: 68 nt. 27
- Solon: 167
- Somma, A.: 57 nt. 79; 64 nt. 14
- Spaemann, R.: 83 nt. 73
- Spagnuolo Vigorita, T.: 246 nt. 55
- Speciale, G.: 259 nt. 43
- Spina, A.: 139 nt. 14
- Spinoza, B.: 66
- Sraffa, A.: 251 nt. 8; 259; 260 e ntt. 47-48; 261 ntt. 49-50 e 52; 262 e ntt. 53, 57 e 59; 263 e ntt. 61-63; 264
- Stagl, J.F.: 80 nt. 66
- Stajano, C.: 257 nt. 36
- Stalin, Y.: 276 nt. 32
- Stanislawski, M.: 284 nt. 59
- Statham, N.: 193
- Stauford, W.: 201; 202 nt. 38
- Stein, P.: 52 nt. 57; 194
- Stern, S.: 194 nt. 9
- Stevens, F.: 185 nt. 40; 189 nt. 64
- Stichweh, R.: 213 nt. 16
- Stijns, S.: 181 ntt. 8-9
- Stolfi, E.: 7 nt. 7; 9 nt. 13; 59 nt. 1; 60 nt. 2; 61 nt. 6; 64 nt. 16; 67 nt. 25; 70 nt. 30; 73 ntt. 37-38 e 42; 74 nt. 43; 75 nt. 47; 77 ntt. 50 e 52; 78 nt. 54; 79 ntt. 59 e 60; 80 nt. 63; 81 nt. 67; 82 nt. 69; 83 nt. 71; 84 nt. 75; 85 ntt. 76 e 79; 86 nt. 80; 87 nt. 83; 88 nt. 89; 106 nt. 2; 136 nt. 4; 242 nt. 44
- Stolleis, M.: 211 nt. 7; 230 nt. 18; 233 nt. 28; 246 nt. 54; 249 nt. 1
- Stolte, B.H.: 147 nt. 38
- Strassman, G.: 273 nt. 17; 274 nt. 27
- Strawson, J.: 269 nt. 5
- Stubbs, W.: 206 nt. 59
- Stuyck, J.: 181 nt. 9
- Suárez, F.: 50 e nt. 50; 51 e ntt. 51-53; 61; 64 nt. 14
- Sumner Maine, H.: 87 e nt. 84
- Sutherland, D.W.: 203 nt. 51; 206 ntt. 58 e 60

- Svetonius Tranquillus, C.: 227
 Syme, R.: 6 e nt. 6
- Tafari, M.: 59 nt. 1; 81 nt. 67
 Talamanca, M.: 110 nt. 10; 136 nt. 3; 259 nt. 41
 Tarello, G.: 5 nt. 4; 64 ntt. 14 e 16; 65 nt. 18; 67 nt. 26; 118 nt. 28
 Tarquinius, L. (Superbus): 168
 Tate, J.: 204 e nt. 53
 Tchernowitz, C.: 277; 289 nt. 42; 290 nt. 82; 292; 293 e nt. 90
 Tellegen, J.W.: 70 nt. 32; 71 nt. 33
 Teplicki, Y.: 290 nt. 83
 Terrasson, A.: 165; 170 e nt. 42; 171 e nt. 47; 172; 173 e ntt. 58-59; 174
 *Tertullianus, Q. Septimius Florens: 150 e nt. 46; 157 e nt. 67
 Teti, R.: 255 nt. 29
 Teysot, G.: 59 nt. 1; 81 nt. 67
 Thaller, E.: 253 e nt. 22
 Theloall, S.: 202 e nt. 46
 Theodosius II (imperatore romano): 149 nt. 45
 Thibaut, A.F.J.: 164 e nt. 6; 177
 Thöl, J.H.: 264
 Thomann, M.: 65 nt. 19; 71 nt. 33
 Thomas, C.: 171
 Thomas, H.M.: 52 nt. 54
 Thomas, Y.: 75 nt. 45; 80 nt. 66; 84 nt. 74; 88 nt. 85
 Thucydides: XIX
 Tidhar, D.: 280 nt. 43
 Tierney, B.: 62 ntt. 10-11; 63 nt. 12; 71 nt. 33
 Todescan, F.: 61 nt. 9
 Tomasio Cristiano: *vedi* Thomas, C.
 Tomlins, T.E.: 201 nt. 36
 Toomer, G.J.: 52 nt. 56
 Tosefa'i (pseudonimo di Yosef Ba'abad): *vedi* Ba'abad
 Touillier, C.B.M.: 100 e nt. 45
 *Trebatius Testa, C.: 154 e nt. 56
 *Tribonianus: 56 nt. 77; 142 nt. 21; 144 e nt. 29; 145-146; 150; 157; 159; 169
 Trubek, D.M.: 292 nt. 89
- Tuck, R.: 62 ntt. 10-11; 63 nt. 12; 78 nt. 57
 Tuori, K.: 218 nt. 40
 Turelli, G.: 76 nt. 47
 Turner, R.V.: 203 nt. 51
- *Ulpianus, Domitius: 33 e nt. 15; 34 e nt. 20; 35 e nt. 26; 37; 38 nt. 37; 41; 46; 50; 56; 94; 97-98; 100; 108 e nt. 6; 110 e nt. 10; 112 e nt. 13; 113 e ntt. 15-16; 114 e ntt. 17-18; 115 e nt. 18; 121; 123 nt. 42; 128 e nt. 58; 147 nt. 38; 149 nt. 44; 150 e nt. 46; 151 e nt. 47; 152 e ntt. 49 e 52; 153 e nt. 53; 155 e nt. 61; 156 e ntt. 63 e 66; 157 nt. 67; 158 e nt. 69; 201
 *Ulpianus Marcellus: *vedi* Marcellus
 Ungari, P.: 259 nt. 43; 264 nt. 65; 265 nt. 70
 Ursino, F.: 167
- Vacca, L.: 158 nt. 70
 Valentinianus, Flavius (imperatore romano): 149 nt. 45
 Valentino Forster: *vedi* Forster
 Valla, L.: 7; 35
 Vallardi, F.: 262
 Vano, C.: 213 nt. 17
 Varvaro, M.: 141 ntt. 18-19; 142 nt. 23; 144 nt. 26; 151 nt. 46
 Vasoli, C.: 31 nt. 6; 60 nt. 3
 Vassalli, F.: 21; 254 nt. 26
 Vattimo, G.: 17 e nt. 11
 Veall, D.: 197 nt. 22
 Vencappa, D.: 208 nt. 69
 *Venuleius Saturninus, Q. Claudius: 148 nt. 41
 Verbruggen, C.: 182 nt. 14
 Vergauwe, J.-P.: 181 nt. 8; 188 nt. 61
 Vergne, A.: 164 nt. 9; 171 nt. 46
 Vernant, J.-P.: 86 nt. 81
 Verney, L.A.: 176 e nt. 69
 Verstegen, R.: 189 nt. 64
 Vespasianus, Titus Flavius (imperatore romano): 38; 44; 47 nt. 29; 52
 Vico, G.: 9; 56 nt. 77; 171; 177 nt. 71

- Vigel, N.: 61 e nt. 7
 Vigelio Nicola: *vedi* Vigel
 Villey, M.: 61 nt. 6; 62 e ntt. 10-12; 63 nt. 12; 64; 70 e ntt. 31-33; 71 e nt. 33; 73 nt. 40
 Vincent, N.: 206 nt. 59
 Vincenti, U.: 64 nt. 16; 86 nt. 80
 Vinci, S.: 229 nt. 16; 230 nt. 17
 Vinnen, A.: 166; 169-170
 Virginia: 172
 Vivante, C.: 251 nt. 8; 253 e nt. 20; 257 e nt. 35; 262 nt. 53; 263; 265
 Volpi, F.: 16 nt. 9
 Voltaire: 29; 30 nt. 2; 95; 100; 176; 177 nt. 71
 Volterra, E.: 97 nt. 35; 149 nt. 45
 Vuye, H.: 181 ntt. 8-9

 Wang, Z.: 294 nt. 92
 Watkin, T.G.: 204 nt. 53
 Webber, G.J.: 290 nt. 84
 Weber, M.: XIV; 2; 220 e ntt. 51 e 53; 262 e ntt. 55-56
 Wegerich, C.: 222 nt. 60
 Weibel, P.: 81 nt. 68
 Weil, S.: 80 nt. 66
 Wendt, R.: 210 nt. 5
 Wesener, G.: 139 nt. 12
 Weyhe, L.: 253 nt. 17
 Whitehead, A. North: 89
 Whitman, J.: 271 nt. 11
 Wieacker, F.: 74 nt. 43; 223 e ntt. 66 e 68-69; 224 e ntt. 71-72 e 77
 Wijffels, A.: 31 nt. 7

 Wilhelm, W.: 183 nt. 22; 216 nt. 32
 Williams, I.: 194; 207 nt. 63
 Winkler, V.: 221 nt. 54; 223 nt. 65
 Wissenbach, J.J.: 170
 Witte, B.: 81 nt. 68
 Wolfe, C.-T.: 82 nt. 68
 Wolff, C.: 65 e nt. 19; 67
 Wolff, M.: 225 nt. 2; 286 nt. 68
 Wood, L.: 269 nt. 5; 294 nt. 92
 Wood, T.: 198 e nt. 25; 199
 Woodbine, G.E.: 204 nt. 52
 Worden, B.: 197 nt. 22
 Worsley, G.: 208 nt. 67
 Wynne, E.: 207

 Yale, D.E.C.: 197 nt. 22; 204 nt. 55; 207 nt. 63
 Yavetz, Z.: 286; 287 nt. 72
 Yehoshafat, Y.: 290 nt. 84
 Yelle, R.A.: 278 nt. 37
 Yogev, G.: 273 nt. 17

 Zander, M.: 208 nt. 69
 Zannini, P.L.: 74 nt. 43
 Zarka, Y.-C.: 62 nt. 10; 64 ntt. 14 e 16; 65 nt. 20; 68 nt. 27
 Zatti, P.: 83 nt. 71
 Zdekauer, L.: 264
 Zerubavel, Y.: 271 nt. 10
 Zimmermann, R.: 225 nt. 1; 286 nt. 68
 Zolo, D.: 68 nt. 27
 Zouch, R.: 55 e nt. 71
 Zuri, J.S.: 279 nt. 41; 284; 285 e ntt. 60 e 64; 289 nt. 81

Finito di stampare nel mese di aprile 2019
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1
38015 Lavis (TN)

