

DISCUSSIONI

L'anima apologetica della comparazione la 'geopolitica' del diritto Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale

Cristina Costantini

SOMMARIO: 1. Il discorso sul metodo. Dal disassemblaggio del package alla fondazione della 'new consciousness'. – 2. Quale Diritto Romano? – 3. Conclusioni: la progettualità della comparazione.

Tout concilier sans concession. Questo, secondo l'opinione di chi scrive, l'intento finora prevalso nel processo di ricostruzione della Tradizione Giuridica Occidentale: comporre le epifanie odierne – al di là delle apparenti contraddizioni – in un ordine di coesione e consustanzialità in quanto derivate, per un processo di evoluzione necessaria e spontanea, da una comune matrice originaria.

Il saggio di P.G. Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*¹, apparso negli ultimi anni, giunge a sconfessare il carattere ideologico e politico-culturale delle narrative correnti, elaborando una *critical theory*, che mostra come lo stesso 'corpo di fatti' possa dare origine a resoconti profondamente diversi ed alternativi.

L'Autore di *Black Gaius* torna alle radici della *Western Legal Tradition*: considera il diritto romano nel contesto della sua 'esistenza storica' e nell'interazione con i coevi sistemi giuridici; dimostra come il diritto arcaico dell'*Urbs* sia, per caratteri e forme di vincolatività, altro dal diritto che proprio le versioni tradizionali riconoscono progenitore dell'attuale 'diritto occidentale'; spiega il superamento delle strutture giuridiche originarie, espresse nello spazio della *civitas*, con le pervasive influenze orientali; riconduce la genesi della 'scienza giuridica' nel contesto di de-romanizzazione del tardo Impero.

A partire da queste premesse, le radici 'occidentali' del diritto divengono oggetto di problema; ciò consente di evidenziare la pre-giudizialità dell'attributo geografico impiegato per qualificare, in maniera contraddistintiva, la 'tradizione giuridica'. L'ulteriore riflessione revoca in dubbio anche la ontologica configurabilità di una tradizione e pone in luce come sia la legittimazione del presente ad imporre una confortante continuità in luogo delle effettive ragioni di rottura con il passato (storico, culturale, giuridico), producendo, alla fine un 'anacronismo

¹ P.G. Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, in *Hastings Law Journal*, 2000, 479.

borghese', che, proprio sul passato storico, proietta la propria ombra attuale².

A quattro anni dalla pubblicazione di *Black Gaius*, un contributo³ di Eva Canterella prende posizione in merito ed apre (finalmente) il dibattito.

Le considerazioni della romanista, che, in definitiva, prende le distanze dalle tesi del comparatista e civilista, pur sposandone in più parte le premesse, si riportano all'opinione 'convenzionale', difendendo la superiorità del Diritto Romano (ricollegato – al limite – alle precedenti esperienze giuridiche greche), ma non paiono di per sé risolutive.

Un'interpretazione *autenticamente critica* di *Black Gaius* consente di coglierne gli indubbi meriti scientifici, che si pongono ben oltre il piano dell'arbitraggio o dell'agone, rappresentati od allestiti per decidere a quale tra i diritti antichi spetti uno statuto di pretesa superiorità ed originarietà. D'altra parte, orientare la lettura verso la mera 'attribuzione del primato' (come vorrebbe la Cantarella, tacendo o ponendo ai margini del ragionamento le vere questioni in gioco) pare in collisione di rotta con il percorso prescelto dall'Autore per la propria ricerca che è – come espressamente dichiarato nel sottotitolo – una indagine sulle origini «*multiculturali*» della *Western Legal Tradition*.

1. Il monito di *Black Gaius* è chiaro. La realtà storica non si dà nella sua svelatezza, ma per il medio di *constructive narratives* pensate ed espresse per comporre fatti ed eventi in un ordine definito e funzionale. Gesta ed accidenti, pensieri e speculazioni, prodotti di azione ovvero di spirito, tutto viene coeso in precisi assetti plasmati dal *common glue* del racconto voluto, del *package* ideato con consapevolezza di dettaglio.

Il passato, dunque, viene consegnato nelle maglie di teorie in cerca di affermazione⁴.

Ogni storiografia⁵, ovvero rappresentazione significativa di fenomeni storici, politici, giuridici, sociologici trae origine e cresce radi-

² Anacronismo, quindi, non tanto quale *peccato metodologico*, quanto come *peccato politico*. Laddove la 'questione del metodo' si rivela piuttosto una più forte e pregnante questione di ontologia della storia, nel senso già fatto palese da K. Lowith, *Significato e fine della storia*, Milano, 1989.

³ E. Cantarella, *Diritto Romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius - Recenti ipotesi sulle origini e sulle caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 101.

⁴ Ciò al di là della questione metafisica relativa all'esistenza stessa del passato e della questione epistemologica della possibilità di conoscenza effettiva del passato (se esistito). L'esistenza del passato è presupposto necessario del discorso storico ed il fatto che attualmente si scriva 'storia' è prova sufficiente della possibilità odierna di conoscerlo.

⁵ Tanto la storiografia celebratrice ed entusiastica, quale essenzialmente voluta coincidenza con i destini di un popolo o di una cultura, quanto la storiografia polemica o la storiografia borghesemente imparziale, che assume come vanto il vietarsi qualsiasi episteme come capacità di stare di fronte all'essere nella radicalità del giudizio.

cata in una particolare «coscienza storica», così come determinata dall'autore e perciò stesso esposta all'obiezione dell'*engagement* o della partitività.

In definitiva, il gradiente storico dell'analisi si coglie nell'essere essa stessa espressione dello spirito dell'epoca in cui viene generata: non è la passatezza di fatti, persone, strutture, abitudini ad attribuire loro carattere di storicità, ma l'essere essi assunti come materia di narrazione specificamente storica.

Il discorso storico, in quanto discorso, si compone, poi, di asserzioni fattuali e di elementi retorici, se non poetici, intenzionalmente impiegati per dare alla congerie degli eventi 'abito di storia significativa'. Il racconto 'organizzato' come *setting* di contenuti e forma ha potere persuasivo: costruisce, dispone ed in crescendo impone una data realtà.

La comprensione di queste 'sapienti architetture' si compie oltre la (ed al di là della) loro conoscenza: occorre dis-assembleare i dati per coglierne portata e valore fuori dall'archivio in cui sono stati inseriti, fino a verificarne⁶ il fondamento, la co-originarietà di passato, presente e futuro nella comprensione storica dell'artefice. Avverso ogni manifestazione di imparzialità deliberata od oggettività inconsapevole, si attua, così, la verità destinale e storica.

Su queste premesse *Black Gaius* riscopre la pluralità delle teorie fondative della *Western Legal Consciousness* e rompe il silenzio mantenuto sul punto dai resoconti tradizionali, che gelosamente custodiscono l'enfasi insita nella rappresentata derivazione, senza soluzione di continuità, dell'odierna famiglia giuridica occidentale dal Diritto Romano. Il proposito non è quello di saggiare la giustezza o meno delle diverse teorie, speculando sulla competenza od eccentricità dei rispettivi esponenti: ciò che interessa è investigarne genesi ed elaborazione, effetti e reazioni causati od indotti tra i 'professionisti'⁷.

Ma vi è di più. Si dimostra come il modello tramandato sia in sostanza indebitato con il diritto comparato quale disciplina accademica in grado di proporre e sostenere un compiuto programma di *governance*.

Un atteggiamento di 'serendipità', lueggiato da una sorta di fede nell'ineluttabilità 'giusta e sapiente' del Fato, consente di risolvere la comparazione nella rappresentazione neutrale delle diversità o somiglianze culturali, nella ripetizione anodina di ciò che è stato trapianato da un sistema giuridico ad un altro, nell'acquiescente presa d'atto dell'avvenuta circolazione di un modello (quale che esso sia) e della relativa integrazione (pacifica, se non addirittura felice) in un contesto altro rispetto a quello di origine.

⁶ Non già in senso accertativo, bensì di attribuzione dello stato ontologico di $\alpha\text{-}\lambda\epsilon\theta\iota\nu\omicron\varsigma$.

⁷ Da Eduard Gans a Revillout e Lapogue; da Gilson a Goldschmidt. Per ogni riferimento si rinvia a P.G. Monateri, *op. cit.*, 492; 499 e ss.; 502 e ss.

Un'analisi matura e disincantata porta a concepire il diritto comparato come *'critical tool'* per fondare, o in polare contrapposizione, smascherare le intenzionali strategie culturali, non solo giuridiche, che danno foggia ai resoconti correnti. La «mappatura» del mondo in «famiglie» è procedimento di definizione delle rispettive identità: i confini tra endogeno ed esogeno non sono dati per essere osservati e descritti, ma, al contrario, sono posti per essere rispettati nella loro intrinseca significatività⁸. Le composizioni possibili sono plurime; le geometrie che ne reggono l'impianto si riconducono sostanzialmente a due principi antitetici. Si può voler favorire un proposito isolazionista, colorando di specificità determinati aspetti di un dato *framework* e radicalizzandone l'opposizione ai connotati pretesi distintivi di altri sistemi. Si può, per contro, seguire una 'politica' di unificazione od armonizzazione, dando espressione allo spirito comune condiviso da tradizioni pur alla parvenza disperate. È evidente come l'essere animati dall'uno piuttosto che dall'altro intento conduca ad elaborare scenari opposti e, soprattutto, fondi una diversa consapevolezza in merito al proprio essere storicamente determinati nel mondo.

Parimenti il processo di importazione-esportazione dei modelli si attua nelle – ed attraverso le – retoriche delle *elites* dominanti nei rispettivi sistemi. Da un lato, la necessità di risolvere casi per cui non sia ancora prevista apposita disciplina induce a verificare le esperienze maturate in altri contesti e giustifica, quanto meno in astratto, la recezione di quel modello di regolamentazione consegnato alla storia come 'prestigioso' e così presentato da chi fieramente ne assuma la paternità⁹. Dall'altro, l'esigenza di salvaguardare la coesione interna e la compiuta autonomia del sistema ricevente si traduce nell'eterizzazione degli elementi mutuati attraverso la sapiente ricostruzione che del fenomeno viene data dai giuristi indigeni.

Black Gaius dimostra come la moderna disciplina del diritto comparato abbia supportato l'antico studio del Diritto Romano nell'edificazione della Tradizione Giuridica Occidentale quale tipicamente «Occidentale», con 'eloquente' esclusione degli apporti e delle influenze provenienti da civiltà «Orientali». Donde la 'messa a nudo' della teoria Ariana, che ha asservito il dogma della perfezione delle eredità romane al progetto di fondazione di un nuovo diritto nazionale.

⁸ Siccome voluta e determinata dal soggetto che li pone.

⁹ Insegna Koschaker che la 'recezione di un sistema giuridico non è questione di qualità; in altre parole, non si recepisce un diritto straniero perché lo si considera migliore. La 'recepibilità' di un sistema giuridico straniero è piuttosto una *questione di forza* ed è la conseguenza di una posizione di preminenza, almeno spirituale e culturale del diritto recepito, posizione di preminenza che è d'altronde condizionata dal fatto che questo diritto sia quello di una forte potenza politica, sia che questa esista ancora in atto, sia che sussista almeno un vivo ricordo di essa e della sua civiltà. In questo senso, ogni recezione di un sistema giuridico straniero è un avvenimento della sua autorità o, quanto meno, il credere ad essa'. P. Koschaker, *L'Europa e il Diritto Romano*, Firenze, 1962, 238-239.

La critica è tanto incontestabile da meritare la condivisione della stessa Canterella, laddove, nel proprio saggio, afferma: 'che il diritto romano sia stato idealizzato per ragioni politiche è fuor di dubbio. Su questo punto Monateri ha ragione: l'idealizzazione ebbe inizio con lo storicismo tedesco, sulla fine del diciannovesimo secolo, quando il grande Savigny individuò il diritto di Roma come la risposta al problema, che allora si poneva, di elaborare un diritto nazionale tedesco' <sic, testuale>.

D'altra parte, il ricorso strumentale ad un uso ideologico del metodo comparativo da parte dei sostenitori di tale teoria si trova anche nelle parole di un insigne romanista quale il Bonfante: 'il metodo comparato che ha dato tanta parte nella speculazione giuridica moderna, critica, legislativa, storica è sorto pure su basi romane. Ma nelle sue applicazioni storiche non saprei giudicare se fino alla data presente esso abbia valso più ad illuminare che ad intorbidire la visione delle istituzioni romane. Due preconcetti hanno soprattutto generato illusioni fatali: la pretesa unità giuridica indo-europea e la più limitata unità greco-italica'¹⁰.

La memoria di Roma, dunque, più che rispecchiare l'oggettiva superiorità del diritto dell'Urbe e dei 'prodotti del genio romano', sconfessa il tipo di strategia di legittimazione che ha dominato l'Europa.

Nessuno scandalo, dunque, se il rapporto tra Diritto Romano e Diritti Orientali è stato investigato da chi è anche comparatista. Quello che l'analisi di *Black Gaius* ha inteso porre in primo piano, ossia la costruzione di un *package* legittimante per l'edificazione di una Teoria della Tradizione Giuridica Occidentale, corrisponde all'impiego storicamente ideologico ed idealizzante del Diritto Romano che chi si dedichi pur esclusivamente allo studio di questo diritto trova forza per espressamente ammettere.

2. La difesa del 'Diritto Romano' contro posizioni che si pretendono lesive del rivendicato primato ontologico pare, dunque, minata (sempre prima di scendere all'esame del merito della questione) dal carattere illusorio della premessa su cui è fondata.

L'apologia guarda, infatti, al Diritto Romano come se di un solo corpo e spirito si trattasse, una sorta di entità monolitica collocata in una dimensione metafisica di a-temporalità.

La critica torna a porre il problema del Diritto Romano come problema storico, 'considerato nei suoi condizionamenti, nelle sue connessioni e nelle sue conseguenze rispetto alle esperienze che verso di esso hanno dovuto in qualche modo prendere posizione'¹¹.

¹⁰ P. Bonfante, *Il metodo filologico negli studi di diritto romano*, in *Studi in onore di A. Calandra*, 128.

¹¹ Ed in questo richiama lo scritto di incomparabile lucidità di chi, pure, è stato illustre romanista. Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 509.

Si è autorevolmente insegnato che dell'espressione 'Diritto Romano' è possibile offrire almeno cinque nozioni distinte, non riconducibili ad unità¹².

Si può parlare del 'Diritto Romano' come '*diritto romano storico*', ossia come prodotto di un definito contesto storico-costituzionale, in quanto realtà storicamente determinata. Altro è investigare il 'Diritto Romano' come '*tradizione romanistica*', volgendosi allo studio delle esperienze giuridiche successive, che, pur muovendo da esso, se ne distinguono, acquisendo un proprio statuto di autonomia e specificità (nelle funzioni e nelle sorti) prevalente sulla comune matrice. Ancora, si è talvolta identificato il Diritto Romano con il '*diritto comune europeo*', o si è indebitamente gemellato il 'diritto romano storico' con la costruzione teorico-pratica elaborata dalla *Pandettistica tedesca*, con effetti deformanti nell'interpretazione delle fonti e nella autentica comprensione del *diritto di Roma*. Da ultimo, si è impiegata l'espressione 'diritto romano' per riferirsi alla '*romanistica*' come studio del diritto romano storico.

Significati, tutti, che gravitano intorno alla considerazione di centralità tributata alla Codificazione Giustiniana e vengono a porsi, rispetto ad essa, come antefatto storico o sviluppo successivo. Perciò è di palmare evidenza come le realtà denotate ed i problemi postulati dall'impiego di una nozione solo alla parvenza unitaria, quale quella di 'Diritto Romano', siano sostanzialmente diversi, riferendosi ciascuno a processi storici distinti, che pretendono d'essere separatamente considerati.

Sgombrato il campo da facili semplificazioni, occorre altrettanta onestà intellettuale nell'affrontare lo studio del *Diritto Romano storico*. Occorre, quindi, comprendere quale operazione sia alla base dell'individuazione dei connotati 'tipicamente propri' del «Diritto Romano» e da questo confluiti, per 'eredità naturale', nella Tradizione Giuridica Occidentale.

Gli stessi romanisti hanno individuato i tratti contraddistintivi dell'esperienza giuridica di Roma dalle origini a tutto il periodo repubblicano. La cognizione e la pronuncia del *ius* appaiono strettamente connesse alla (se non per qualche verso mutate dalla) cognizione magico-religiosa¹³. Da un lato, si definisce la 'dimensione del *sacer*' in un passaggio continuo tra esperienze culturali e pratiche magiche¹⁴. Dall'altro, si profila un 'patrimonio mentale' diverso, che conduce alla genesi di un sistema di regole volte a performare rigidamente i comportamenti sociali dei *patres*.

¹² La lezione giunge sempre da R. Orestano, *op. ult. cit.*

¹³ A. Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, 2.

¹⁴ Per una ricostruzione dei rapporti tra religione e magia nella Roma delle origini, J. Scheid, *La religione di Roma*, Roma, 1983, 71; G. Dumezil, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1974; J. Bayet, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, 1969.

Dunque il 'nomos' dell'Urbs, come 'dimensione regolata dello spazio pubblico', nasce e si radica in questo vincolo di stretta continenza tra pratiche magiche, religiose e giuridiche. La conoscenza e la disponibilità del *ius* sono riservate al collegio dei pontifices, che, con i Flaminii, le Vestali e gli auguri, rappresentano una delle cariche sacerdotali romane più importanti. La 'dichiarazione' del 'diritto' si attua per il mezzo del *responsum* (tipicamente oracolare nelle forme) dei pontifici alle interrogazioni dei *patres*, rivolte per sapere quale sia la condotta *gestuale* e *verbale* (ciò che è lo *ius*) da adottarsi per conseguire determinati risultati nelle relazioni tra i diversi gruppi familiari.

Il rapporto di penetrazione tra religione, diritto e politica, pur diversificandosi storicamente in ragione della prevalenza dell'una o dell'altra componente, permane come tratto distintivo e comporta una continua 'sovradeterminazione ritualistica' dei rapporti sociali e delle relazioni umano-naturali, onde garantire la stabilità individuale e collettiva¹⁵.

Il diritto di Roma, così 'generato' e 'prodotto', rimane in buona sostanza diritto di una sola città, anche se dominatrice del mondo: la potenza dell'Impero si regge proprio sul sapiente riconoscimento di ampie autonomie locali, che garantiscono alle diverse comunità la salvaguardia delle proprie tradizioni e dei propri ordinamenti giuridici¹⁶.

Il superamento di un *limes* così vividamente tracciato si compie in occasione della c.d. 'crisi del III sec. d.C.', che – secondo la tesi proposta da Black Gaius e da chi scrive condivisa – muta profondamente le caratteristiche istituzionali dell'Impero, con l'adozione, solo allora, di quelle strutture che saranno poi ereditate dalle successive tradizioni euro-continentali.

Si assiste, infatti, all'affermazione di un apparato burocratico-statale complesso ed accentrato, quale prodotto del nuovo Spirito generatosi, da un lato, per antitesi e contraddizione rispetto a quello primigenio, che aveva dato espressione al modello adrianeo di governo imperiale, fortemente decentrato e pluralista; dall'altro, per mimesi positiva con il 'più progredito' Oriente mediterraneo.

La diversa configurazione del potere ed il mutato assetto di governo comportano, inevitabilmente, un ripensamento delle funzioni e delle forme del *ius*. La regola giuridica non trae più la propria vincolatività né dalla sacertà del *dictum* pontificale, né dalla composizione dei rapporti di forza tra Quiriti prima e tra clan senatori poi¹⁷, bensì dalla pronuncia autoritativa dell'Imperatore. È, dunque, la cancelleria imperiale a rendersi depositaria del primato nella produzione del di-

¹⁵ A. Schiavone, *op. ult. cit.*, 6, riprendendo la teoria di M. Mauss, *Essai sur le don, forme archaïque de l'échange*, in *Sociologie et Anthropologie*, Paris, 1950, come rielaborata da C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1967

¹⁶ F. Grelle, *L'autonomia cittadina tra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972.

¹⁷ V. Sinaiski, *Ex iure Quiritum*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, 57.

ritto, mediante le *constitutiones*; sono i grandi giuristi severiani (Papiano, Paolo, Ulpiano ed ancora Callistrato, Trifoniano, Macro e Modestino) ad edificare, sull'esperienza antica di Roma, un modello «originale» di ordine giuridico, che legittima ed al contempo corregge l'assolutezza dei poteri sovrani.

Ciò giustifica la considerazione (svolta pur da autorevole romanista), secondo cui fin verso il 230 d.C., il diritto giurisprudenziale romano 'gettò con il suo ultimo sforzo le fondamenta di tutti i successivi recuperi attualizzanti – impensabili senza la grande letteratura Severiana – da quello giustiniano stesso, sino agli ultimi esperimenti moderni, già nel cuore dell'Europa borghese. La sua fortuna sarebbe durata straordinariamente a lungo e non smette nemmeno oggi di coinvolgerci'¹⁸.

3. Le riflessioni svolte portano, in definitiva, ad interrogarsi sulla possibile valenza retorica della comparazione, funzionale all'attuazione di predeterminate progettualità.

Il prestigio rivendicato ad un dato modello è difficilmente una dote intrinseca, un a-priori connaturale e coesistente al medesimo, ma è molto più spesso il derivato logico di quella 'migliore' mappatura del mondo che si sia preteso sponsorizzare.

La lente prismatico della comparazione ricomponi i dati in nuovo scenario: scompone la struttura e proietta l'ideologia. Come dire: esiste una 'geopolitica' figlia della comparazione. In quest'ottica si spiegano i primati prima rivendicati e le superiorità dichiarate.

Questo, a ben considerare, è stato l'intento di Black Gaius: dare conto delle strategie di legittimazione congegnate per supportare precisi programmi di 'geopolitica del diritto'.

Non accogliere la sfida proposta significa, ormai, tradire proprio la missione di custodia della svelatezza di un *inizio* necessariamente *altro* rispetto alle condizioni prodotte dalla 'modernizzazione' dei diritti europei.

¹⁸ A Schiavone, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003, 61.