

Caio negro

Una ricerca sulle origini multiculturali della “Tradizione Giuridica Occidentale ”

P.G. MONATERI*

Indice

Introduzione: Un cambiamento di prospettiva.....	2
I.L'elaborazione delle origini occidentali.....	6
A. Genealogie e Governance.....	6
(1) La “Teoria Ariana”	12
(2) La “Teoria Afro-Semitica ”	18
B. La Resistenza dei Professionisti	23
C. Il “Canone Occidentale ”: Tradizione e Disseminazione	27
II. Una critica del Genio Occidentale	34
A. Decostruzione della Famiglia Occidentale	34
(1) Roma e l'Occidente	37
(2) L'Egitto e l'Oriente.....	41
B. Contratto, Magia ed esotismo	43
C. L' “Origine dello Stato”	52
D. I meccanismi della Giustizia.....	58
E. Una teoria sulla nascita dei giuristi.....	62
F. Redazione e deromanizzazione	69
Conclusioni: “La fine della ideologia Occidentale”	75

Introduzione: un cambiamento di prospettiva

Il titolo¹ di questo articolo è una intenzionale parafrasi dell'opera di Bernal, *Black Athena*,² che, però, vuole essere una valutazione del tutto autonoma delle radici della cosiddetta tradizione giuridica occidentale. L'articolo vuole anche mettere in questione l'"originalità" di questa tradizione ed il suo stesso essere una "tradizione", risolvendosi, dunque, in una contestazione delle premesse che stanno alla base di nuovi progetti internazionali di *cultural governance*.

Non intendo immergermi nella dottrina che ha preso corpo dall'opera di Bernal³, né discutere le sue controverse teorie. E' mio proposito investigare il diritto e far luce sulle teorie che ne collocano le origini nell'Occidente. Il mio obiettivo è rivedere la tradizione giuridica occidentale nel suo complesso e non solo alcuni elementi o aspetti di essa; ciò appare chiaro soprattutto nel confronto con le altre civiltà e filosofie.⁴ Quest'impresa si rende oggi necessaria perchè di recente abbiamo assistito a vari tentativi volti a ricostruire i pilastri della tradizione giuridica occidentale sulle basi della superiorità del Diritto Romano in confronto a tutti gli altri diritti antichi. Considero questi tentativi alla stregua di strategie di legittimazione di un "primato occidentale" nel campo del diritto, attraverso la storia. Le genealogie aiutano a comprendere chi crediamo di essere, o ci piacerebbe credere di essere. Definiscono un "noi" ed un "loro" e costituiscono uno strumento essenziale nella ricostruzione delle identità.⁵ Il "ritorno alle origini", da questo punto di vista, è un'opera di ricostruzione, che occupa un posto centrale negli studi attuali sulla cultura, specialmente nella prassi di rappresentazione delle culture come

1. Gaio fu giurista romano che visse a metà del Periodo Classico, all'incirca tra il 110 ed il 180 d.C. Creò lo schema istituzionale che ha consentito di presentare per secoli il Diritto Romano come sistema giuridico coerente ed ordinato. L'approccio accademico e l'importanza attribuita a Gaio fanno sì che tutti gli studenti di Diritto Romano abbiano familiarizzato molto bene con il giurista, considerato, di conseguenza, come "il" giurista Romano *per antonomasia*. Gaio è, in verità, l'architetto della codificazione Giustiniana. Giustiniano ne parla come "nostro Gaio", mostrando un vero sentimento di affetto per il maestro, che è divenuto "introduzione alla materia" per ogni giurista. *Cfr.* A.M. HONORÉ, *GAIUS* (1962); *adde* Peter Birks & Grant McLeod, *Introduction to JUSTINIAN'S INSTITUTES* 16 (Peter Birks & Grant McLeod trans., Duckworth 1987).

2. I MARTIN BERNAL, *BLACK ATHENA: THE AFROASIATIC ROOTS OF CLASSICAL CIVILIZATION* (1987).

3. *Cfr.*, *BLACK ATHENA REVISITED* (Mary R. Lefkowitz & Guy MacLean Rogers eds., 1996).

4. HAROLD J. BERMAN, *LAW AND REVOLUTION: THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION* 33 (1983) [di seguito BERMAN, *LAW & REVOLUTION*].

5. Per un dibattito sul ruolo delle eredità storiche nella definizione delle identità sociali, BEVERLEY SKEGGS, *FORMATIONS OF CLASS AND GENDER: BECOMING RESPECTABLE* (1997). *Cfr.*, *inoltre*, David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997 UTAH L. REV. 515, 536.

“altre”.⁶

Le “radici occidentali” del diritto moderno divengono, dunque, oggetto di problema. Se “l’albero genealogico della civiltà occidentale affondasse le proprie radici nel suolo di diverse terre, legittimamente si potrebbe configurare tale civiltà come società pluralistica, varia, multi-etnica e multiculturali.”⁷ D’altra parte la strategia di esclusione dei non-Europei dalla edificazione della tradizione “occidentale” ha avuto, in un certo senso, fortuna perché ha prodotto un’immagine della storia del diritto percepita come di buon senso, dando corpo ad uno *status quo* culturale pressochè universale. Ritengo che questo *status quo* sia senza fondamento; sono possibili opposte soluzioni, in particolare il ricorso ad un approccio critico delegittimista nel tentativo di operare un mutamento di prospettiva.⁸ Penso che questo tipo di analisi sia necessario per compiere una operazione – concreta e politicamente motivata – di trasformazione dell’immagine consegnataci e del suo fondamento, mostrando che ci sono più modi di cambiare lo *status quo* di quanto sia apparso in precedenza. La ragione politica di tutto ciò è mettere in dubbio il predominio culturale occidentale nel campo del diritto a favore di una prospettiva multiculturale. Non credo che sia questione di fare nuove scoperte, ma, piuttosto, di acquisire nuova consapevolezza, analizzando le fonti da nuovi angoli visuali.⁹ Il risultato sarà una ri-scrittura globale della narrazione tradizionale.

Il mio lavoro è diviso in due parti. La prima ha ad oggetto la ricostruzione della coscienza storica della tradizione giuridica occidentale, segnalando l’emersione di un modello basato sull’assunzione – più o meno esplicita – dell’originalità e della superiorità del Diritto Romano, oltre che della sua capacità di sopravvivenza e rinnovamento.¹⁰ Nella seconda fornisco alcuni significativi esempi – diritto dei contratti, concezione dello Stato, soluzione delle controversie, formazione della cultura giuridica – che gettano ombre sulla tradizionale concezione della tradizione giuridica occidentale.

Nella prima parte riporto gli elementi basilari che consentono di concepire il Diritto Romano come strumento ancor oggi utile e come fondamento della tradizione giuridica Americana ed Occidentale, distinta dalle altre culture giuridiche esistenti nel mondo. Quindi indago, sia pur brevemente, sull’affermazione del modello dominante negli studi giuridici

6. CULTURAL REPRESENTATIONS AND SIGNIFYING PRACTICES (Stuart Hall ed., 1997).

7. Guy MacLean Rogers, *Multiculturalism and the Foundations of Western Civilization*, in BLACK ATHENA REVISITED, *supra* nota 3, pag. 429.

8. DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE) 248 (1997) [di seguito D. KENNEDY, CRITIQUE].

9. Reuven Yaron, *Semitic Elements in Early Rome*, in DAUBE NOSTER: ESSAYS IN LEGAL HISTORY FOR DAVID DAUBE 343 (Alan Watson ed., 1974).

10. In questa sezione l’opera di O.F. ROBINSON, THE SOURCES OF ROMAN LAW (1997) è stata di grande aiuto nel riassumere le basi del Diritto Romano.

tedeschi. Passo poi alla de-costruzione della “Teoria Ariana” del Diritto Romano, chiarendo come essa fosse collegata agli studi di linguistica comparata ed alla nascita del diritto comparato nell’ottica di un progetto politico.¹¹ Nel quarto capitolo mostro la contrapposizione tra questa teoria e l’alternativa “teoria Afro-Semitica”, elaborata da alcuni orientalisti francesi. Esamino, quindi, le risposte date dai Romanisti di professione a queste teorie provocatorie, in una prospettiva di conservazione del mito dell’“unicità” del Diritto Romano. In questa parte sostengo che non c’è motivo per negare l’originale contributo romano, ma piuttosto che i suoi studiosi devoti lo hanno grossolanamente enfatizzato.¹² Alla fine di questa prima parte affronto il tema della discontinuità nella storia del diritto per comprendere gli obiettivi che si celano dietro i tentativi di presentare il passato in termini di tradizione in sviluppo. La mia conclusione è che le tradizioni sono spesso inventate per affrontare problemi attuali, per perseguire obiettivi concreti e vengono usate per nascondere le vere questioni in gioco.

Analizzo, quindi, il diritto dei contratti, evidenziando i difetti del primitivismo romano in questo campo.¹³ Esamino ancora l’incapacità della cultura giuridica romana di elaborare una coerente concezione dello Stato per dimostrare che questa è stata edificata su modelli non romani. Provo, poi, ad abbozzare lo schema del processo romano principalmente per contestare la tradizionale considerazione della capacità dei Romani di governare la società per mezzo del diritto. Ciò consente di indebolire, o almeno di gettare un’ombra di sospetto sull’approccio tradizionale, per spiegare le istituzioni romane.¹⁴

Questi tre esempi ci portano ad affrontare il tema centrale: riconsiderare la scienza giuridica romana come tratto distintivo del Diritto Romano e come “progenitrice” del moderno approccio professionale occidentale. Cerco di dimostrare che la scienza giuridica sorse sull’onda dell’influenza orientale e raggiunse il suo apice *abbandonando* le strutture originarie nel contesto di de-romanizzazione del Tardo Impero.

La mia conclusione privilegia una rottura con l’impostazione prevalente della dottrina in ordine al posto occupato dalla storia giuridica romana nella tradizione giuridica occidentale. Ad essa sostituisco una ricostruzione più plausibile: ciò che noi chiamiamo “Diritto Romano” è, in sostanza, un prodotto multiculturale, frutto di diverse civiltà del Mediterraneo. Per rafforzare la mia impostazione, ricorro spesso a teorie convenzionali o a modelli di tipo evolutivo per dimostrare le contraddizioni insite nelle versioni comuni. Ad esempio uso la definizione di tradizione

11. Kennedy, *supra* nota 5, pag. 546-51.

12. Yaron, *supra* nota 9, pag. 344.

13. ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 12-14 (2d ed. 1993), che mi ha suggerito molti degli esempi qui usati.

14. *Cfr. id.*

data da Berman,¹⁵ così come la teoria di Watson sui trapianti giuridici e sull'evoluzione giuridica,¹⁶ per dimostrare che, pur muovendo dalla condivisione di teorie non critiche, è possibile giungere ad una critica globale della tradizione giuridica occidentale.

I. L'elaborazione delle Origini Occidentali

A. Genealogie e *Governance*

Le concezioni del diritto nel corso della storia hanno rivestito un'importanza cruciale per le dottrine liberali e conservatrici,¹⁷ conseguentemente su di esse va focalizzato uno sguardo critico.

In questo paragrafo intendo dimostrare che la teoria attualmente condivisa secondo cui la consapevolezza giuridica occidentale è storicamente basata su fondamenti derivati dal diritto romano – concepito come prodotto originale dello spirito umano – trae origine, in effetti, da progetti di “*governance*” con forti implicazioni pratiche.

L'oggetto di questa prima parte del mio contributo è, per così dire, una storia della consapevolezza storica nel campo del diritto; un'indagine “sulla funzione culturale del pensiero storico, che fa seriamente dubitare dello *status* della storia, intesa sia come scienza esatta, sia come arte autentica.”¹⁸ Proprio l'idea di “evoluzione giuridica” possiede una sua storia propria e la sua natura “strategica” è talvolta apertamente riconosciuta anche dalla letteratura tradizionale.¹⁹

È mio intento provare che la consapevolezza storica di cui l'uomo Occidentale si è vantato, a partire dall'inizio del XIX secolo, è poco più della base teorica dell'atteggiamento ideologico con cui la civiltà occidentale giudica le proprie relazioni con le culture e le civiltà non solo precedenti, ma anche contemporanee. In breve io credo che sia possibile, specialmente nel campo del diritto, considerare la consapevolezza storica come pregiudizio specificamente occidentale, che può legittimare

¹⁵ BERMAN, LAW & REVOLUTION, *supra* nota 4, pag. 5

¹⁶ *In generale*, WATSON, *supra* nota 13; ALAN WATSON, SOCIETY AND LEGAL CHANGE (1917) [di seguito WATSON, SOCIETY]; ALAN WATSON, SOURCES OF LAW, LEGAL CHANGE AND AMBIGUITY (1984) [di seguito WATSON, SOURCES]; ALAN WATSON, LEGAL ORIGINS AND LEGAL CHANGE (1991) [di seguito, WATSON, LEGAL ORIGINS].

¹⁷ Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984).

¹⁸ HAYDEN WHITE, METAHISTORY: THE HISTORICAL IMAGINATION IN NINETEENTH-CENTURY EUROPE 2 (1973) (citando Louis O. Mink, *Philosophical Analysis and Historical Understanding*, 21 REV. METAPHYSICS 667, 669 (1968)).

¹⁹ PETER STEIN, LEGAL EVOLUTION: THE STORY OF AN IDEA ix (1980). Si considerino inoltre i diversi approcci alla evoluzione giuridica, esaminati in E. Donald Elliot, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, 85 COLUM. L. REV. 38 (1985).

retroattivamente la presunta superiorità della moderna società industriale.²⁰

In questa prospettiva possiamo iniziare citando varie prospettazioni che espressamente affrontano la questione. Il Diritto Romano viene considerato non solo come fondamento della Giurisprudenza Occidentale, ma anche come “una delle più raffinate creazioni dello spirito umano.”²¹ Si afferma che fu l’opera dei primi giuristi Romani a “porre le fondamenta della giurisprudenza non solo Romana, ma anche Europea,”²² compresi i paesi di common law²³ ed incluso il diritto commerciale.²⁴ L’importanza del Diritto Romano riposa fundamentalmente sul fatto che, quale diritto particolarmente avanzato, si pone come guida per *tutti* i diritti moderni,²⁵ giocando un ruolo cruciale anche nello sviluppo della mentalità giuridica Americana.²⁶ Come ha notato Mayali ad un Symposium sul Diritto Antico:²⁷

In America il Diritto è sovrano. Così disse Thomas Paine . . . la sua pretesa non era sorprendente. Era il risultato di una tradizione giuridica che può ricondursi, al di là del Medioevo, alle *sue* radici Romane, una tradizione che nel passato collegò l’autorità del diritto all’esercizio del potere politico.²⁸

Quantunque ammetta che nella evoluzione dei diritti Occidentali si siano verificate significative rotture, Mayali riconferma che:

Noi possiamo percepire la portata della tradizione giuridica [Romana] che fu determinante nella formazione della moderna cultura giuridica occidentale e fornì i fondamenti della ragion politica.²⁹

Nella narrazione di Mayali possiamo trovare non solo una

20. See WHITE, *supra* nota 18, pag. 2.

21. WATSON, SOCIETY, *supra* nota 16, pag. 12.

22. FRITZ SCHULZ, HISTORY OF ROMAN LEGAL SCIENCE 94 (1946) (in riferimento a Q. Mucius Scaevola che morì nell’ 82 B.C. Si attribuisce a Scaevola la prima applicazione sistematica del ragionamento dialettico al diritto). PETER STEIN, *REGULAE IURIS: FROM JURISTIC RULES TO LEGAL MAXIMS* 36 (1966); *inoltre* BERMAN, LAW & REVOLUTION, *supra* nota 4, pag. 136.

23. Peter G. Stein, *Roman Law, Common Law, and Civil Law*, 66 TUL. L. REV. 1591 (1992); *inoltre* M. H. Hoeflich, *Mark John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer*, 29 AM. J. LEGAL HIST. 36 (1985). Questo punto sarà particolarmente importante per la nostra successiva dissertazione.

24. Peter Stein., *Roman Law in the Commercial Court*, 46 CAMBRIDGE L.J. 369, 369-71 n.3 (1987).

25. STEIN, *supra* nota 19, pag. 86.

26. PETER STEIN, THE CHARACTER AND INFLUENCE OF THE ROMAN CIVIL LAW 411 (1988); M. H. Hoeflich., *Roman Law in American Legal Culture*, 66 TUL. L. REV. 1723 (1992); *inoltre* NORMAN F. CANTOR, IMAGINING THE LAW: COMMON LAW AND THE FOUNDATIONS OF THE AMERICAN LEGAL SYSTEM (1997) (che ritrova le “origini” di molti concetti-base Americani nel diritto Romano).

27. Symposium, *Ancient Law, Economics and Society*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1465 (1995).

28. Laurent Mayali, *Social Practices, Legal Narrative, and the Development of the Legal Tradition*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1469 (1995) (con aggiunta d’ enfasi).

29. *Id.* Pag.1477.

affermazione dell'influenza Romana sulle nostre concezioni del diritto, ma anche la propensione a scorgere il fondamento di una "Ragione Politica" universalmente valida in concezioni occidentali e Romane. È per me sorprendente e chiaro il passaggio da una teoria di matrice storica ad una teoria di presunta superiorità. Dunque il Diritto Romano dovrebbe porsi alle radici della stessa distinzione tra politica e diritto,³⁰ come una delle più grandi conquiste dell'Occidente o come bersaglio di una strategia critica volta a crollarlo.³¹

Ciò che preme sottolineare è che questi pregiudizi sono condivisi anche dagli storici. Per esempio, nell'opera d'ampio respiro di Freeman intitolata *Egypt, Greece and Rome: Civilizations of the Ancient Mediterranean*,³² mentre ci sono due voci dell'indice relative al diritto, l'una dedicata alla Grecia, l'altra a Roma, non ve ne è alcuna che concerna l'Egitto.³³ Ciò crea immediatamente l'impressione che l'Egitto sia una società senza diritto. Infatti Freeman afferma apertamente che "il mondo Occidentale, la sua cultura, le sue credenze religiose, la sua coscienza, sono state plasmate, nel bene o nel male, dalla Grecia e da Roma."³⁴ Questo, naturalmente, è strano per un'opera che ha la pretesa di trattare almeno tre civiltà. L'Egitto è, dopo tutto, menzionato nel titolo. Ma poi il contributo dell'Egitto viene immediatamente negato nell'introduzione. Successivamente, nell'esaminare il retaggio delle differenti culture, l'autore asserisce che "esiste l'eredità del *Diritto Romano*, la teoria politica Greca (e, in minor misura la prassi), un patrimonio architettonico ed una letteratura che, quali che siano i suoi meriti, ha trasmesso alla cultura Occidentale il teatro e i concetti della psicoanalisi."³⁵ In questo modo il solo Diritto Romano, tra i vari diritti antichi del Mediterraneo, è riconosciuto come pilastro della civiltà Occidentale.³⁶

Il carattere ideologico di tali narrazioni è evidente quando, per esempio, si attribuisce particolare importanza alla democrazia Greca, negando, in modo sistematico, la forte tradizione anti-democratica propria della cultura dell'Antica Grecia.³⁷ È chiaro che simili racconti, di così

30. Anche l'interesse per la teoria dei "diritti" si suppone derivi da una dottrina Romana E. Geoffrey Samuel, *Epistemology, Propaganda and Roman Law: Some Reflections on the History of the Subjective Right*, 10 J. LEGAL HIST. 161 (1989).

31. D. KENNEDY, CRITIQUE, *supra* nota 8, pag. 37.

32. CHARLES FREEMAN, *EGYPT, GREECE AND ROME: CIVILIZATIONS OF THE ANCIENT MEDITERRANEAN* (1996).

33. *Id.* Pag. 628. Inoltre, in un'opera di 638 pagine, solo 60 pagine circa sono dedicate alla storia Egizia coprendo un periodo che va dal 3200 al 500 a.C.

34. *Id.* pag. 4.

35. *Id.* pag. 4 (con aggiunta d'enfasi).

36. Si noti che nessuna menzione viene fatta dell'origine "Semitica" dell'inventore della psicoanalisi e del ruolo rivestito dal gioco di parole nella cultura Ebraica antica e moderna. *Si veda, per es.* JOHN B. GABEL ET AL., *THE BIBLE AS LITERATURE* 36 (3d ed. 1996). In questa ricostruzione la psicoanalisi deriva direttamente dal teatro greco.

37. *In generale* JENNIFER TOLBART ROBERTS, *ATHENS ON TRIAL: THE ANTIDEMOCRATIC*

ampio respiro, specialmente ove basati sul tanto decantato individualismo Romano e Greco, intendano segnare una marcata distinzione tra le società occidentali tradizionali e riaffermare l'indiscussa superiorità dei modelli occidentali.³⁸

In stretta correlazione con questo approccio non obiettivo, i sistemi giuridici occidentali sono presentati come parte di una tradizione comune, o più agevolmente di una famiglia,³⁹ in quanto condividono peculiari valori, un approccio simile alle tecniche giuridiche ed una fitta rete di strutture comuni. Per non parlare della teoria secondo cui questi sistemi rappresentano la pietra angolare della "rule of law" nel mondo moderno, così come lo sono stati nella storia. In questo modo la moderna disciplina del Diritto Comparato e l'antico studio del Diritto Romano convergono nella ricerca delle origini. Come abbiamo visto, anche lo scollamento tra una tradizione di Common Law ed una tradizione di Civil Law nel Medioevo non rompe l'unità di questa tradizione ed il suo collegamento con le straordinarie conquiste Romane nel campo del diritto.⁴⁰

Naturalmente l'elogio del Diritto Romano⁴¹ implica una valutazione altamente positiva della "unicità" del Diritto Occidentale come risultato finale di una tradizione, di un processo continuo ed ininterrotto,⁴² inesorabile teleologia che ci ha portati dove oggi siamo. Anche se talvolta scorgiamo tentativi di rivalutazione dei diritti antichi,⁴³ il Diritto Romano è chiaramente posto in primo piano, mentre tutti gli altri sono relegati sullo sfondo; ciò può solo significare che negli ultimi anni ci confrontiamo con un progetto ancor più consapevole volto a riaffermare la sua utilità per la soluzione dei problemi attuali.⁴⁴ Secondo la teoria del "rinnovamento dell'antico"⁴⁵, il Diritto Romano possiede una particolare capacità di sopravvivere e rinnovarsi nel corso dei secoli come cemento della tradizione giuridica Occidentale. Tale teoria deve essere collegata alla riaffermazione del progetto di usare il Diritto Romano come collante

TRADITION IN WESTERN THOUGHT (1994).

38. AARON GUREVICH, *THE ORIGINS OF EUROPEAN INDIVIDUALISM* 3 (Kathanne Judelson trans., Blackwell Publ'g Ltd. 1995).

39. Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 AM. J. COMP. L. 5, 23 (1997).

40. W.W. BUCKLAND & ARNOLD D. MCNAIR, *ROMAN LAW AND COMMON LAW: A COMPARISON IN OUTLINE*, 21 (F.H. Lawson ed., 2d ed. 1965); inoltre Alan Watson, *Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development*, 36 LOY. L. REV. 247 (1990).

41. Sulla bibliografia, Michael H. Hoeflich, *Bibliographical Perspectives on Roman and Civil Law*, 89 L. LIBR. J. 41 (1997).

42. D. Johnston, *Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1515 (1995).

43. Richard A. Epstein, *The Modern Uses of Ancient Law*, 48 S. CAL. L. REV. 243 (1997); David V. Snyder, *Ancient law and Modern Eyes*, 69 TUL. L. REV. 1631 (1995).

44. Knut Wolfgang Norr, *Technique and Substance: Remarks on the Role of Roman Law at the End of the 20th Century*, 20 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 34 (1994).

45. David Johnston, *The Renewal of the Old*, 56 CAMBRIDGE L.J. 80 (1997).

comune con cui creare un diritto rinnovato per i paesi dell'Europa⁴⁶—un progetto con forti implicazioni di carattere pratico⁴⁷ volto a presentare l'Europa come alternativa culturale agli Stati Uniti.

Siamo, allora, di fronte ad una teoria elaborata dal Diritto Comparato,⁴⁸ come disciplina accademica, che, consapevolmente o inconsapevolmente, sostiene un particolare programma di *governance*⁴⁹ e rispetto cui è opportuno assumere un atteggiamento critico. Infatti, in questo progetto, il Diritto Comparato assume la tipica funzione di rappresentare le differenze basilari tra un “noi” ed un “loro”, un centro ed una periferia, un Occidente ed un Oriente.⁵⁰ Ciò che è peculiare è che questa teoria implica una svalutazione della classica distinzione common law/civil law a favore di una convergenza tra “moderni” sistemi Occidentali che, in ultima analisi, consente di raffigurare una più unitaria famiglia giuridica Occidentale basata sui pilastri della giurisprudenza Romana, in quanto superiore a tutte le altre culture giuridiche esistenti nel mondo.⁵¹

Anche se ci sono alcune isolate voci di dissenso che alludono alla

46. In generale REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* (1990). Quest'opera ha ricevuto numerosi commenti nel senso della sua importanza nella cultura giuridica attuale. Peter B.H. Birks, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 13 J. LEGAL HIST. 311 (1992); James Gordley, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 40 AM.J.COMP.L. 1002 (1992) (book review); Tony Honore, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 107 LAW Q. REV. 504 (1991) (book reviews); David Johnston, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 69 TULANE L. REV. 1113 (1995) (book review); Peter G. Stein, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 38 AM. J. LEGAL HIST. 94 (1994) (book review); Tony Weir, *The Laws of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 50 CAMPBELL L. REV. 165 (1991) (book reviews); Simon Whittaker, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, LLOYDS MAR. & COM. L. 298 (1994) (book review).

47. Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, in *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE* 65 (A.S. Hartkamp et al. eds., 1994) (un progetto nascente verso cui pochi manifestano opinioni contrarie). Inoltre, Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, 60 MOD. L. REV. 44 (1997).

48. William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?*, 143 U. PA. L. REV. 1889 (1995) [di seguito Ewald, *Comparative Jurisprudence (I)*]; William Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43 AM. J. COMP. L. 489 (1995) [di seguito Ewald, *Comparative Jurisprudence (II)*].

49. Reinhard Zimmermann, *Roman and Comparative Law: The European Perspective*, 16 J. LEGAL HIST. 21 (1995) (*some remarks apropos a recent controversy*).

50. Kennedy, *supra* nota 5, pag. 546.

51. CANTOR, *supra* nota 26 (che collega al Diritto Romano anche le origini della tradizione giuridica Anglo-Americana). Inoltre WALTER ULLMANN, *LAW AND POLITICS IN THE MIDDLE AGES: AN INTRODUCTION TO THE SOURCES OF MEDIEVAL POLITICAL IDEAS* 53 (1975) (sostiene che l'impatto del Diritto Romano sulla pratica di governo fu senza eguali: “In parte perchè il Diritto Romano era espressione matura della più Romana di tutte le idee Romane – l'idea di diritto e di ordine” e perciò “ha impresso in modo indelebile il suo sigillo sulla fisionomia di ciò che finì con l'essere Europa Occidentale e infatti svolse un ruolo di fondamentale importanza nella sua formazione”).

“malattia” del Diritto Romano⁵², o al “malessere” del Diritto Comparato,⁵³ ed anche se una voce isolata predica contro la formazione di un codice Europeo basato su modelli Romani e contro la teoria della convergenza,⁵⁴ la capacità di rinnovamento del Diritto Romano è generalmente accettata come ‘buonsenso’ non soggetto a verifica, tanto da venir addirittura proposta come serio strumento di ausilio nel confronto con l’intelligenza artificiale.⁵⁵

Provo a riassumere i principi fondamentali di questo tipo di narrazione come segue:

1. Il Diritto Romano fu il sistema giuridico meglio sviluppato e più sofisticato nel mondo antico;
2. Il Diritto Romano si pone alle origini della Tradizione Giuridica Occidentale, rendendola particolarmente “Occidentale”;
3. Il Diritto Romano ha una rigogliosa capacità di auto-rinnovamento ed ancora oggi può essere impiegato come base per gli ordinamenti positivi;
4. Il Diritto Romano fu il portato di un peculiare “genio” etnico per le questioni e le dottrine giuridiche.

Non credo che tutti i Romanisti condividano ciascuna di queste opinioni pienamente ed egualmente. Alcuni fanno propri solo alcuni dei predetti dogmi; altri possono aderire ad ognuno, ma ad alcuno di essi con minor convinzione. Il grado di adesione ad uno o più di questi principi misura il grado di dedizione alla teoria del Diritto Romano come fondamento originale del diritto occidentale, come il grado di enfasi posto sulla sua originalità, superiorità, unicità, continuità ed utilità.

In questo articolo è mio preciso scopo cambiare questa visione “originalista” del Diritto Romano ed il modello di “continuità” ad essa associato. Nel far ciò adotterò un modello di “discontinuità”, una sorta di approccio “archeologico”.⁵⁶

Vorrei sottolineare che l’elaborazione della famiglia giuridica occidentale è una particolare impresa condotta nell’ambito della disciplina del Diritto Comparato ed il principale metodo usato per dividere il mondo in famiglie giuridiche o circoli culturali⁵⁷ è ancora quello delle

52. James Q. Whitman, *The Disease of Roman Law: A Century Later*, 20 SYRACUSE J. INT’L L. & COM. 227 (1994).

53. Ewald, *Comparative Jurisprudence (I)*, supra nota 48, pag. 1961.

54. Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT’L & COMP. L.Q. 52 (1996).

55. Geoffrey Samuel, *The Challenge of Artificial Intelligence: Can Roman Law Help Us Discover Whether Law is a System of Rules?*, 11 LEGAL STUD. 24 (1991).

56. MICHEL FOUCAULT, *THE ARCHEOLOGY OF KNOWLEDGE* (Alan Sheridan trans., Random House 1972).

57. KONRAD ZWEIGERT & HEIN K. TZ, *INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW I* (Tony Weir transl., 2d ed., Oxford Univ. Press 1987).

genealogie.⁵⁸ La genealogia ricostruita per il diritto Occidentale trova le proprie radici nella Romanità. Gli elementi in questione sono organizzati in una storia secondo tecniche narrative conformi alla teoria standard sull'opera storica.⁵⁹ Le origini Romane, per dirla con Hayden White, offrono il "tema inaugurale" ("inaugural motifs") della narrazione, i vari eventi del Medio Evo e l'affermazione dello Stato moderno rappresentano il "tema di transizione" ("transitional motifs"), e i sistemi Occidentali, come attualmente ricostruiti, il "tema finale" ("terminating motifs").⁶⁰ Anche se con qualche sforzo interpretativo, questa rappresentazione implica esclusione. È una logora tecnica di ricerca comparata contrapporre i differenti sistemi giuridici, presentando l'intimo sviluppo di ciascuna famiglia,⁶¹ qualcosa che mi appare anti-comparativo per natura. Penso, dunque, sia importante esaminare come questa narrazione sia venuta ad esistenza, posto che essa è connessa sia con il rinnovamento degli studi Romanistici, sia con la nascita della comparazione giuridica nella cultura Tedesca.⁶²

Il mio primo compito, pertanto, non è stabilire se queste idee siano giuste o sbagliate, ma provare a dimostrare come esse sono state elaborate, riunite in una teoria più o meno esplicita, e modificate, e quale sia stata la risposta dei giuristi di professione a quanti cercarono di metterle in discussione. E ancora come e perchè oggi queste idee continuano a fiorire.

(1) la "Teoria Ariana"

Le idee non s'agglutinano da loro. Sono riunite ed organizzate da persone reali, che vivono in un determinato tempo e hanno esigenze ed obiettivi concreti. Se ricerchiamo l'insieme di idee che si pongono alla base della consapevolezza occidentale nel campo del diritto, dobbiamo fare i conti con la repentina emersione dello storicismo giuridico tedesco agli inizi del XIX secolo.⁶³ Questo studio dimostrerà come esso fosse basato su una concezione del tutto particolare del Diritto Romano, che, combinata all'analisi comparata, finì per dare origine ad una "Teoria Ariana" sulla tradizione giuridica occidentale.⁶⁴ Con l'espressione "Teoria Ariana" intendo far riferimento ad una teoria basata sui forti e reciproci

58. Per un tentativo di critica dell'approccio tradizionale, Mattei, *supra* nota 39, pag. 40.

59. WHITE, *supra* nota 18, pag. 5.

60. Per una completa discussione di questa teoria sull'attività storica, si veda *Id.*

61. *In generale* RENÉ DAVID & JOHN E.C. BIERLY, MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE STUDY OF LAW (3d ed. 1985).

62. Per una discussione sulle origini del pensiero giuridico Tedesco, Ewald, *Comparative Jurisprudence (I)*, *supra* nota 48, pagg. 1990-2045.

63. Per uno sguardo al contesto di quella che Ewald ha chiamato comparative jurisprudence e per il suo impatto in America, THE RECEPTION OF CONTINENTAL IDEAS IN THE COMMON LAW WORLD 1820-1920 (Mathias Reimann ed., 1993)

64. GABOR HAMZA, COMPARATIVE LAW AND ANTIQUITY (József Szabó transl., Akadémiai Kiadó és Nyomda Vállalat, Budapest 1991), ha decisamente influenzato la mia opera di ricostruzione della "Teoria Ariana".

collegamenti culturali esistenti tra differenti popoli, attribuibili ad un comune passato Indo-Europeo, che ha prodotto una fitta trama di somiglianze tra le loro varie istituzioni.

Lo storicismo giuridico fu la dottrina seguita da Savigny,⁶⁵ “il più grande giurista che l’Europa abbia prodotto.”⁶⁶ Lo storicismo era destinato a soppiantare la dottrina universalista del diritto naturale come base per un discorso razionale sul diritto come paradigma dominante l’ “Illuminismo” nel XVIII secolo.⁶⁷ Il diritto doveva essere visto come profondamente radicato nelle tradizioni locali, espressione delle più intime credenze di un popolo, strettamente connesso con i suoi usi e costumi, con la sua storia. Per Savigny esiste un collegamento organico tra il diritto e l’essenza di una nazione.⁶⁸ Il “culto” del Diritto Romano – prodotto della storia, non della “natura” – doveva sostituire una concezione universale e razionale del diritto.⁶⁹ Il Diritto Romano diveniva, così, l’alternativa al Diritto di Ragione, incarnata nella storia giuridica tedesca. Ovviamente per essere una valida alternativa, il Diritto Romano doveva presentarsi come straordinario. Senza scendere in particolari che vanno oltre lo scopo del presente saggio, intendo sottolineare che, secondo Savigny, il Diritto Romano aveva la *funzione* di rappresentare il diritto comune dell’Europa e della Germania in particolare.⁷⁰

Naturalmente lo storicismo aveva un “destino”: iniziare un processo di elaborazione di un diritto nazionale tedesco, che venne, infatti, incominciato e concluso nel 1900 con la codificazione di un diritto privato comune per l’intera Germania. Aveva bisogno di una base su cui costruire e la grande quantità di testi giuridici Romani gli fornì i “mattoni” per la costruzione “scientifica” di un diritto rinnovato. L’aver attribuito somma importanza al diritto Romano, portò Savigny a considerarlo molto più che un semplice diritto positivo. Il Diritto Romano si presentava con una sua intrinseca storia intellettuale⁷¹, ma si trattava di una storia particolare. Per costruire un nuovo diritto tedesco sulle sue basi, il Diritto Romano doveva

65. Su Savigny si veda Ewald, *Comparative Jurisprudence(I)*, *supra* nota 48, pag. 2012; inoltre Symposium, *Savigny in Modern Comparative Perspective*, 37 AM. J. COMP. L. 1 (1989). Per l’intera storia del pensiero giuridico Tedesco all’inizio del XIX secolo, JAMES Q. WHITMAN, *THE LEGACY OF ROMAN LAW IN THE GERMAN ROMANTIC ERA* (1990).

66. Hermann Kantorowicz, *Savigny and the Historical School of Law*, 53 L.Q. REV. 326, 326-27 (1973) (citando Sir John Macdonnell).

67. O. F. ROBINSON ET AL., *EUROPEAN LEGAL HISTORY* 242 (2d ed. 1994).

68. *Cfr.* Ewald, *Comparative Jurisprudence(I)*, *supra* nota, pag. 2016 (a proposito, ovviamente, FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *VOM BERUF SUNSRER ZEIT FÜR GESTEZGEBUNCT UND RECHSWISSENSCHAFT* (1814)).

69. HAMZA, *supra* nota 64, pagg. 34-35 .

70. Franz Wieacker, *Friederich Carl Von Savigny*, ZSS [Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)] 85 (1955).

71. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 35 (da cui è ampiamente tratta la mia tesi in questa parte dell’articolo).

essere studiato come un sistema completo ed autonomo⁷² che, a sua volta, poteva essere elaborato e sviluppato in un moderno sistema giuridico seguendo principi e criteri scientifici. Non è difficile riscontrare, a tale proposito, una applicazione della dottrina del “rinnovamento dell’antico” con un occhio rivolto ai progetti di *governance* che oggi sono riaffermati.⁷³ Questo approccio produsse una “ideologia”: l’unicità del Diritto Romano, che implica una quasi totale esclusione dell’importanza di tutti gli altri diritti.⁷⁴

In particolare fu Eduard Gans⁷⁵ che concepì la sua opera sul diritto successorio⁷⁶ nello spirito di una “*Universalrechtgeschichte*,”. Gans studiò il diritto Indiano, Cinese, Ebreo, Islamico, Scandinavo, Islandese, Scozzese, Portoghese, Attico e Romano, *tra gli altri*.⁷⁷ L’introduzione di quest’opera monumentale è una parte di grande interesse, in quanto basata su una forte incoerenza. Gans osserva che a nessun diritto può essere attribuita importanza esclusiva rispetto agli altri sistemi giuridici,⁷⁸ ma *poi* afferma la speciale importanza del Diritto Romano dovuta al ruolo *preminente* giocato da Roma nell’intera storia *universale*.⁷⁹ Per così dire, l’opera di Gans, anche se tocca praticamente ogni angolo del mondo, è intitolata “Storia di Roma e Diritto Romano.”

Come questa logica di esclusione poté combinarsi ad un approccio di tipo comparatistico? Di certo molti dei seguaci di Savigny, come Anselm Feuerbach, Karl Theodor Puetter, lo stesso Gans ed Unger, finirono per pensare che l’analisi comparata è importante nelle ricerche giuridiche⁸⁰ tanto quanto in quelle di Linguistica.⁸¹ Si trattava, dunque, di una comparazione orientata alla ricostruzione del comune ed originale

72. *Id.* pag. 40.

73. *In generale*, Johnston, *supra* nota; ZIMMERMAN, *supra* nota.

74. Come tipica esclusione possiamo ricordare, per esempio, la completa negazione di ogni possibile rilevanza del diritto ebraico, nonostante gran parte della popolazione tedesca fosse di origine ebraica. Mentre il Diritto Romano potrebbe essere difficilmente descritto come prodotto dello spirito *tedesco*, è stato un “miracolo” dello storicismo Tedesco aver negato qualsiasi influenza non-Romana nello sviluppo di un diritto nazionale tedesco. ROBINSON et al., *supra* nota 67, pag. 262.

75. Eduard Gans è considerato il fondatore del diritto comparato tedesco. Mitchell Franklin, *The Influence of Savigny and Gans on the Development of the Legal and Constitutional Theory of Christian Roselius*, in 1 Festschrift RABEL 141 (J.C.B. Mohr, Tübingen 1954); *inoltre* HAMZA, *supra* note 64.

76. EDUARD GANS, ERBRECHT IN WELTGESCHICHTLICHER ENTWICKLUNG [THE LAW OF INHERITANCE IN A WORLD HISTORY PERSPECTIVE] (1824).

77. HAMZA, COMPARATIVE LAW, *supra* nota 64, pag. 40 (con enfasi).

78. GANS, *op. cit.*, pag. xxiii.

79. *Id.* pag. xxv.

80. HAMZA, *op. cit.*, pag. 43.

81. Sulla influenza della Linguistica e di Herder nel pensiero giuridico tedesco, si veda Ewald, *Comparative Jurisprudence (I)*, *supra* nota 48, pagg. 2012-20; e da un punto di vista culturale di carattere più generale Robert E. Norton, *The Tyranny of Germany over Greece?*, in BLACK ATHENA REVISITED, *supra* nota 3, pag. 403.

retroterra Ariano delle civiltà occidentali.

La propensione a studi comparati portò nel 1829 alla nascita della *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (Rivista Critica di Studi Giuridici Comparati), prima rivista al mondo di diritto comparato, che pubblicò ventisei volumi fino al 1853. Da un punto di vista filosofico, il fondamento ideologico del Diritto Comparato concepito in connessione con la razza può facilmente rinvenirsi nella teoria di Hegel, secondo cui esiste uno stretto collegamento tra le istituzioni e la razza,⁸² conseguentemente tra le istituzioni romane ed il loro retroterra Indo-Europeo. L'approccio "Ariano" alla comparazione si basò principalmente sui risultati raggiunti negli studi di Linguistica comparata e le opere di Bopp e Jacob Grimm giocarono un ruolo centrale nell'elaborazione della "teoria Ariana."⁸³

Questo breve resoconto non intende gettar ombre sulle dottrine sviluppate in queste opere. Sicuramente gli autori che avevano preso parte all'elaborazione della "Teoria Ariana" furono importanti studiosi, con una solida reputazione.⁸⁴ Non si trattava nè di politicanti, nè di profani, nè di bizzari individui. Ciò che preme evidenziare è l'importanza del collegamento tra la questione della razza⁸⁵ e gli studi giuridici di alto livello nella Germania dell'XIX secolo, dove la "Teoria Ariana" progressivamente venne applicata anche agli studi dell'antico diritto tedesco. Ad esempio nell'opera di Roszbach sul matrimonio⁸⁶ si trova una analisi comparata del diritto Romano, Indiano, Greco e Tedesco, che completa, per così dire, l'approccio Ariano. Secondo Roszbach i fondamenti di questa parte del diritto erano sostanzialmente gli stessi nella intera famiglia Indo-Germanica, ed infatti le stesse conclusioni cui Roszbach giunse furono ispirate dalla teoria Ariana piuttosto che essere il risultato di imparziali

82. Sull'amore di Hegel per l'Europa e per l'India e sul suo totale disprezzo per l'Africa, G.W.F. HEGEL, LECTURES ON THE PHILOSOPHY OF WORLD HISTORY 154-209 (H.B. Nisbet traduz. ed ed., 1975). L'opera originale è stata pubblicata dai suoi discepoli dopo la sua morte nel 1831. Sui rapporti tra Hegel e Gans, HAMZA, *supra* nota 64, pagg. 39-43.

83. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 45; 1 ADOLF F. SCHNITZER, VERGLEICHENDE RECHTSLEHRE [COMPARATIVE LEGAL STUDIES] 13-14 (seconda edizione 1961).

84. Possiamo, forse, talvolta mettere in dubbio tale reputazione alla luce di standards moderni. Per esempio, nel 1847, uno studioso esperto in testi cuneiformi, Oppert, pubblicò un libro sul Diritto Penale Indiano. Anche se l'India non c'entra nulla con gli scritti cuneiformi, mostrando numerosi elementi in comune con il Diritto Romano, tenuti ancora seriamente in considerazione alla fine del secolo; si veda il commento sulla sua opera in J. GILSON, L'ETUDE DU DROIT ROMAIN COMPARE AUX AUTRES DROITS DE L' ANTIQUITE [ROMAN LAW COMPARED WITH OTHER ANCIENT LAWS] 28 (1899).

85. Che per Indo-Europei si faccia riferimento ad un gruppo razziale è fuori discussione, e questo è ciò che mi interessa in questa sede, mentre non è di alcuna importanza il colore della pelle dei popoli antichi. Frank M. Snowden, Jr., *Bernal's "Blacks" and the Afrocentricists*, in BLACK ATHENA REVISITED, *supra* nota 3, pag. 112. Ironicamente la logica di esclusione può essere tanto forte quanto "daltonica".

86. AUGUST ROSSBACH, UNTERSUCHUNGEN UBER DIE ROEMISCHE EHE (Stuttgart, C. Maecken, 1853); HAMZA, *supra* nota 64, pag. 45.

verifiche della teoria. Il suo argomento forte è che, nonostante la totale mancanza di riscontro empirico, le analogie tra i diversi diritti Ariani erano attribuibili allo stretto legame esistente tra questi popoli, appartenenti alla medesima stirpe.⁸⁷

Tutti questi studi compiuti alla fine del XIX secolo erano differenti tentativi di ricostruire l' "Originario Diritto Ariano" (Urrecht)⁸⁸ accentuando particolarmente la comunanza etnica Ariana. Adottarono il metodo impiegato negli studi di linguistica comparata, ma ricostruirono il modello del Diritto Originario sulla base delle categorie giuridiche romane. Il Diritto Romano era il "Modello" verso cui era evoluto il diritto Originario.

Anche uno studioso come Jhering seguì questa tendenza in un'opera di storia comparata sugli Indo-Europei.⁸⁹ E chiaramente identificò il Diritto (in generale) con il Diritto Romano,⁹⁰ che fece risalire, con la sua perfezione, alle radici Ariane. Per Jhering, il Diritto Romano assunse un'importanza cruciale anche nel campo del diritto comparato⁹¹ fondato su considerazioni etniche. La Teoria Ariana divenne la chiave per comprendere la superiorità e l'unicità del Diritto Romano rispetto agli altri diritti non-Ariani.

E' importante notare che la Teoria Ariana sopravvisse persino nel nostro secolo. Amaduni, uno specialista del Diritto Armeno, stabilì un parallelo tra diritto Romano ed Armeno che attribuì alla comune origine Indo-Europea.⁹² Naturalmente questa teoria raggiunse il suo apice nei pregiudizi politici degli anni trenta. Data per scontata la perfezione del Diritto Romano, si ridussero le differenze tra Diritto Romano e Diritto Tedesco, in modo da poter dire che il secondo possedeva le qualità del primo, e venne elaborato un nuovo modello di Diritto Romano anti-individualista, ricercando una più stretta aderenza alla ispirazione politica del Nazismo.⁹³ Secondo Schoenbauer, era addirittura impossibile comparare

87. *Id.* pag. 37; *inoltre Id.* pag. 44.

88. B.W. LEIST, *ALT-ARISCHES JUS GENTIUM* (1889); *inoltre* B.W. LEIST, *ALT-ARISCHES IUS CIVILE* (1892).

89. RUDOLF VON JHERING, *VORGESCHICHTE DER INDOEROPAER* [THE EARLY HISTORY OF INDO-EUROPEANS] (Victor Ehrenberg ed., 1884). Questa fu la sua ultima opera, edita da Ehrenberg dopo la morte dell'autore. HAMZA, *COMPARATIVE LAW*, *supra* nota 64, pag. 44.

90. Walter M. Wilhelm, *Das Recht im roemischen Recht*, in *Jherings Erbe, Goettinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering* (1970).

91. WOLFGANG FIKENTCHER, *METHADONE DES RETEST IN VERGLEICHENDER DARSTELLUNG* [COMPARATIVE LEGAL APPROACHES] 250 (1976).

92. Garabel Amaduni, *Influsso del Diritto Romano Giustiniano sul Diritto Armeno e Quantità di Tale Influsso* [The Impact of Roman Law on Armenia], in 2 ACTA CONGRESSUS IURIDICI INTERNATIONALIS (PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE FOR THE 14TH CENT. FROM THE ENACTMENT OF JUSTINIAN'S LAWS, Rome Nov. 12-17, 1934) 244, 245 (1935).

93. Ernst Schoenbauer elaborò queste idee in una Lecture tenuta presso il Deutscher Rechtshistorikertag nel 1936, citato da MICHAEL STOLLEIS, *GEMEINWOHLFORMELN IM NATIONALSOZIALISTISCHEN RECHT* [COMMON TRENDS IN NAZI LAW] 35 (1974). HAMZA, *supra*

il diritto di popoli non imparentati per razza, come i Tedeschi e gli Egiziani.⁹⁴

È vero che la Teoria Ariana venne poderosamente contestata da Koshaker⁹⁵ prima della Guerra e da Condanari-Michler⁹⁶ dopo, ma ciò non ne riduce il successo anche tra comparatisti culturali come Dumézil.⁹⁷

Posto che l'attività storica rappresenta un tentativo di mediazione tra il "campo storico" ed un pubblico,⁹⁸ non è per nulla sorprendente che tale mediazione venisse raggiunta nel XIX secolo in Germania sul seguente modello:

1. Romani, Tedeschi ed altri popoli sono tutti collegati dalle loro comuni radici Indo-Europee;

2. il diritto Romano è parte della cultura giuridica Indo-Europea;

3. il Diritto Romano è stato il miglior prodotto di questa cultura;

4. il Diritto Romano può essere la base su cui edificare un sistema giuridico Tedesco come miglior sistema giuridico occidentale.

Roma è la proiezione di un mito. La consapevolezza storica associata alle genealogie ha una dimensione politica che non può essere sottovalutata: è qualcosa per cui vale la pena di lottare. È interessante vedere, in contrapposizione ai professori tedeschi impegnati nella elaborazione della "Teoria Ariana", per esempio, studiosi Ebrei che invocano la presenza di elementi Semitici nella Roma dei primi tempi.⁹⁹ Mi sembra che questa "memoria di Roma," anche tra studiosi Ebrei, rimanga un modo per stabilire chi siamo e per raffinare l'immagine di noi stessi.

Ma una immagine dipende da una cornice. La cornice Ariana si rivelò di successo, dobbiamo, però, considerare i suoi rivali e come questi uscirono perdenti nella competizione tra teorie storiche.

(2) La "Teoria Afro-Semitica"

Rilevato lo sviluppo di una Teoria Ariana sul diritto occidentale, fondata sulle sue origini Romane, in questo paragrafo segnalo l'emersione di un modello rivale che riconduce all'Oriente e all'Africa le origini del

nota 64, pag. 44.

94. Ernst Schoenbauer, *Zur Frage des Eigentumsueberganges beim Kauf*, [Transfer of Property by Sale] in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)* 52 (1932).

95. Paul Koschaker, *Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern?* [What We Got from Indo-Germanic Comparativism?] 1 *FESTSCHRIFT HIRT* 147 (1936). Secondo Koschaker, nessuna attenzione dovrebbe essere prestata alla razza nella storia del diritto. *Inoltre* HAMZA, *supra* nota 64, pag. 46.

96. Slavomir Condanari-Michler, *Über Schuld und Schaden in der Antike* [Negligence and Damage in Ancient Law] 3 *SCRITTI FERRINI* 28 (A. Giuffrè ed., 1948).

97. GEORGES DUMEZIL, *ARCHAIC ROMAN RELIGION* 585 (1966) (con riguardo ai riti di matrimonio in Roma e nell'antica India).

98. WHITE, *supra* nota 18, pag. 5.

99. *In generale* Yaron, *supra* nota 9.

diritto Romano. Mentre la Teoria Ariana è ancora apprezzata e riceve voci di comune consenso, la teoria concorrente è rimasta sullo sfondo, costantemente sottoposta a critica, un “incidente” nella produzione della storia del diritto. Non entro nel merito, semplicemente “riscopri” un modello diverso ed alternativo, per dar prova dei contrasti esistenti tra gli studiosi nel processo di elaborazione della tradizione giuridica occidentale come tradizione tipicamente “occidentale”. Chiamo questa teoria rivale rivisitata “Teoria Afro-Semitica” perchè guarda al Medio Oriente ed all’Egitto come a luoghi dotati di una cultura giuridica d’alto livello, da cui i Romani mutuarono dottrine molto più avanzate di quelle possedute, proprio in un tempo in cui il Diritto Romano era ancora quasi primitivo.

Non mi interessa stabilire se gli Egiziani possano essere definiti “Africani” in ragione della loro razza.¹⁰⁰ Uso il termine “Africa” e “Africano” in accezione prettamente geografica, semplicemente perchè l’Egitto si trova in Africa. Voglio usare questo termine perchè è stato spesso “ricusato” nelle discussioni tra gli storici del diritto, nel corso delle quali ci si riferisce all’Egitto come ad un paese “Orientale” o Medio Orientale, o, nell’ipotesi migliore, ad una regione del Mediterraneo. Dato che si discute delle origini ariane e il tema è pieno zeppo di termini partigiani e di “etichette”, preferisco assumere un atteggiamento neutrale e liberale vecchio stile, facendo riferimento ai paesi solo da un punto di vista geografico, per dimostrare che anche in quest’ottica ormai sorpassata il “rifiuto” del termine “Africano” è sorprendente, e come tale desta particolare interesse, anche se (o specialmente perchè) può essere razionalmente giustificato dagli storici del diritto tradizionali. L’impiego che ne intendo fare può essere parimenti giustificato in base a principi “neutrali”, anche se non vuole essere per nulla neutrale. Uso tale termine perchè voglio accentuare la contrapposizione tra le due teorie.

Per ragioni simili, ma distinte, preferisco talvolta impiegare il termine “Semitico” con riferimento alla razza dei popoli in questione, piuttosto che i termini geografici più neutri come “Medio Oriente” o “Vicino Oriente” etc. Se “loro” usano l’attributo “Ariano”, è un pò da timidi o paurosi replicare con l’aggettivo “Orientale” o altri simili. Se sono in gioco questioni politiche preferisco evidenziarle, piuttosto che nasconderele sotto il velo di docili etichette. Perciò il mio uso è sicuramente strategico, ma l’intento è semplicemente quello di rendere gli “oggetti” più chiari. Ogniqualvolta sono coinvolti popoli non-Semitici e non-Romani userò, naturalmente, termini geografici come Mediterraneo, od Orientale e così via.

A queste condizioni, è possibile constatare che la teoria “Afro-Semitica” prese piede dopo la scoperta del cosiddetto “Syrisch-roemisches Rechtsbuch,” uno straordinario libro antico di diritto comparato sulle

100. Kathryn A. Bard, *Ancient Egyptians and the Issue of Race*, in BLACK ATHENA REVISITED, *supra* nota 3, pag. 103.

istituzioni Siriane e Romane.¹⁰¹ Tale scoperta diede origine ad un lungo dibattito tra gli studiosi: alcuni enfatizzavano le influenze greche (Indo-Europee); altri sottolineavano le trasposizioni dal diritto Ebraico (semitico); altri ancora mettevano in luce una analogia con i testi giuridici cuneiformi.¹⁰² Il libro siriano era enigmatico e camaleontico¹⁰³, tale da cambiare colore e sfumatura a seconda dello scopo teoretico perseguito dallo studioso che lo esaminava, ma diede un impulso agli studi sulle reciproche connessioni esistenti tra il Diritto Romano ed altri Diritti antichi non Indo-Europei. È in questo contesto che, nell'ultima parte del XIX secolo, un gruppo di studiosi Francesi avanzò la teoria secondo cui il Diritto Romano sarebbe un miscuglio, un amalgama di antichi caratteri giuridici Orientali ed Africani.¹⁰⁴ Questa teoria, fondata o meno che fosse, è ovviamente importante per la nostra ricerca, come teoria alternativa a quella Ariana (e al correlato concetto della "Unicità" del Diritto Romano), dal momento che ne contesta seriamente l'attendibilità. Secondo tale dottrina, il Diritto Romano si sviluppò come insieme di elementi mutuati dall'Egitto e dal Medio Oriente.¹⁰⁵

È molto interessante, per chi viva in America, notare che il contrasto tra la Teoria Ariana e la Teoria Afro-Semitica, che puntava ad una dimensione Mediterranea dell'evoluzione giuridica in contrapposizione ad una dimensione Nordica ed Ariana, riflette esattamente l'antagonismo tra studiosi Tedeschi e Francesi nel ben noto contesto delle tensioni culturali esistenti in Europa alla fine del XIX secolo.

Inoltre, il dissidio tra le due teorie corrisponde a quello esistente tra un modello evolucionista ed un approccio diffusionista: secondo il primo le istituzioni sociali evolvono entro una particolare società; in base al secondo le istituzioni si trasmettono tra differenti culture. Il periodo che va dalla fine dell'ultimo secolo al primo quarto del presente è stato segnato da forti scontri tra diffusionisti ed evolucionisti,¹⁰⁶ i due approcci erano percepiti, al

101. Questo "Rechtbuch" venne riscoperto da Land che ne curò la pubblicazione nel 1862. J.P.N. LAND, ANECDOTA SYRIACA (1862), citato da PAUL KOSCHAKER, DIE KRISE DES ROEMISCHEN RECHTS UND DIE ROMANISTISCHE RECHWISSENSCHAFT [THE CRISIS OF ROMAN LAW] 276 (1938).

102. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 53.

103. WALTER SELB, ZUR BEDEUTUNG DES SYRISCH-ROMISCHEN RECHTSBUCHES [ON THE MEANING OF THE SYRIAN-ROMAN LAW BOOK] 331 (1964).

104. In confronto con la solida reputazione ancora conservata dagli studiosi Tedeschi, per quanto politicamente partigiani, questi studiosi Francesi sono tutt'oggi immediatamente presentati come "esponenti di teorie basate su assunzioni fittizie" e si dice che la scoperta delle interrelazioni tra il Diritto Romano ed il Diritto Siriaco "porta in sé i semi di teorie non scientifiche, basate soltanto su ipotesi impudenti." HAMZA, *supra* nota 64, pag. 54.

105. EUGENE REVILLOUT, LES OBLIGATIONS EN DROIT EGYPTIEN COMPARE AUX AUTRE DROITS DE L' ANTIQUITE [THE LAW OF OBLIGATIONS IN ANCIENT EGYPT COMPARED WITH OTHER RIGHTS OF ANTIQUITY] 79 (1886) ("[L]'histoire du droit romain n'est plus que l'histoire d'enprunts successifs.").

106. ROBERT H. LOWIE, PRIMITIVE SOCIETY 430-41 (1920); inoltre Jackson, *Evolution and*

tempo, come tali da escludersi a vicenda.¹⁰⁷ La Teoria Ariana è basata sull'idea di una evoluzione interna, mentre la Teoria Afro-Semita concepisce la storia del diritto come storia di trasposizioni e derivazioni. È evidente che il primo modello è basato sulla razza (e da questa influenzato), quali che siano le idee politiche dei suoi esponenti, in quanto si ritiene che l'evoluzione interna sia avvenuta entro lo stesso gruppo etnico, mentre l'approccio alternativo riconosce apertamente l'indifferenza della razza allo sviluppo giuridico.

I due modelli si basano su diverse ideologie del Diritto Romano, il che può spiegare, a sua volta, il diverso impatto che ebbero sui "professionisti". Secondo la Teoria Ariana, il Diritto Romano è ancora il prodotto finale e superiore di una originale ed unica storia della razza Indo-Europea.¹⁰⁸ Secondo la Teoria Afro-Semita, il Diritto Romano è, implicitamente o esplicitamente, un diritto povero che evolse grazie ad elementi mutuati da sistemi giuridici più avanzati sviluppatasi nella parte Orientale ed Africana del bacino del Mediterraneo.

Infine, nella Teoria Ariana è implicito quello che potrei definire un modello di continuità dell'evoluzione giuridica romana nell'ambito della famiglia Indo-Europea. Per contro, facendo propria la rivale Teoria Afro-Semita, si può facilmente utilizzare un approccio che potrei chiamare di discontinuità¹⁰⁹ al Diritto Romano, in quanto ciascun elemento preso a prestito dall'Egitto o dal Medio Oriente rappresenta chiaramente una rottura con l'originale tradizione romana.

Per comprendere la netta contrapposizione tra le due teorie dobbiamo esaminare l'opera degli studiosi francesi che elaborarono la Teoria Afro-Mediterranea: gli orientalisti Revillout e Lapogue.

Revillout (1847-1913) è un personaggio enigmatico e bizzarro. Fu studioso di antichi linguaggi, demotico, ieratico, copto, che ricopriva la carica di "Conservateur au Louvre". Come tale fu studioso affermato in egittologia, ma decise di dedicarsi alla nascente disciplina degli studi giuridici Egiziani¹¹⁰ con l'espresso intento di elaborare una teoria sulle origini egiziane del diritto Romano.¹¹¹

Foreign influence in Ancient Law, 16 AM. J. COMP. L. 372, 374 (1968).

107. BARBARA MCNAIRN, *THE METHOD AND THEORY OF V. GORDON CHILDE* 7 (1980).

108. Con alcune incoerenze, i sostenitori di tale modello normalmente credono che il prodotto finale di una "evoluzione basata sulla razza" possa essere utilmente trsposto per regolare l'esistenza di altre razze.

109. Per un dibattito sull'opposizione tra continuità e discontinuità nell'approccio storico, si veda *infra* nota 164 e testi ivi indicati.

110. EUGENE REVILLOUT, *LA PROPRIETE, SES DEMEMBREMENTS, LA POSSESSION ET LEURS TRANSMISSIONS EN DROIT EGYPTEN COMPARE AUX AUTRES DROITS DE L'ANTIQUITE* [PROPERTY AND POSSESSION IN EGYPTIAN LAW] (Ernest Leroux ed., 1897); EUGENE REVILLOUT, *PRECIS DU DROIT EGYPTIEN COMPARE AUX AUTRES DROITS DE L'ANTIQUITE* [A TEXTBOOK ON EGYPTIAN LAW] (Girard & Brière 1903). Su Revillout, HAMZA, *supra* nota 64, pag. 54.

111. EUGENE REVILLOUT, *LES ORIGINES EGYPTIENNES DU DROIT CIVIL ROMAIN* [THE EGYPTIAN ORIGINS OF ROMAN CIVIL LAW] (Librarie Paul Geuthner, 1912).

Il punto centrale della tesi di Revillout era che il diritto Romano crebbe come insieme di elementi giuridici mutuati altrove. Così la sua teoria respinse integralmente i modelli formulati dai Romanisti di professione. In particolare, sostenne tre idee fondamentali sui trapianti Afro-Mediterranei nel diritto Romano:

1. il diritto commerciale Romano ed il diritto delle obbligazioni, presentati come prodotti tipici della giurisprudenza romana,¹¹² derivano, in realtà, dal diritto babilonese;¹¹³

2. il diritto Pubblico, la struttura del diritto e le relazioni politiche vennero mutuati dalla Grecia;

3. il diritto delle persone e la giurisprudenza erano di origine egiziana.

Stando ai suoi progetti, questa teoria avrebbe dovuto essere sviluppata a fondo, insieme con il fratello Victor Revillout,¹¹⁴ altro famoso orientalista, in una nuova edizione dei Codici Giustinianeï, in modo da evidenziare l'origine non-Romana di ciascuna regola, testo od opinione inseriti nella compilazione dell'Imperatore, libro per libro e pagina per pagina. Possiamo oggi comprendere in quale misura il suo progetto fosse, concretamente, un saggio sulla globale *decostruzione* del Diritto Romano, così come una critica delle prevalenti dottrine. Revillout intese svolgere una critica globale¹¹⁵ della storia giuridica del suo tempo.

Grazie alla sua teoria Revillout, che di professione era Egittologo, guadagnò una cattiva reputazione tra gli storici del diritto ed i Romanisti (che non erano e normalmente non sono egittologi specialisti); perciò le sue idee vennero presentate semplicemente come quelle di un "non accademico."¹¹⁶

Era davvero un fanatico? Sicuramente era orgoglioso ed isolato e dà l'impressione di aver pensato di aprire una nuova strada e di essere il solo a percorrerla.¹¹⁷ Sicuramente la concezione proposta in relazione alle attitudini delle differenti razze era antiquata: i Romani erano Indo-Eurpoei come lo erano i Dorici ed erano essenzialmente atti alla guerra; i babilonesi, per contro, possedevano (secondo la sua opinione) un particolare genio per il commercio; gli Egiziani ebbero speciale attitudine alle speculazioni morali.¹¹⁸ Nonostante queste categorizzazioni, Revillout non fu quello che oggi potremmo definire "razzista". Quanto all'India, negò qualsiasi debito della "nostra" civiltà verso gli "Indiani" e non attribuì alcuna importanza alla condivisione del "medesimo sangue"; ma al

112. ZIMMERMANN, *supra* nota 46, pag. 1.

113. HAMZA, *supra* nota 46, pag. 54.

114. *Id.* pagg. 54-55.

115. Per una definizione di critica globale, esterna ed interna, si veda KENNEDY, *supra* nota 8, pagg. 92-93.

116. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 56.

117. REVILLOUT, *supra* nota 110, Parte v ("La science du droit égyptien, créé par moi, progresse chaque jour par suite de mes nouvelles études.").

118. *Id.* Parti v- vi.

contempo il discorso di Revillout colpisce il suo pubblico quando sostiene che “noi” non abbiamo nulla in comune con gli Ebrei se non la nostra propensione religiosa.¹¹⁹

Scandagliando le teorie di Revillout, il lettore vede profilarsi delle stranezze. Per esempio, egli ritiene che anche gli estensori delle XII Tavole, il primo pezzo della legislazione Romana,¹²⁰ furono ispirati dall’esperienza del tiranno Amasis, risalente ad alcune decine di anni prima, presentato come una sorta di Cromwell Egiziano.¹²¹ È difficile uniformarsi a questa narrazione, soprattutto perchè è troppo stridente e frutto di esaltazione. L’analisi filologica è embrionale, la narrazione è di parte, esattamente come accade nelle opere dei genii incompresi, che devono combattere contro tutto il mondo animati da uno spirito di vendetta. Non ci può essere alcun dubbio, comunque, sul fatto che Revillout abbia fondato la sua opera su un approccio diffusionista¹²² contrapposto al modello dell’intima evoluzione organica proposto dalla teoria Ariana; un approccio oggi agevolmente abbandonato in quanto sorpassato. Ma verso la fine del secolo scorso, esso offrì un’alternativa rivale all’antico e predominante approccio evoluzionista.¹²³

Non intendo dimostrare che Revillout era competente, anche se ai suoi tempi era uno studioso accreditato. Ciò che importa è riconoscere che Revillout propose un nuovo modello e capire quale fosse la reazione. Dunque, ancora una volta faccio mio un atteggiamento “neutrale”, perchè ritengo sufficiente dimostrare, nel prossimo paragrafo, che, se la sua teoria presentava difetti, la reazione che generò non fu migliore.

Secondo Hamza, Revillout non era solo.¹²⁴ Un altro eminente orientalista francese, il Lapogue,¹²⁵ seguì, autonomamente, un approccio simile. Evidenziando l’influenza del diritto Assiro, Lapogue sostenne due idee, la prima con riferimento alla repubblica romana, la seconda con riferimento ai grandi giuristi dell’Impero. La sua prima idea è che il “Praetor peregrinus”¹²⁶ a Roma trapiantò nel Diritto Romano ampie

119. *Id.*, Parte vi (“[N]ous ne tenons rien de l’Inde, si ce n’est peut-etre un sang commun, et que le juifs ne nous ont guere fourni que leurs traditions messianiques.”).

120. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 2.

121. *See* REVILLOUT, *supra* nota 110, pag. 21.

122. P. Haider, *Vergleichende Voelkerkunde*, in F. HAMPL & I. WEILER, VERGLEICHENDE GESCHICHTSWISSENSCHAFT [COMPARATIVE HISTORY] 185 (1978).

123. LOWIE, *supra* nota 106, pag. 21.

124. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 55.

125. Sull’importanza di Lapogue, HAMZA, *supra* nota 64, pag. 55.

126. Il *Praetor* era il magistrato romano deputato all’esercizio della funzione giurisdizionale. H. F. JOLOWICZ, HISTORICAL INTRODUCTION TO THE STUDY OF ROMAN LAW 46-50 (1939). Non era un giudice nel senso attuale del termine. *Cfr. Id.* Il processo civile Romano, fino all’epoca imperiale, si svolgeva sempre in due fasi. *Cfr. Id.* Il *Praetor* era incaricato, nella prima fase, di individuare i termini della questione in gioco. *Cfr. Id.* Quindi, nella seconda fase, si svolgeva il processo vero e proprio e la questione, così come posta dal *Praetor*, veniva decisa da un giudice (*judex*) che non era un magistrato, ma un privato nominato per tali fini. *Cfr. Id.* Nel 242 A.C. si

porzioni dei sistemi giuridici Orientali.¹²⁷ La sua seconda idea è che un ulteriore e maggior trapianto si verificò durante l'età dei grandi giuristi classici, posto che nessuno di costoro (specialmente Papiniano ed Ulpiano¹²⁸) era di origini romane. Ma il cuore della teoria di Lapogue è che l'attività dei giuristi venne dedicata all'estensione del diritto Romano trasformandolo da diritto della città di Roma in diritto "globale" per l'Impero e ciò mediante la sussunzione di molte pratiche delle province entro la cornice delle categorie romane. Questa considerazione è molto più apprezzabile oggi di quanto avrebbe potuto esserlo nel contesto coloniale che dominò l'Europa alla fine del secolo scorso.¹²⁹

L'opera di Lapogue pare più sensata delle bizzarre suggestioni di Revillout sulle XII Tavole, ma venne immediatamente associata a queste ultime e affrontata con ironia.¹³⁰ Si trattò di una ingiustizia. Lapogue aveva raggiunto risultati indipendenti e sviluppato autonome argomentazioni. La strategia adottata contro di lui si servì delle parti peggiori della teoria di Revillout per metter in dubbio le sue teorie. Per attaccare Lapogue, i critici evidenziarono la debolezza dell'esplicita affermazione di Lapogue secondo cui esisterebbe una trasposizione di modelli dal diritto Assiro e fu facile dimostrare che egli giunse alle sue conclusioni basandosi solo su di una unica tavoletta cuneiforme.¹³¹ La critica fu ingiusta. Non è che Lapogue giunse alle sue conclusioni sulla base di un solo documento, ma piuttosto l'analisi di un solo documento, di recente scoperta, lo portò ad avanzare ipotesi che dovevano essere verificate. Propose un nuovo modello per spiegare le origini del diritto Romano, ma le sue teorie vennero abbandonate prima di essere effettivamente esaminate. Lapogue, infatti, aveva proposto numerosi argomenti basati sull'analisi del processo romano, su cui esisteva una grande quantità di documenti, ma la sua opera venne rigettata ab initio per l'accenno ad una "connessione Assira" sulla quale possedeva solo un documento. Dunque, l'unicità della fonte Assira venne utilizzata per gettare ombre su tutta la sua opera.

Il contrattacco mosso dai tradizionali romanisti è una pietra angolare che mostra come le idee attualmente condivise sul Diritto Romano e sull'Occidente si formarono insieme, perciò nel prossimo paragrafo analizzo in dettaglio queste reazioni.

istituiti una divisione di competenze tra due Praetores, l'uno (*praetor urbanus*) sovrintendeva all'esercizio della giurisdizione tra i cittadini, l'altro (*praetor peregrinus*, praetor "straniero") risolveva le controversie tra stranieri o tra cittadini e stranieri. *Cfr. Id.*

127. G. Lapogue, *Le Dossier de Bunanitun*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Francais et Itranger* 10 (1886).

128. *Infra* nota 346, 349 e relativo testo.

129. *Cfr.* l'analisi *infra* Part II.F (intitolata "Revisione e Deromanizzazione").

130. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 55, in riferimento a LUDWIG MITTEIS, REICHSRECHT UND VOLKSRECHT IN DEN _STLICHEN PROVINZEN DES R_ MISCHEM KAISERREICHES [STATE LAW AND POPULAR LAW IN THE EASTERN ROMAN EMPIRE] 13 (B.G. Teubner 1891).

131. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 55.

B. Reazione al Revisionismo: la Resistenza dei Professionisti

L'ipotesi "Afro-Semitica" generò una forte reazione nel mondo dei professionisti. L'opposto orientamento fu capeggiato da Gilson in Francia ed in Germania da eminenti studiosi quali Mitteis e Goldschmidt. Il punto di forza della loro replica consisteva nell'elogiare l'"originalità" e la "capacità di rinnovamento" del Diritto Romano; era, questa, una risposta strategica ai non-professionisti che si erano intromessi. Il Diritto Romano – si argomentava – può avere mutuato modelli da altri diritti, ma furono il genio giuridico Romano e la superiore capacità del diritto Romano a trasformare gli elementi recepiti in raffinati concetti giuridici. Considerando i contributi esogeni come materiali giuridici rozzi, il loro apporto non poteva che essere ridotto al minimo o, addirittura, ignorato.

La "Teoria dell'Unicità" fu elaborata in Francia da Glasson dopo che Glasson aveva affrontato la coesistenza di vari diritti Mediterranei e Medio-Orientali. Glasson, specialmente nella seconda edizione di un'opera sul matrimonio ed il divorzio¹³² coniugò l'approccio storico con l'analisi comparata. Nella sua impostazione, tuttavia, la comparazione non comporta la valutazione degli elementi recepiti. Glasson non poté, certo, negare l'importanza dei diritti Afro-Mediterranei, ma tentò di dominare e controllare il significato della loro stessa esistenza ricorrendo ad un approccio tipologico:¹³³ un sistema basato sulla vita indipendente di differenti diritti senza alcuna considerazione dei possibili e reciproci prestiti e trapianti. Si deve sottolineare che nell'opera di Glasson non c'è posto per la "Teoria Ariana":¹³⁴ il suo approccio tipologico consentì al Diritto Romano di crescere in modo autonomo da ogni altro diritto preesistente.

L'enfasi posta sull'autonomia del Diritto Romano, solidamente fondata in questo approccio, venne ribadita apertamente da Gilson vent'anni dopo.¹³⁵ Proprio alla fine del XIX secolo Gilson non avrebbe potuto negare la confluenza, nel Diritto Romano, di elementi recepiti attraverso la pratica della giurisprudenza internazionale esercitata dal *Praetor*.¹³⁶ Ma, con l'aiuto di una metafora, egli eterizzò il loro possibile impatto sulla purezza ed unicità del Diritto Romano. Usò la metafora della "assimilazione organica" di questi elementi, incapaci di mutare il carattere "autoctono" del Diritto Romano.¹³⁷ È importante, per i nostri fini, riportare

132. ERNEST GLASSON, *LE MARIAGE CIVIL ET LE DIVORCE DANS L'ANTIQUITE ET DANS LES PRINCIPALES LEGISLATIONS MODERNES DE L'EUROPE* [MARRIAGE AND DIVORCE IN ANCIENT AND MODERN EUROPEAN LAW] (A. Durand, 2d ed. 1880). Su Glasson, HAMZA, *supra* nota 64, pag 55.

133. L.J. CONSTANTINESCO, *RECHTVERGLEICHUNG BAND I* [COMPARATIVE LAW] 126 (1971).

134. HAMZA, *supra* nota 64, pagg. 55-56.

135. J. GILSON, *supra* nota 84, pag. 24.

136. *Supra* nota 114 e relativo testo.

137. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 56.

le sue parole:

Attraverso il contatto con concezioni giuridiche straniere, la cui esistenza è oggi ben ammessa, il Diritto Romano si rinnovò. Al pari di un organismo assimilò questi elementi esotici, che non deformarono il sistema giuridico Romano, ma, al contrario, contribuirono a renderlo più vivo e giovane.¹³⁸

È facile ricavare da questa citazione tre elementi. Primo: le recezioni dal mondo giuridico Afro-Mediterraneo sono date per scontate ed ammesse non da un *outsider* o da uno stravagante, ma da uno dei leader della professione. Secondo: emerge la presunzione dei Romanisti che elementi stranieri possano solo “deformare” il Diritto Romano, in quanto puro ed originario. È impossibile pensare che il Diritto Romano possa ricevere un miglioramento dai diritti Afro-Mediterranei (chiaramente il discorso scivola da principi scientifici a valutazioni estetiche di parte).

Infine, in questa ricostruzione estetica, il problema del “contatto” e della possibile “contaminazione” del Diritto Romano viene spiegato mediante il ricorso ad una metafora, un artificio meramente retorico: grazie al genio Romano il contatto si è risolto in una assimilazione organica, evidenziando la favolosa capacità di rinnovamento¹³⁹ del Diritto Romano anche a fronte di simili pericolosi contatti con “altre” culture.

Il carattere “estetico” della metafora è, poi, fin troppo chiaro nella chiusa secondo cui il Diritto Romano possiede un corpo, che, grazie alle sue qualità, esce da tali pericolosi contatti “più vivo e più giovane”.

In questa sede prendo in considerazione le principali caratteristiche del mitico Diritto Romano: la sua capacità di rinnovamento e di assimilazione e la capacità di rimanere un sistema giuridico unico ed eccellente.

Questo approccio è stato condiviso da vari eminenti giuristi, come Lambert ed Appleton.¹⁴⁰ Sia Lambert¹⁴¹ che Appleton,¹⁴² studiando il diritto successorio e testamentario, ed evidenziarono il carattere autonomo del Diritto Romano, tanto che proprio l’esistenza di elementi mutuati da altri diritti divenne la prova provata della sua unicità e superiorità. Non si può che guardare con ammirazione all’elaborazione di questa dottrina come opera magistrale di difesa culturale.

Sul versante Tedesco si ritrovano ancor più considerevoli e strenui

138. GILSON, *supra* nota 84, pag. 10 (“Au contact de ces idées juridiques étrangères dont la persistance est aujourd’hui nettement établie, il a renouvelé sa substance. Mais, comme les organismes, il s’est assimilé ces éléments étrangers. Ceux-ci n’ont pas déformé le système romain, ils l’ont au contraire, vivifié et rejeuni.”).

139. Per una riaffermazione di tale capacità di rinnovamento, Johnston, *supra* nota 42.

140. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 56.

141. E. LAMBERT, LA TRADITION ROMAINE SUR LA SUCCESSION DES FORMES DU TESTAMENT DEVANT L’HISTOIRE COMPARATIVE [FORMS OF WILL IN ROMAN LAW IN LIGHT OF COMPARATIVE HISTORY] (1900).

142. E. APPLETON, LE TESTAMENT ROMAIN. LA METHODE DU DROIT COMPARE ET L’AUTHENTICITE DES XII TABLES [WILLS IN ROMAN LAW. COMPARATIVE LEGAL METHODOLOGY AND THE QUEST FOR AUTHENTICITY OF THE XII TABLES] (1902).

tentativi di difesa culturale nelle opere di Mitteis e Goldschmidt. I due autori perseguirono differenti strategie, entrambe, comunque, volte a rendere sterili le possibili influenze derivanti dall'Asia e dall'Africa. Una strategia venne basata sul ruolo della cultura greca nella trasposizione di modelli Afro-Semitici; l'altra venne fondata su considerazioni generali di carattere economico. Entrambe analizzarono e recisamente contestarono le opere di Revillout.

Mitteis è considerato il fondatore della Scuola dell'*Antike Rechtsgeschichte*, lo studio degli antichi Diritti Mediterranei, grazie alla sua opera fondamentale sul diritto "comune" applicato nella parte Orientale dell'Impero.¹⁴³ Mitteis non negò il grande impatto dei modelli orientali sul Diritto Pubblico Imperiale (questione che affronterò in dettaglio in seguito), ma, sorprendentemente, attribuì la paternità di questi modelli ai Greci. Diede importanza cruciale all'influenza greca nello sviluppo del Diritto Romano post-classico.¹⁴⁴ Il punto è che la forma del Sacro Impero, adottata per governare l'antica Roma nel Periodo post-classico (dopo il III secolo d.C.), era già esistita nell'Asia Occidentale, in Asia ed in Egitto.¹⁴⁵ I Greci mai la elaborarono. Ma successivamente alla conquista dell'Egitto e del Medio Oriente da parte di Alessandro, i suoi discendenti fecero propria tale forma di governo. Secondo la teoria di Mitteis, fu l'influenza dell'ideale Greco Ellenistico sul diritto Romano a spiegare l'adozione finale di questa come forma di governo del Tardo Impero Romano. L'intento di Mitteis è chiaro: i modelli Asiatico ed Africano furono assunti *in primis* dai Greci e poi, secoli dopo, dai Romani; ciò che i Romani mutuarono fu una trasposizione dalla Grecia, nell'ambito della medesima famiglia Indo-Europea.

È come confondere il lattaiolo con la mucca. Poiché tutto ciò che era Egiziano, o Assiro, o Persiano è stato filtrato dalla cultura greca, tutto ciò divenne un Ideale Greco; conseguentemente i Romani si indebitarono con i Greci e non con i predecessori dei Greci. Ancora una volta ci imbattiamo nella "passione Tedesca" per la Grecia.¹⁴⁶ Proprio un autorevole studioso come Paul Koschaker percepì il carattere strategico di questa teoria e dimostrò come avrebbe potuto aiutare ad evitare la "detronizzazione" del Diritto Romano.¹⁴⁷

La strategia di Goldschmidt fu completamente diversa. Egli evidenziò

143. MITTEIS, *supra* nota 130, pag. 13.

144. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 56. Questa "grecizzazione" delle culture Afro-orientali è ancora di tutta evidenza nei nostri studi attuali. Basti pensare che, nella storia del Cristianesimo, noi diamo l'appellativo di Padri Greci ad autori che erano tutti, o quasi tutti, egiziani, siriaci o cappadoci, nascondendo, in tal modo, completamente la loro origine non Indoeuropea.

145. *Cfr.* l'analisi *infra* Parte II.C (intitolata "L'origine dello Stato"). Si noti come si "nasconde" il fatto che l'Egitto si trova in Africa!

146. Norton, *supra* nota 81.

147. Koschaker, *supra* nota 95, pag. 274.

l'unità economica dell'antico mondo Mediterraneo nel suo complesso,¹⁴⁸ pensando che tale unità potesse legittimare l'uso di un metodo "genetico" nello studio delle istituzioni giuridiche degli Egiziani, dei Babilonesi, degli Assiri, dei Greci e dei Romani. Perciò Goldschmidt era propenso a considerare alcune istituzioni Romane come risultato derivante da precedenti concezioni Orientali o Egiziane e a verificare la teoria Afro-Mediterranea, proposta da Revillout su queste basi. Goldschmidt, tuttavia, criticò fortemente ed apertamente l'opera di Revillout non sulla base di accertamenti di carattere storico, o ricorrendo all'analisi filologica delle fonti, ma piuttosto e semplicemente perchè l'Orientalista Francese non si era reso conto che il "Rechtsschoepfung", la capacità di produrre il diritto, "era peculiare al genio Romano."¹⁴⁹ La sua teoria è così imbevuta di preconcetti sulla superiorità Romana nel campo del diritto, che questi stessi pre-concetti, non sottoposti a verifica, vengono apertamente definiti come le colonne portanti della teoria. Non contestò la comparsa, sia pure in forma embrionale, di molti istituti commerciali nel diritto Babilonese, Egiziano, Fenicio e Greco; pensò, comunque, che questi istituti ricevettero "adeguata veste giuridica" solo nel Diritto Romano. Quindi, pur senza negare l'esistenza di elementi mutuati altrove, sostenne che solo il genio romano seppe trasformare tali recezioni in funzionanti istituti giuridici. È ancora l'inspiegabile "unicità" di Roma a trasformare, come la mano del re Mida, fango in oro. Ciò perchè Goldschmidt respinge recisamente le teorie di Revillout e Lapouge come "sogni e favole"¹⁵⁰ e riafferma "senza ambiguità alcuna la supremazia del diritto Romano."¹⁵¹

La continue scoperte, compreso il ritrovamento della stele di Susa nel 1901, con il testo del Codice di Hammurabi,¹⁵² diedero nuovo impulso alle ipotesi Afro-Semitiche, tanto che Mueller, famoso studioso Austriaco, avanzò la tesi secondo cui sarebbe esistito un comune diritto Mediterraneo, di cui il diritto Romano sarebbe stato solo un esempio.¹⁵³ Ma ancora una volta questa teoria, presentata semplicemente come tentativo di spiegazione in corso di sviluppo, venne stroncata dagli storici del diritto in quanto inutile ed errata.¹⁵⁴ Il principale argomento contro Mueller fu sempre il riferimento alla unicità romana nel processo di sviluppo di idee "primitive" eventualmente condivise con altre civiltà antiche.

148. I LEVIN GOLDSCHMIDT, HANDBUCH DES HANDELSRECHTS [HANDBOOK OF COMMERCIAL LAW] 43 (Stuttgart, F. Enke, 3d ed. 1874).

149. *Id.* pag. 38 n. 72; inoltre HAMZA, *supra* nota 64, pag. 57

150. *Id.* PAG. 52.

151. HAMZA, *supra* nota 64, pag. 59.

152. *Infra* nota 332 e relativo testo.

153. W. MUELLER, DIE GESETZE HAMMURABIS UND IHR VERHAELTNIS ZUR MOSAISCHEN GESETZGEBUNG, SOWIE ZU DEN 12 TAFELN [THE CODE OF HAMMURABI COMPARED WITH MOSAIC AND ROMAN LAWS] (1903).

154. Piero Bonfante, *Il Codice di Hammurabi e le XII Tavole* [The Hammurabi Code and the Twelve Tables], in 1 MÉLANGES CORNIL 119 (Gand ed. 1926).

Alla fine di questo paragrafo voglio anticipare ciò che sarà trattato dettagliatamente nella seconda parte, segnalando che oggi l'analisi filologica delle fonti, basata sulla valutazione diretta di molti documenti giuridici antichi, sta mutando l'opinione e la considerazione di Revillout. Esaminando, di recente, centinaia di documenti giuridici Egiziani, Cruz-Urbe conclude come segue:

Io davvero ritengo che l'approccio di Revillout era corretto... e che è consentito un nuovo esame del materiale utilizzando le premesse di Revillout come punto di partenza.¹⁵⁵

Tale revisionismo non è per nulla tollerato dagli "esperti" del Diritto Romano, con l'autorevole eccezione di Hamza. Piuttosto è stato sviluppato da studiosi del diritto antico in modo autonomo, al di fuori della cerchia accademica dei Romanisti.

C. Il "Canone Occidentale": Tradizione e Disseminazione

Ora che abbiamo ricostruito la storia della consapevolezza storica¹⁵⁶ della tradizione giuridica occidentale, disponiamo degli strumenti necessari per affrontare i dogmi che stanno alla base della cosiddetta tradizione giuridica occidentale.

Il mio punto di vista è che Revillout e Lapouge ne avevano ragione, nè erano dei folli. Non mi interessa per nulla la loro reputazione, così come non mi interessa la considerazione degli altri studiosi tedeschi che abbiamo incontrato. Inoltre, credo che noi non possediamo, al giorno d'oggi, una conoscenza del mondo antico tale da sostenere appieno le loro teorie. Intendo evidenziare che le risposte dei professionisti all'ipotesi Afro-Semita sono state di tipo "poetico"— metafore, espedienti retorici, argomenti estetici— e certamente non si addicono ai loro presunti standards scientifici. Ciò che per me è interessante è quella sorta di difficoltà ed imbarazzo mostrata dai professionisti, che li portava a rafforzare i propri dogmi "scientifici". I professionisti erano a disagio, quindi ricorrevano a forme retoriche¹⁵⁷ piuttosto che ad argomentazioni per sostenere le loro opinioni.

Abbiamo visto che gli storici del diritto professionisti riconobbero un numero crescente di "prestiti", ma elaborarono e perfezionarono un modello in cui tali prestiti sono inseriti nella cornice del Diritto Romano, in continuo rinnovamento. Questo modello – credo- è lo stesso che vediamo oggi applicato nelle teorie di Johnston o Zimmerman.¹⁵⁸ Esso ha il fine di mostrare (ma è al contempo basato su) la continuità e grandezza della tradizione romana, poste fuori discussione. La precedente teoria Ariana è

155. EUGENE CRUZ-URIBE, SAITE AND PERSIAN DEMOTIC CATTLE DOCUMENTS: A STUDY IN LEGAL FORMS AND PRINCIPLES IN ANCIENT EGYPT 80 (1985).

156. WHITE, *supra* nota 18, pag. 1.

157. *Id.* pagg. 31-32.

158. Johnston, *supra* nota 42; *see also* ZIMMERMAN, *supra* nota 46.

stata abbandonata e il più entusiastico orgoglio per l'unicità romana non viene più apertamente decantato, ma nel corso del dibattito è stata elaborata una teoria più nuova ed ancor più forte.

Cercherò di descrivere sommariamente questa teoria, le intrinseche difese contro le critiche esterne e la sua importanza per l'attuale comprensione della tradizione giuridica occidentale.

Questa teoria è basata, innanzi tutto, proprio sulla idea di tradizione intesa come corpo vivente e rigenerantesi di concetti ed idee. Possiamo fare riferimento alla dottrina di Berman sulle tradizioni, come l'ultimo, generale tentativo di riassembleare il "package" della tradizione giuridica occidentale. Secondo questa dottrina, per parlare di una "tradizione" giuridica occidentale è necessario porre attenzione a due fattori:¹⁵⁹ in primo luogo le istituzioni giuridiche si sono sviluppate continuamente per generazioni e secoli, in modo consapevole anche se non premeditato, costruendo sul lavoro delle precedenti generazioni per il conseguimento di particolari obiettivi; in secondo luogo questo processo di sviluppo continuo è concepito come processo non di semplice mutamento, bensì di crescita organica.¹⁶⁰ Secondo questo modello, una tradizione è una cosa "reale" che esiste e che possiamo osservare. È qualcosa cui possiamo prendere parte, che possiamo contribuire a far evolvere. Ma una "tradizione" non è il risultato o il frutto di una nostra strategia. Non è intesa come il particolare risultato che si ottiene imponendo una cornice ai fatti esterni per tentare di trarre dagli stessi una immagine significativa.

Se così è, semplicemente ritengo che questa idea di tradizione, ancora seguita nel campo del diritto, sia in contrasto con la concezione di "conoscenza" oggi prevalente nelle scienze umane.¹⁶¹ Penso che il riunire vari elementi, differenti nel tempo e nello spazio, e, quindi, il sostenere che l'insieme di questi elementi costituisce una singola unità, discenda dall'aver assunto una "cornice". A sua volta l'adozione di una "cornice" dipende da una teoria. Dobbiamo avere una teoria che legittimi il "framework" utilizzato. L'elaborazione di una teoria è una attività orientata al perseguimento di un fine. Le teorie non vengono impresse su di noi da fatti esterni impudenti. Adottiamo una teoria per perseguire un obiettivo. Ciò semplicemente significa che una teoria dipende dai nostri obiettivi. In definitiva, l'"esistenza" di una tradizione è il prodotto delle nostre attuali strategie. Le "Tradizioni" che appaiono o pretendono di essere antiche hanno origini abbastanza recenti e talvolta sono inventate.¹⁶² Il "corso" della storia, il racconto delle opere e delle umane imprese dal passato al

159. BERMAN, *supra* nota 4, pag. 5.

160. *Id.* pagg. 5-7.

161. William Outhwaite, *Hans-Georg Gadamer*, in *THE RETURN OF GRAND THEORY IN THE HUMAN SCIENCES* 23 (Quentin Skinner ed. 1985).

162. Eric Hobsbawm, *Introduction: Inventing Traditions*, in *THE INVENTION OF TRADITION* 1 (Eric Hobsbaum & Terence Ranger eds. 1996).

presente sono un'illusione. Il nostro passato è sempre, per un certo verso, un'invenzione del nostro presente.¹⁶³

Se assumiamo questa nozione di conoscenza storica, siamo in grado di valutare e comprendere due teorie alternative ed opposte: l'una che guarda alla storia come tradizione e continuità, l'altra, antitetica, che ne rivendica la discontinuità.¹⁶⁴

È interessante notare che, mentre gli storici del diritto occidentali negli ultimi dieci anni hanno mostrato di condividere un forte pregiudizio nel senso della continuità, senza un aperto dibattito sui relativi meriti ed implicazioni¹⁶⁵, un simile dibattito dominò la scena negli anni 80 tra gli storici del diritto marxisti che esplicitamente posero la questione della discontinuità nello sviluppo storico,¹⁶⁶ con una forte accentuazione in chiave strutturalista da parte di alcuni studiosi radicali.¹⁶⁷ Ho l'impressione che la dimensione politica della narrazione storica, ovvero l'approccio scelto per consentire la mediazione tra il campo della storia ed un dato pubblico, possa facilmente emergere da queste opinioni contrapposte. Una società radicale è molto più incline a legittimarsi sulla base della discontinuità e gli storici radicali possono essere più facilmente disposti a riconoscere, nel "corso della storia", più significative cesure e momenti rivoluzionari. Ma se questo è vero per i radicali, l'opposto è altrettanto vero per i non-radicali impegnati in un progetto di legittimazione genealogica, dove il riferimento al passato può servire a gestire i problemi e le questioni generati da cambiamenti drammatici. Infatti, l'approccio basato sulla continuità, che ci consente di "osservare" l'esistenza di tradizioni, è propriamente fondato sulla negazione, tendenziosa ma sistematica, del cambiamento nel corso della storia.¹⁶⁸ Tale approccio internalizza sempre il mutamento nell'ambito di una tradizione "che evolve" e le scelte strategiche tendono ad essere presentate più come risposte ad un contesto passato con forti limitazioni,

163. Mark Philip, *Michel Foucault*, in *THE RETURN OF GRAND THEORY*, *supra* nota 161, pag. 78.

164. Traggio questa distinzione tra continuità e discontinuità nelle "storie" dalla mia lettura di MICHAEL FOUCAULT, *THE ARCHEOLOGY OF KNOWLEDGE* (Alan Sheridan Smith trans., Random House, 1972) (1969). Si possono trovare simili indicazioni in HAYDEN WHITE, *THE CONTENT OF THE FORM NARRATIVE DISCOURSE AND HISTORICAL REPRESENTATION* 109-84 (1987).

165. Implicazioni e meriti sono spesso considerati dagli storici occidentali al di fuori del campo giuridico. *Si veda, per es.*, *STUDIES IN SOCIAL DISCONTINUITY* (Charles Tilly, ed., 1972).

166. VLADIMÍR VAVRÍNEK, *FROM LATE ANTIQUITY TO EARLY BYZANTIUM* (Academia Praha ed. 1985) (richiamando un symposium sulla continuità vs. discontinuità nella formazione della società bizantina, organizzato dall'International Committee for the Promotion of Classical Studies in the Socialist Countries).

167. A.P. KAZHDAN & G. CONSTABLE, *PEOPLE AND POWER IN BYZANTIUM: AN INTRODUCTION TO MODERN BYZANTINE STUDIES* (1982). Per un esame critico della storia strutturalista in Occidente, si veda CHRISTOPHER LLOYD, *THE STRUCTURES OF HISTORY* 66-88 (1993).

168. Sull'interpretazione conservatrice del concetto di storia come "continuità e tradizione", Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 *STAN. L. REV.* 57, 57 (1984).

che come progetti, di natura più o meno politica, deliberatamente finalizzati a pianificare il futuro.¹⁶⁹

Ora possiamo percepire quanto, in realtà, sia debole tale approccio. È debole perchè si fonda sul desiderio di scorgere comunque la continuità, ostinandosi caparbiamente a non ammettere il cambiamento. Ma è abbastanza facile capovolgerlo. Dato che esso colloca inevitabilmente in primo piano la continuità, cambiamenti e cesure sullo sfondo, possiamo ricorrere al metodo delegittimista per ribaltarne i fondamenti. Possiamo, dunque, contrapporre al modello evolutivo una sorta di approccio “archeologico” discontinuo¹⁷⁰ alla diffusione¹⁷¹ dei fatti. L’idea della discontinuità è ben spiegata in Foucault, secondo il quale la storia è effettivamente tale nella misura in cui introduce discontinuità nella nostra stessa esistenza. Penso che questo approccio sia particolarmente importante in questa sede, in quanto “pone seri dubbi sulla validità ed attendibilità di una consapevolezza specificamente “storica”, dando risalto al “carattere fittizio delle ricostruzioni storiche.”¹⁷² Di conseguenza possiamo comprendere come il modello della discontinuità sia collegato al concetto di diffusione ed opposto al modello evolutivo.

Da questo punto di vista, eventi, come gli enunciati, si debbono considerare disseminati ed è chiaro che non si riuniscono da se soli fino a formare una teoria. Sono raccolti ed assemblati da gente concreta grazie al cemento della narrazione, seguendo una precisa strategia di riunione ed organizzazione. Sono confezionati e trasformati in una teoria. Ogni teoria è una costruzione, un artefatto e la costruzione implica esclusione. La storia, in vero, è un genere letterario, che ha a che fare con la discontinuità come caratteristica fondamentale degli eventi.¹⁷³ Se ricordiamo che la conoscenza dipende dalla adozione di un “*framework*”, il riunire gli eventi dipende da una teoria e l’adozione di una teoria dipende da una precisa strategia, possiamo provocatoriamente domandarci perchè il modello della continuità è preferito all’alternativo modello della discontinuità. Secondo me l’interesse ad elogiare l’originale genio giuridico Romano ed occidentale, in quanto ostile alla recezione di modelli da altre civiltà, è attribuibile al più vasto progetto di sostanziare e legittimare retroattivamente la presunta superiorità “culturale” della moderna società industriale. Un nuovo ricco ha bisogno, dopo tutto, di una genealogia per dimostrare che non è tanto

169. In questo tipo di approccio, quando si ammette un proposito consapevole, esso viene trattato “scientificamente”, Robert C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, 90 YALE L.J. 1238 (1981), con una forte enfasi posta sulla “testability” e sulle “predizioni”.

170. CHARLES C. LEMERT & GARTH GILLAN, MICHEL FOUCAULT: SOCIAL THEORY AND TRANSGRESSION 41 (1982); inoltre MICHEL FOUCAULT, LANGUAGE, COUNTER-MEMORY, PRACTICE 154 (D.F. Bouchard ed. 1977).

171. Sull’uso del concetto di “disseminazione” come pratica comune nelle discipline umanistiche, JACQUES DERRIDA, SPURS: NIETZSCHE’S STYLES (Barbara Harlow trans. 1979).

172. WHITE, METAHISTORY *supra* nota 18, pagg. 1-2.

173. JACQUES DERRIDA, MARGINS OF PHILOSOPHY 291 (Alan Bass trans. 1982).

nuovo quanto appare.

Nella seconda parte del mio lavoro cercherò di spiegare perchè ci sono buone ragioni per fare propria l'opposta posizione ed abbandonare questo pregiudizio. A questo punto voglio ancora sottolineare come tale dibattito sia di cruciale importanza non solo per la storia del diritto, ma anche per il Diritto Comparato. Dispersione e disseminazione sono tutt'uno con la diffusione. Disperdere significa spargere, propalare, propagare altrove, diffondere, al pari dello spruzzo delle gocce d'acqua o della semina nella sabbia, tra le rocce o l'erba. Allora la questione della disseminazione e della discontinuità nella storia comprende quella della diffusione dei caratteri giuridici.

Come ho detto precedentemente, presumo che la teoria di Watson sui trapianti giuridici¹⁷⁴ si inserisca bene in questo contesto e possa essere particolarmente utile. La teoria di Watson è usualmente contestata come conservatrice o peggio.¹⁷⁵ Ma penso che possa essere trasformata in uno strumento potente per l'elaborazione di una teoria critica sulla storia del diritto. Il ruolo di delegittimazione che la teoria di Watson può giocare non è stato compreso a fondo, di conseguenza il suo potenziale rivoluzionario non è stato apprezzato. Non sposo tutte le asserzioni di Watson e dissento su molti punti. Come tutte le teorie, essa è un "package", che possiamo decostruire usando alcuni elementi e scartandone altri. Penso anche che, comunque, salviamo la maggior parte della teoria di Watson sui trapianti giuridici, se facciamo nostra l'interpretazione che ne viene data qui di seguito. Cerco ora di offrire un'interpretazione radicale della teoria dei trapianti giuridici, al posto di una conservatrice, spiegando come questo tipo di conservatorismo possa essere utilizzato a fini di delegittimazione e critica.

Se si postula una stretta correlazione tra diritto e società – nell'ambito della quale tale diritto viene applicato -, i trapianti giuridici dovrebbero considerarsi virtualmente impossibili. Watson rifiuta tale idea; afferma che il diritto si sviluppa principalmente attraverso elementi mutuati da altri sistemi e che la storia del diritto è caratterizzata da un numero sorprendente di recezioni.¹⁷⁶ I sistemi giuridici sono normalmente un amalgama di modelli ricevuti da altri sistemi. Il "mutuare" è dato comune nella vita sociale, pertanto la prevalenza di elementi esogeni nel diritto è difficilmente spiegabile in termini rigorosamente giuridici. La recezione giuridica richiede una sua propria e speciale spiegazione solo nella misura in cui differisce da altri tipi di diffusione culturale. Nello studio della diffusione dei concetti giuridici si rende necessario non solo un catalogo di elementi mutuati, ma un compiuto esame dei meccanismi di condivisione culturale e selezione mediante i quali viene costruita e sostenuta l' "unità"

174. WATSON, *supra* nota 13.

175. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II)*, *supra* nota 48.

176. WATSON, *supra* nota 13, pag. 6; WATSON, *LEGAL ORIGINS*, *supra* nota 16, pag. 293.

giuridica. Da questo punto di vista l'essenza di una cultura riposa sulle sue contraddizioni, l'adozione di elementi alieni e la rappresentazione ideologica di questi elementi come costituenti una unità.¹⁷⁷ Infine, il diritto comparato dovrebbe tendere alla elaborazione di una teoria generale sul diritto, sulla mutazione giuridica e sulle relazioni tra sistemi giuridici, regole e società in cui esse operano.¹⁷⁸ Come Roscoe Pound ha fatto notare, "la storia di un sistema giuridico è, in gran parte, la storia di recezioni di materiali giuridici da altri sistemi giuridici."¹⁷⁹ Penso che questa sia una affermazione esatta, propria di una visione critica del diritto e della tradizione giuridica.

Il sapore conservatore si percepisce normalmente in quello che definisco "approccio casuale" al mutamento giuridico proposto da Watson. Il caso, egli sostiene, gioca un ruolo di considerevole importanza nel determinare quale diritto verrà mutuato.¹⁸⁰ I trapianti di regola non sono stati il risultato di una ricerca sistematica del modello più adatto; i fattori sociali ed economici hanno un effetto molto più ridotto di quello normalmente supposto nelle teorie sul diritto e sulla società; perciò il diritto è in gran parte autonomo dalla società, operando nella sua propria sfera.¹⁸¹ Inoltre, nei suoi scritti, Watson evidenzia l'incoerenza e la presenza del tutto casuale di molti trapianti, per vanificare – in un certo senso – ogni sforzo volto alla elaborazione di una teoria. In tal senso egli è uno che si fa beffe delle teorie, che offre un numero considerevole di possibili controesempi, per mettere a tacere qualsiasi teoria pensabile.

Penso che l'analisi critica sull'autonomia del diritto prescelta da Watson sia errata e politicamente naïve. La premessa di Watson è che il diritto è in gran parte autonomo *perché* è principalmente il prodotto delle elaborazioni di una elite relativamente isolata dai problemi sociali e costantemente in cerca di legittimazione. Da questo punto di vista la sua teoria sull'autonomia giuridica può essere *utilizzata* per criticare fortemente una elite di giuristi che esiste e "governa" senza legittimazione,¹⁸² specialmente nei Paesi occidentali.¹⁸³ La teoria ci offre un'immagine del diritto come amalgama di elementi recepiti, confezionato da elites isolate,

177. WATSON, *COMPARATIVE LAW AND LEGAL CHANGE*, 37 *CAMBRIDGE L.J.* 313, 326 (1978).

178. *Id.* pagg. 321-34.

179. ROSCOE POUND, *THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW* 94 (1938).

180. WATSON, *supra* nota 13.

181. ALAN WATSON, *THE EVOLUTION OF LAW* 119 (1983).

182. KENNEDY, *CRITIQUE*, *supra* nota 8, pag. 284, sull'importanza del ruolo giocato dalle élites come carattere distintivo dello storicismo progressista in confronto con l'analisi neo-marxiana.

183. Per un impiego della teoria di Watson che guarda ai trapianti come "tecniche" utilizzate dalle elites dei giuristi in cooperazione con i leaders politici, relativamente al diritto Islamico, Donald L. Horowitz, *The Qur'an and the Common Law: Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change*, 42 *AM. J. COMP. L.* 543, 570 (1994).

che costantemente negano il fatto e mettono in campo teorie interpretative particolarmente sofisticate e genealogie di evoluzione elaborate in modo dotto, concepite quali vere strategie di legittimazione. Se è vero, come crede Watson, che la storia del diritto, sia Romano che Inglese, fornisce impressionanti esempi di regole giuridiche spesso non al passo con le esigenze e le aspirazioni della società o di un particolare gruppo o classe all'interno della società,¹⁸⁴ è chiaro che giuristi ed elites, *specialmente* in Occidente, stiano cercando e rivendicando una legittimazione che *non* meritano.¹⁸⁵

Questa lettura della teoria di Watson può essere ben intesa come solida base per una analisi critica; parimenti essa mostra come il diritto comparato possa essere usato per progetti di delegittimazione. Penso che la mia interpretazione dimostri come, alla luce della sola opinione di Watson, senza alcun ulteriore riferimento ai filosofi francesi, la disseminazione di elementi possa essere ideologicamente ricondotta ad unità mediante l'ausilio di una genealogia partigiana e ad opera di una elite di professionisti in cerca di legittimazione.

Una simile interpretazione della teoria dei trapianti giuridici, elaborata da Watson, uno dei principali Romanisti, può essere perfettamente utilizzata per affrontare il problema della continuità e discontinuità nell'evoluzione giuridica e, conseguentemente, può essere usata *contro* le teorie tradizionali dei Romanisti di professione.

In questi termini, se noi adottiamo un approccio al Diritto Romano ed alla tradizione giuridica occidentale basato sulla continuità,¹⁸⁶ possiamo sostenere che ogni nuovo elemento mutuato altrove, od ogni apparente cesura con il passato è un rinnovamento dell'antico, ovvero una valutazione originale che trasforma il precedente elemento in un prodotto propriamente Romano. Se noi focalizziamo l'attenzione sul paese ricevente, possiamo sempre sostenere che la genialità può trovare la sua espressione anche nella prontezza ad assorbire ed assimilare nozioni e tecniche da altri sistemi. E' altresì sicuramente vero che "quando testi di un sistema giuridico vengono recepiti da un altro, essi verranno utilizzati nel sistema ricevente in funzione

184. Per una riaffermazione della teoria elaborata da Watson per relicare a quanti lo criticavano, Alan Watson, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, 131 U. PA. L. REV. 1121, 1136-46 (1983).

185. Penso che la strategia fondamentale di queste elites consista nel "colmare i buchi" in cerca di autorità che attribuiscono legittimazione, da trovarsi altrove, se non è possibile rinvenirla nel proprio sistema. Ciò non esclude il perseguimento di strategie più elaborate e politicamente motivate. Rappresenta solo il modello base dell'autolegittimazione ed è manifestamente fondato su una occulta logica di prestigio ed esclusione: I sistemi giuridici sono divisi in prestigiosi e spregevoli, le soluzioni sono mutate dal primo e possono essere trapiantate nel secondo. È una sorta di "catena alimentare" mantenuta in efficienza dall'ultimo nella catena. Sul ruolo del "prestigio" nei trapianti giuridici, Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 AM. J. COMP. L. 1 (1991).

186. *See supra* nota 164 e relativo testo.

delle necessità, dei valori e del sistema di significati propri di quest'ultimo e non del primo¹⁸⁷. Questo è sicuramente vero perchè la recezione è una attività creativa e selettiva. Il punto è che il sistema ha trovato ispirazione altrove e le strategie culturali interne sono state in grado di chiarire il perchè del "contatto" esterno o della "contaminazione". Non possiamo sapere se questi sistemi avrebbero potuto avere successo in altro modo.

Deve essere chiaro che non si fa questione se elogiare o disprezzare il sistema ricevente. Io non lo biasimo. Non lo marchio con *l'emblema dell'inferiorità* per aver mutuato. Se così è, è solamente perchè gli storici del diritto occidentali *scelgono di sovrapporvi questa ricostruzione ideologica*. Per me è solo una questione di analisi filologica delle fonti.¹⁸⁸ Ma se si va alle radici è evidente che importa sapere da dove proviene la fonte, così come, perchè e quanto è stato recepito. Se le genealogie sono prodotte da isolate elites in cerca di legittimazione, oscurando la natura composita dei sistemi giuridici, questo rappresenta una tipica esclusione che passa attraverso la negazione di contatti indesiderati con civiltà non gradite, nei cui confronti non vogliamo essere indebitati.

II. Una critica del Genio Occidentale

A. Decostruzione della Famiglia Occidentale

La mia opinione sulla discontinuità, chiarita alla fine della prima parte, *supra*, è particolarmente importante in relazione al collegamento tra moderni diritti Europei ed antico diritto Romano classico. Come abbiamo visto, è stata l'opinione di Zimmerman¹⁸⁹ a riaffermare questa diretta discendenza.

Il modello della discontinuità è condiviso, penso abbastanza correttamente, da eminenti Romanisti come Peter Stein,¹⁹⁰ secondo cui l'enfasi di Zimmerman sul diritto classico milita contro una corretta comprensione delle radici del moderno civil law.

Se accogliamo la nozione ermeneutica di conoscenza propria delle scienze umane e riportata nel precedente paragrafo, possiamo liberamente andare alla ricerca delle esigenze soddisfatte dalla teoria della unicità e continuità del Diritto Romano. Prima di tutto, una volta che il Diritto

187. Bernard S. Jackson, *Modeling Biblical Law: The Covenant Code*, 70 Chi.-Kent L. Rev. 1745, 1755 (1995).

188. L.A. REYNOLDS & N.G. WILSON, *SCRIBES AND SCHOLARS: A GUIDE TO THE TRANSMISSION OF GREEK AND LATIN LITERATURE* 207 (Oxford, 3d ed. 1991), laddove ben si dimostra che la critica delle fonti è l'orientamento seguito nella storia della letteratura antica dove lo scopo è quello di seguire le fila della trasmissione, cercando di riportare i testi, per quanto più possibile, alla forma originaria.

189. Zimmerman, *supra* nota 47.

190. Peter Stein, *Reinhard Zimmerman's The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Traditions*, 38 AM. J. LEGAL HIST. 94 (1994) (book review).

Romano è concepito come insieme di elementi mutuati altrove, esso diviene semplicemente un'altra realizzazione di un più ampio diritto Mediterraneo e, di conseguenza, perde il suo posto privilegiato nei moderni studi giuridici. In secondo luogo, se il Diritto Romano non è una tradizione che si snoda dal passato al presente, è palesemente falso sostenere che il diritto moderno è basato sul diritto Romano. Troppe cesure si sono verificate nella storia dai tempi di Roma ad oggi. Queste cesure possono essere mitigate solo ricorrendo all'idea, davvero "metafisica", di una sottostante tradizione che evolve cambiando i dettagli, ma rimanendo immutata nell'essenza. Ancora una volta il diritto Romano è destinato a perdere il suo *status* privilegiato nella dottrina giuridica.

Allora, richiamando l'interpretazione della teoria di Watson sulle elites nel campo del diritto, precedentemente chiarita, possiamo individuare ragioni davvero speciali per conservare il modello della continuità: queste ragioni sono strettamente collegate alla sopravvivenza dei Romanisti come professionisti. Costoro hanno un vivo interesse a mantenere in vita il modello, che elogiano e penso che il loro interesse, del tutto peculiare, debba essere opportunamente considerato quando si valutano le teorie ed i modelli alternativi.

Un così particolare interesse nutrito da un sottogruppo non è senza impatto sull'immagine generale del diritto. Se il moderno diritto occidentale deve essere fondato sull'unicità Romana, possiamo ancora percepire la storia giuridica occidentale come una unità che evolve dai tempi di Roma, attraverso il Medio Evo, fino alla sua attuale predominanza come "il" diritto moderno *per eccellenza*. Il diritto occidentale si divide in due principali famiglie, quella di Common Law e quella di Civil Law, ma il tradizionale isolazionismo britannico è oggi sopraffatto e superato dai tentativi del diritto comparato di trovare una comune origine e di rappresentare l'attuale fusione delle due famiglie in un unico sistema caratterizzato da variazioni locali.¹⁹¹ Da questo punto di vista è vero che il diritto comparato, associato alla tradizionale versione della storia del diritto fondata su Roma, diviene un progetto di "*governance*" culturale nel campo del diritto.¹⁹² Un obiettivo ancor più importante perseguito da questo progetto consiste nell'esoticizzare le culture giuridiche differenti da quella occidentale. I diritti babilonese, egiziano e siriano sono esotici, mentre il diritto Romano non lo è, anche se risulta basato sulla schiavitù e su una grande quantità di aspetti magici.¹⁹³

La nostra opinione cambia radicalmente se semplicemente abbandoniamo il modello della continuità e seguiamo un approccio di

191. Si consideri la critica della teoria tradizionale in Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT'L & COMP. L.Q. 52 (1996).

192. Kennedy, *supra* nota 5, pag. 581.

193. *Si veda* la discussione *infra* Part II.B (intitolata "Contratto, Magia ed Esotico").

discontinuità.¹⁹⁴ Questo approccio, che collego alle moderne concezioni sull'interpretazione e sull'attività storica, può anche essere giustificato con riferimento alla teoria dei trapianti giuridici elaborata da Watson, come accennato nel precedente paragrafo, ed alla tipica forma di analisi filologica delle fonti: un tipo di analisi critica usualmente impiegata al di fuori della storia del diritto.¹⁹⁵

Secondo la teoria della discontinuità, il diritto Romano (potrei dire ogni diritto) trae origine da un numero di fonti differenti e viene elaborato lungo un periodo di molti secoli da persone con diversi moventi che selezionano, mettono insieme, riscrivono e ampliano precedenti documenti per nuovi propositi. L'opera così prodotta non è una tradizione coerente ed unitaria, sviluppatasi a partire da fonti "originali", ma, semmai, da una serie di differenti *settings* istituzionali e diversi panorami culturali. Questi differenti *settings*, unitamente alle loro diverse fonti, giacciono in una dispersione, che il modello evolutivo-condensante tenta di controllare, attraverso la negazione sia della stessa dispersione, sia di ogni cesura.

Da questo punto di vista, il "rinnovamento" del Diritto Romano nel corso della storia non è prova di una peculiare capacità intrinseca del Diritto Romano, ma piuttosto della peculiare capacità dei successivi giuristi, specialmente di Civil Law, di adottare regole e soluzioni innovative e di riportarle alla autorità degli antichi testi Romani.¹⁹⁶ I testi copti, etiopici o cinesi avrebbero potuto essere utilizzati allo stesso modo. Il "ricordo di Roma" non rispecchia la qualità superiore dei prodotti romani, ma il tipo di strategia di legittimazione che ha dominato in Europa.

Il cambiamento di prospettiva, che qui suggerisco, ha varie conseguenze per l'"ideologia" del diritto Occidentale. La prima è che il diritto Occidentale è un *patchwork* non meno esotico di altri. La seconda è che il diritto Occidentale è derivato non solo dal diritto Romano, ma parimenti da altri diritti antichi. Ciò suggerisce una visione più globalizzata delle istituzioni occidentali e delle loro origini. Inoltre lascia intendere che il diritto "Occidentale" non è poi così "Occidentale" come ci è stato fatto credere.

Nella seconda parte del mio contributo intendo criticare gli attuali resoconti "ideologici" sul diritto Romano, dimostrando il suo "primitivismo", evidenziando il suo esotismo e spiegando quanto i suoi caratteri originali fossero estranei alla mentalità occidentale. Dimostro che,

194. FOUCAULT, *supra* nota 164 e relativo testo.

195. Sulla critica delle fonti, REYNOLDS & HAZARD, *supra* nota 188. Inoltre JOHN B. GABEL & CHARLES B. WHEELER, *THE BIBLE AS LITERATURE* 84-87 (2d ed. 1990). La critica delle fonti è oggi considerata come piuttosto sorpassata in questi settori; si vedano i diversi approcci impiegati in GEORGE AICHELE ET AL., *THE POSTMODERN BIBLE: THE BIBLE AND CULTURE COLLECTIVE* (1995); ma può ancora essere impiegata come arma della critica nel campo "vecchio stile" della storia del diritto.

196. Sulla trasformazione del Diritto Romano Giustiniano operata dai successivi giuristi Europei, BERMAN, *supra* nota 4, pag. 129.

anche quando raggiunge il livello indicato da coloro che lo decantano, il Diritto Romano è intrinsecamente difettoso. In vero, il modo migliore per indebolire una teoria rivale è far riferimento ai suoi stessi principi. Per questo talvolta richiamo anche gli antichi modelli evuzionisti, per mostrare le contraddizioni che si rinvengono nella letteratura tradizionale quando è in gioco la grandezza romana.

La mia tesi è basata su pochi, ma fondamentali esempi: la teoria dei contratti, quella dello Stato, la soluzione delle controversie ed il ruolo svolto da *elites* professionali nella formazione della cultura giuridica nei tempi antichi.

Nel far ciò posso riportarmi alle opinioni condivise degli storici del diritto, dimostrando che una critica radicale può essere fondata proprio sui loro racconti, semplicemente abbandonando i loro pregiudizi. Dunque non è necessario far riferimento a nuove teorie, o a nuove scoperte, ma è sufficiente adottare una nuova chiave di lettura delle dottrine disponibili.

(1) *Roma e l'Occidente*

In questo paragrafo tratteggio per brevi cenni la storia giuridica romana, che, pur non essendo propriamente oggetto della trattazione, deve essere qui delineata per orientare il lettore in ciò che segue.

Mi riporto prevalentemente alla versione consegnataci dalla ben nota esperta in diritto romano, O.F. Robinson.¹⁹⁷

Secondo la tradizione, Roma venne fondata nel 753 A.C. e cadde alla morte dell'Imperatore Giustiniano nel 565 D.C.. Quest'arco di circa "tredici secoli può essere opportunamente diviso in quattro periodi fondamentali: la Monarchia, la Repubblica, il Principato ed il Dominato."¹⁹⁸ L'inizio del secondo, terzo e quarto periodo fu segnato da violente crisi che diedero vita a nuovi assetti istituzionali.

Il periodo della Monarchia è troppo remoto, oscurato da narrazioni favolose e non riguarda direttamente la storia che ci occupa. Nondimeno l'ordinamento monarchico primitivo si componeva di tre elementi basilari: il Re, che era il sommo magistrato, il Pontefice Massimo, giudice e comandante supremo, il Senato, l'assemblea dei capi delle famiglie nobili e l'assemblea popolare, formata da tutti gli uomini liberi atti a servire in armi. La nostra storia inizia più tardi, quando questo assetto era già stato interamente sostituito dalla costituzione repubblicana.

Secondo la ricostruzione della Robinson, dal 366 A.C. fino all'ultimo secolo A.C., la costituzione romana si stabilizzò nella forma di una repubblica aristocratica con tre istituzioni basilari: la magistratura, il Senato ed il popolo.¹⁹⁹ In vero l'intera repubblica era governata essenzialmente da

197. ROBINSON, *supra* nota 67, pag. 3.

198. J.A.C. THOMAS, *TEXTBOOK OF ROMAN LAW* 13 (1976).

199. ROBINSON, *supra* nota 67, pag. 3.

poche importanti famiglie, ancora riunite in strutture claniche.²⁰⁰ I magistrati esercitavano il potere esecutivo ed amministrativo, venivano eletti ogni anno; ciascuna magistratura era collegiale. Il Senato era una assemblea consultiva, composta dai capi delle grandi famiglie e da ex-magistrati. Il popolo, vale a dire tutti i cittadini adulti di sesso maschile, si riuniva su convocazione dei magistrati in varie assemblee, eleggeva i nuovi magistrati, approvava o respingeva le leggi proposte. Il Pretore aveva giurisdizione sui cittadini.²⁰¹ Dopo il 242 A.C. fu creato un secondo Pretore con giurisdizione sugli stranieri. Importa sottolineare che quelle descritte erano le istituzioni della *civis*, della città di Roma, e che Roma, anche se alla fine si trovò a governare un Impero, rimase essenzialmente una città-stato allargata fino al Tardo Impero Romano.

A partire dal 133 A.C., una ben più importante trasformazione si verificò nella società romana, causata da fattori che vanno oltre lo scopo e l'indagine di questo lavoro.²⁰² Ai nostri fini è sufficiente ricordare che l'antica struttura clanica crollò e che una sola famiglia, la *gens Julia*, alla quale apparteneva Cesare, salì al potere.²⁰³ Augusto, il primo "imperatore" introdusse un nuovo assetto costituzionale, dando l'avvio al Principato.²⁰⁴ "In questo periodo le assemblee, il Senato e tutte le magistrature continuarono, formalmente, ad esercitare le loro precedenti funzioni."²⁰⁵ Non venne elaborata una nuova teoria di governo e l'"imperatore" rimase formalmente uno dei magistrati, il primo per importanza tra i senatori (*Princeps senatus* da cui il termine "Principato" per definire il periodo). L'imperatore era, inoltre, il comandante di un esercito più o meno riottoso. Anche se non vennero formalmente assunti nuovi poteri, l'autorità imperiale pervase tutte le istituzioni di governo e, soprattutto, il nuovo sistema fu riconosciuto come normale e necessario.

Nel 212 D.C., la *Costituzione Antoniniana* estese la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Impero e la struttura dell'antica *civis* collassò definitivamente. Questo fatto fu di grande importanza.²⁰⁶ Mi riferirò spesso a tale evento come all'evento che comportò la "globalizzazione" del diritto Romano. Fino al 212 D.C., infatti, il diritto romano era il diritto dei soli cittadini romani; gli altri popoli dell'Impero vivevano in larga misura secondo il proprio sistema nazionale. Successivamente, il diritto Romano fu globalizzato e divenne realmente l'ossatura giuridica dell'intero Impero,

200. PARENTÉ ET STRATÉGIES FAMILIALES DANS L'ANTIQUITÉ ROMAINE [KINSHIP AND FAMILY STRATEGIES IN ANCIENT ROME] 254 (Ecole française de Rome, J. Andreau & H. Bruhns eds. 1990) (immergendo il sistema romanista in un più ampio e comune schema Mediterraneo).

201. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 3.

202. P.A. BUNT, *THE FALL OF THE ROMAN REPUBLIC* (1988).

203. RONALD SYME, *THE AUGUSTIAN ARISTOCRACY* (1986).

204. ROBINSON, *supra* nota 67, pag. 9.

205. *Id.* pag. 10.

206. Wolfgang Liebeschuetz, *The End of the Ancient City*, in *THE CITY IN LATE ANTIQUITY* 4 (John Rich ed., 1992).

anche se riformulato su nuove basi.

Il terzo secolo fu un periodo di disordini economici e politici.²⁰⁷ “Nei primi 262 anni di governo si susseguirono circa 25 imperatori, nei successivi 50 anni ulteriori 21.”²⁰⁸ In questo secolo il potere di Roma rappresentava un sistema chiuso e quando grandi immigrazioni di genti Germaniche penetrarono in Occidente, la parte orientale dell’Impero assunse progressivamente maggior peso economico e politico. Mi riferirò spesso a questa crisi come alla “Grande Crisi” del tredicesimo secolo, o, semplicemente, Grande Crisi. Essa segnò una più significativa rottura nella storia di Roma.²⁰⁹

Alla fine del secolo, un generale dell’Illiria²¹⁰ Diocleziano (284 - 305 D.C.), ricostituì una autorità centrale su nuove basi costituzionali, dando avvio al Dominato.²¹¹ Egli trasformò il potere imperiale in una monarchia sacralizzata con un forte apparato burocratico centrale e rimosse la capitale da Roma.²¹² Diocleziano cercò di fondare la monarchia sull’antica religione, ma sette anni dopo la sua morte, nel 312 D.C., Costantino il Grande preferì affidarsi alla nuova fede Cristiana²¹³ che si era sviluppata tra le *elites* di lingua Greca della parte orientale,²¹⁴ e, infine, fondò un nuova Roma a Costantinopoli, l’attuale Istanbul, su una penisola tra l’Europa e l’Asia. L’Occidente di lingua Latina, i cui eserciti erano in pratica composti da Germani, e la cui religione divenne il cattolicesimo, fu definitivamente separato dall’Oriente ortodosso di lingua greca nel 395 D.C. alla morte dell’imperatore Teodosio. Dopo alcune decine di anni, a partire dal 476 D.C., i generali Germani che comandavano gli eserciti occidentali²¹⁵ non assunsero più il titolo imperiale,²¹⁶ e l’impero venne diviso in diversi, nuovi regni “Europei”. La parte orientale, riorganizzata da Giustiniano, durò per altri 1000 anni, fino a che i Turchi conquistarono Costantinopoli.

207. ROBINSON, *supra* nota 67, pag. 2.

208. *Id.* pag. 2.

209. PETER BROWN, *THE MAKING OF LATE ANTIQUITY 2* (1978) (argomentando che il terzo secolo d.C. deve porsi al centro di ogni resoconto sulla tarda storia romana).

210. La provincia romana dell’Illiria si estendeva approssimativamente nell’area dell’originaria Jugoslavia.

211. STEPHEN WILLIAMS, *DIOCLETIAN AND THE ROMAN RECOVERY* (1985).

212. *Id.* pag. 41.

213. ANDREW ALF LDI, *THE CONVERSION OF CONSTANTINE AND PAGAN ROME* (Harold Mattingly trans. 1948). Sull’avvento del Cristianesimo nella struttura imperiale, si veda inoltre R. MCMULLEN, *CHANGES IN THE ROMAN EMPIRE 124-55* (1990).

214. PETER BROWN, *AUTHORITY AND THE SACRED ASPECTS OF THE CHRISTIANISATION OF THE ROMAN WORLD 3* (1995).

215. Non intendo analizzare a fondo le ricerche sulla decadenza finale dell’impero occidentale. Per una completa analisi delle teorie più importanti, *THE FALL OF ROME: CAN IT BE EXPLAINED?* (Mortimer Chambers ed., 1963).

216. Si ricordi che in Latino il titolo di “imperatore” significava semplicemente comandante in capo di un esercito.

(2) *L'Egitto e L'Oriente*

Come nel precedente paragrafo ho tratteggiato la storia giuridica di Roma, qui mi propongo di fare lo stesso per gli altri diritti del Mediterraneo che vengono in considerazione in questa sede e specialmente per il diritto Egiziano, data la sua particolare rilevanza. Questo breve resoconto non è propriamente oggetto del presente saggio, ma è limitato alle nozioni che rilevano ai nostri fini.

Il termine "Mediterraneo", come indicatore di una regione geografica, può ben essere impiegato per designare l'ambito spaziale della comune evoluzione storica di diversi popoli, sia da un punto di vista generale²¹⁷, che da un punto di vista strettamente giuridico.²¹⁸ La sfera dell'Antico diritto Mediterraneo è immensa e copre più di tremila anni di storia.²¹⁹

L'antica storia egiziana può essere opportunamente divisa in tre fondamentali periodi *dinastici*: l'Antico (2695-2160 A.C.), il Medio (1991-1785 A.C.) ed il Nuovo (1540-1070) Regno.²²⁰ Dopo quella data, la storia del paese fu segnata da invasioni di altri popoli ed il regno venne assorbito nell'Impero Persiano, fino a che l'Impero non venne nuovamente conquistato dai Greci guidati da Alessandro Magno. Questi, nel 332 A.C., diede inizio al cosiddetto periodo Ptolemaico, dal nome del generale di Alessandro, Tolomeo, che divenne re alla morte di Alessandro.

La letteratura sul diritto nella parte orientale del Mediterraneo, compresa la costa Africana dove si trova l'Egitto,²²¹ si è sviluppata abbastanza lentamente nel corso di questo secolo con la comparsa di alcuni saggi Europei,²²² il trattato in tre volumi di Pirenne sul diritto Egiziano,²²³ i contributi di Aristide Théodoridès,²²⁴ e qualche analisi comparata che è

217. *In generale* FERNAND BRAUDEL, THE MEDITERRANEAN AND THE MEDITERRANEAN WORLD IN THE AGE OF PHILIP II (Sian Reynolds trans., 1972).

218. WALTER SELB, ANTIKE RECHTE IM MITTELMEERRAUM: ROM, GRIECHENLAND, AGYPTEN UND DER ORIENT [ANCIENT MEDITERRANEAN LAWS] (1993).

219. Geoffrey P. Miller, *Foreword: The Development of Ancient Near Eastern Law*, 70 CHI-KENT L. REV. 1623, 1623 (1995).

220. BARRY J. KEMP, ANCIENT EGYPT: ANATOMY OF A CIVILIZATION 14 (1989).

221. Per una bibliografia di opere in Inglese fino al 1945, ADOLF BERGER, & A. ARTHUR SCHILLER, BIBLIOGRAPHY OF ANGLO-AMERICAN STUDIES IN ROMAN, GREEK, AND GRECO-EGYPTIAN LAW AND RELATED SCIENCES, 1939-45 (1945).

222. ERWIN SEIDL, AGYPTISCHE RECHTSGESCHICHTE DER SAITEN-UND PERSERZEIT [EGYPTIAN LEGAL HISTORY] (Glueckstadt, J.J. Augustus, 2d ed. 1968); BERNADETTE MENU, DROIT, ECONOMIE, ET SOCIETE DE L'EGYPTE ANCIENNE: CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE, 1967-1982 [LAW AND SOCIETY IN ANCIENT EGYPT: A BIBLIOGRAPHY] (1984); BERNADETTE MENU, RECHERCHES SUR L' HISTOIRE JURIDIQUE, ECONOMIQUE ET SOCIALE DE L'ANCIENNE EGYPTE [LEGAL, ECONOMIC AND SOCIAL HISTORY OF ANCIENT EGYPT] (1982).

223. JACQUES PIRENNE, HISTOIRE DES INSTITUTIONS ET DU DROIT PRIVE DE L'ANCIEN EGYPTE [HISTORY OF ANCIENT EGYPTIAN LAW] (1932); *inoltre* JACQUES PIRENNE & ARISTIDE THÉODORIDÈS, DROIT EGYPTIEN [EGYPTIAN LAW] (1966).

224. Aristide Théodoridès, *The Concept of Law in Ancient Egypt*, in THE LEGACY OF EGYPT 290 (J.R. Harris ed., 2d ed. 1971).

stata focalizzata in particolare sul diritto ebraico.²²⁵ Infine, oggi troviamo un *revival* del tema nella letteratura americana,²²⁶ che ha manifestato un interesse crescente per le istituzioni giuridiche della regione.

L'Antico Egitto è definito come una società idrica posta al centro di una pianura soggetta a inondazioni periodiche.²²⁷ L'Egitto crebbe come stato attraverso il coordinamento di progetti economici di larga scala, opere pubbliche,²²⁸ e la produzione del bronzo, il metallo più resistente conosciuto al tempo. Tutto questo richiese una potente organizzazione amministrativa centrale. In genere non si ritiene che gli antichi Egizi abbiano apportato un grande contributo alla giurisprudenza. Ma fatto sta che vi sono numerosi documenti giuridici tra i più antichi papiri in ieratico ancora esistenti.²²⁹ Nel corso dei vari periodi dinastici rinveniamo documenti giuridici. Qua e là ci sono raccolte di casi e un codice di leggi è menzionato fin dal Medio Impero.²³⁰ Grazie ai documenti cuneiformi, la prova della storia del diritto nell'antico Medio Oriente viene oggi riportata all'inizio del terzo millennio e i più antichi documenti rivelano un sistema giuridico altamente organizzato.²³¹ In verità non esiste antico sistema giuridico meglio documentato di quello egiziano. Troviamo una ricca e paricolareggiata gamma di fonti primarie che giocano un ruolo articolato tanto nel diritto pubblico quanto nel diritto privato²³². Possiamo oggi parlare di un sistema giuridico altamente sviluppato che evolve incessantemente per molte generazioni.²³³

La nostra attuale conoscenza del diritto nell'antico Egitto si basa sui documenti geroglifici, ieratici, demotici, aramaici e copti. Il geroglifico era la scrittura egiziana attestata per prima nel tardo quarto millennio. Lo ieratico è la scrittura sviluppata gradualmente dal geroglifico, all'incirca nel 2500 A.C., attraverso la trasformazione del geroglifico pittorico in

225. JACOB J. RABINOWITZ, *STUDIES IN LEGAL HISTORY* (1958) (che compara il diritto ebraico ed il diritto egiziano).

226. Ross VerSteeg, *Law in Ancient Egyptian Fiction*, 24 GA. J. INT'L & COMP. L. 37 (1994); CRUZ-URIBE, *supra* nota 141; David Barrington Taylor, *Law under the Pharaohs*, 6 POL'Y L. REV. 66 (1980). Per una prospettiva comparatistica, Robert C. Ellickson & Charles DiA. Tharland, *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, 71 CHI.-KENT L. REV. 321 (1996).

227. KARL W. BUTZER, *EARLY HYDRAULIC CIVILIZATION IN EGYPT: A STUDY IN CULTURAL ECOLOGY* xii-xv (1976); *inoltre* Ellickson & Thorland, *supra* nota 226, pag. 332.

228. KARL A. WITTFOGEL, *ORIENTAL DESPOTISM: A COMPARATIVE STUDY OF TOTAL POWER* 49-100 (1957); *inoltre* RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 144 (1981).

229. THE METROPOLITAN MUSEUM OF ART, *TEN COPTIC LEGAL* 3 (A. Arthur Schiller ed., 1932).

230. W.M. FLINDERS PETRIE, *SOCIAL LIFE IN ANCIENT EGYPT* 77 (1923).

231. Raymond Westbrook, "What is the Covenant Code?", in *THEORY AND METHOD IN BIBLICAL AND CUNEIFORM LAW: REVISION, INTERPOLATION AND DEVELOPMENT* 15, 20 (Bernard M. Levinson ed., 1994).

232. J.G. Manning, *Demotic Egyptian Instruments of Transfer as Evidence for Private Ownership of Real Property*, 71 CHI.-KENT L. REV. 237, 237 (1995).

233. Nili Shupak, *A New Source For the Study of the Judiciary and Law of Ancient Egypt: "The Tale of the Eloquent Peasant"*, 51 J. NEAR E. STUD. 1 (1992).

corsivo. Il demotico è la scrittura che venne introdotta per la necessità di scrivere rapidamente documenti giuridici e commerciali dopo il 650 A.C.²³⁴ L'aramaico, particolarmente importante per una comparazione giuridica nell'antichità,²³⁵ era una lingua Semitica occidentale, originariamente parlata in parti dell'attuale Siria, poi divenuta *lingua franca* dell'Assiria, della nuova Babilonia e di molti degli imperi Persiani. Sostituì i dialetti cananei e l'Ebreo nel Mediterraneo Orientale durante la metà del primo millennio A.C.. Molti dei documenti scritti in Aramaico riflettono ampie pratiche commerciali in linea con un diritto commerciale sviluppato.

Il copto, che si diffuse molto dopo, era la lingua degli abitanti cristiani dell'Egitto fino alla fine del Medioevo. Il diritto copto, da un punto di vista comparatistico, è assolutamente unico. Rappresenta l'ultimo stadio di una mistura di sistemi giuridici che esisterono per 5000 anni. Il diritto copto ebbe inizio con la conquista araba (641 D.C.) e perdurò fino al X secolo D.C., quando venne soppiantato dal diritto arabo. Esistono molte centinaia di testi copti, pertanto la prova documentale su cui possiamo basarci è straordinaria.²³⁶ In numerosi e differenti casi, i documenti copti ci forniscono informazioni su pratiche molto antiche. Per esempio, l'istituto della vendita nell'antico Egitto, precedente alla conquista Romana, ma conservato successivamente, è l'istituto fondamentale tra i Copti.²³⁷

Due periodi sono di speciale interesse per l'argomento che segue: il periodo Tolemaico ed il periodo dell'Egitto Greco-Romano.

Il periodo Egiziano Tolemaico corrisponde ad una più ampia civiltà mediterranea, nota come Ellenismo, che rappresenta una complessa fusione di modelli Greci, del Vicino-Oriente ed Egiziani. I regni ellenistici, incluso il regno Ptolemaico Egiziano, terminarono quando Roma conquistò l'intera area nelle ultime decadi A.C. al sorgere del Principato, al tempo dell'imperatore Augusto.²³⁸ Quindi l'Ellenismo è cruciale nel passaggio dall'antico Egitto all'Egitto Romanizzato e naturalmente rilevante dal punto di vista di una teoria sui possibili trapianti giuridici.

Ellenismo è una parola faziosa. Il termine venne inventato da John Gustavus Droysen nel 1831 in una lettera indirizzata al suo amico belga W.A. Arendt.²³⁹ L'oggetto della lettera era una interpretazione degli Atti degli Apostoli (6:1) dove si fa menzione di una spaccatura all'interno della comunità cristiana di Gerusalemme. Gli "Ellenisti" nella comunità brontolavano contro gli "Ebrei" e Droysen intese il primo termine come riferito ai Greci orientali, mentre è oggi chiaro che Paolo volle contrapporre

234. GEORGE R. HUGHES, SAITE DEMOTIC LAND LEASES 46 (1952).

235. REUVEN YARON, INTRODUCTION TO THE LAW OF ARAMAIC PAPYRI (1961) (che compara il diritto ebraico ed il diritto egiziano).

236. THE METROPOLITAN MUSEUM OF ART, *supra* nota 229, pag. 3.

237. *Id.* pag. 4.

238. ERICH S. GRUEN, THE HELLENISTIC WORLD AND THE COMING OF ROME (1984).

239. MICHAEL AVI-YORAN, HELLENISM AND THE EAST: CONTACTS AND INTERRELATIONS FROM ALEXANDER TO THE ROMAN CONQUEST 1 (1978).

gli “Ebrei di lingua greca” agli “Ebrei di lingua ebraica o Aramaica”. Senonchè cinque anni dopo, nel 1836, l’opera di Droyesen *Geschichte des Hellenismus* [Storia dell’ Ellenismo] fece di questa inesattezza una verità generalmente accettata. È chiaro che il termine Ellenismo attribuisce importanza al ruolo svolto dalle elites greche e corrispondentemente nega l’apporto di qualsiasi contributo da parte delle culture non-greche.

Una simile confusione terminologica va dritta al cuore della questione: l’Ellenismo è stato definito come il periodo in cui la cultura greca si diffuse verso l’Oriente, in India, una affermazione, questa, che pone seri problemi.²⁴⁰ Come abbiamo visto, alla morte di Alessandro gli succedettero i suoi generali che divisero l’immenso territorio conquistato in diversi regni. Ma tutti questi regni formarono una comune civiltà basata su una rinnovata cultura comune. Questo processo è stato etichettato come “Sincretismo”²⁴¹, termine di derivazione greca, che indica il riunire insieme differenti modelli. Proprio il modello di ricostruzione storica oggi prevalente nella letteratura anglo-americana è quello che afferma l’interazione tra modelli greci e modelli Afro-Asiatici.²⁴² I due principali elementi che veicolarono l’Ellenismo furono il linguaggio e le istituzioni: una forma semplificata di lingua greca conosciuta come “Koine” divenne la *lingua franca* di questo impero e continuò ad esistere anche dopo la conquista romana.²⁴³ La parte orientale dell’Impero Romano parlava la lingua greca, non il latino. Il problema è: da dove provenivano le istituzioni comuni di questo amalgama culturale? Delineati per sommi capi gli elementi del discorso, da verificare con gli esempi, abbiamo scelto di contrapporre il diritto Romano ai diritti Afro-Mediterranei.

B. Contratto, Magia ed Esotismo

Inizieremo a considerare il carattere magico ed i difetti propri del diritto Romano dei contratti, quindi la pratica in uso in Egitto e nei paesi Medio-Orientali. Tratteremo, poi, della nascita dello Stato.

La materia del contratto è di particolare interesse per la nostra ricerca, dato che nessuna parte del diritto Romano è stata ammirata o ritenuta così influente quanto il diritto dei contratti.²⁴⁴ È proprio questa parte del genio giuridico romano che viene oggi proposta come base per l’elaborazione di un nuovo sistema giuridico Europeo.²⁴⁵

Nonostante questa condivisa ammirazione, anche Watson ammette la

240. *Id.* pag. 3.

241. SIR WILLIAM TARN & G.T. GRIFFITH, *HELLENISTIC CIVILIZATION* 339 (3d ed. 1952) (una classica opera accademica in materia).

242. *HELLENISM IN THE EAST: THE INTERACTION OF GREEK AND NON-GREEK CIVILIZATIONS FROM SYRIA TO CENTRAL ASIA AFTER ALEXANDER* (Amélie Kuhrt & Susan Sherwin-White eds., 1987).

243. GABEL & WHEELER, *supra* nota 36, pag. 148.

244. Cito ALAN WATSON, *SOCIETY*, *supra* nota 16, pag. 12.

245. Zimmermann, *supra* nota 47, pag. 148.

possibilità di muovere critiche fondate al diritto Romano dei contratti per i gravi difetti che perdurarono per secoli e di cui i giuristi romani erano consapevoli, o, almeno, avrebbero dovuto esserlo.²⁴⁶

Prima di tutto, i Romani non svilupparono mai nè una teoria generale del contratto, nè regole sul contratto in quanto tale; si limitarono ad un diritto relativo ai singoli *contratti*.²⁴⁷ È chiaro, allora, che la tradizione di Civil Law si è mossa nella direzione *opposta* a quella originaria del diritto Romano. I Romanisti tradizionalisti cercano di negare questo difetto, anche se debbono riconoscere che si tratta pur sempre di un difetto. Per esempio, Buckland e McNair ammettono che “nel diritto Romano un diritto generale dei contratti deve essere estrapolato ed è *venuto alla luce in tempi moderni. Tutt'al più si può dire che fosse latente nelle fonti antiche*. I giuristi avevano a che fare pressochè esclusivamente con diversi e particolari contratti.”²⁴⁸ Cosa significa che qualcosa è “al meglio latente” nei libri antichi e che “è venuto alla luce in tempi moderni”? E' chiaro che una teoria sul contratto mai esistette per i Romani e che venne elaborata, per estrapolazione, in tempi moderni. Da notare che questo è il risultato ragionevolmente ottenuto mediante l'applicazione di un'analisi delle fonti²⁴⁹ di tipo chiaramente filologico così come è stata impiegata in altri campi, *tranne che* nel campo della storia del diritto.

È anche chiaro che un simile rifiuto di critica storica può essere spiegato solo con l'esistenza di un discorso forzato il cui principale interesse è l'esclusione della comune analisi critica quando si fa questione della grandezza di Roma. Possiamo ancora percepire la differenza tra l'adozione di un modello di continuità o di un più fondato e chiaro approccio di discontinuità. Se usiamo il primo possiamo dire che qualcosa che *venne alla luce in tempi moderni* era *latente* nei libri Romani – il che è assolutamente senza significato per la comune esegesi storica – come se volessimo *portare alla luce* qualche credenza religiosa romana che rimase *nascosta* agli stessi Romani. Se adottiamo il secondo modello, diventa evidente che un diritto generale sul contratto è una conquista moderna, eventualmente legittimata mediante il riferimento a qualche testo Romano.

Buckland e McNair vanno oltre riportando il fatto che, anche se ebbero a che fare *esclusivamente* con particolari contratti, i giuristi Romani “regolarmente” fecero uso di analogie mutuate da altri contratti,²⁵⁰ il che varrebbe come “prova” dell'esistenza di una teoria latente e più ampia. È per me straordinario che un simile ragionamento non sia mai stato

246. WATSON, *supra* nota 16, pag. 12.

247. BERMAN, *supra* nota 4, pag. 129 (ove si sostiene che furono i successivi giuristi Europei ad elaborare una teoria sul diritto dei contratti a partire dai singoli tipi contrattuali romani).

248. W.W. BUCKLAND & ARNOLD D. MCNAIR, *ROMAN LAW & COMMON LAW: A COMPARISON IN OUTLINE* 265 (F.H. Lawson ed., 2d ed. 1965) (con enfasi).

249. REYNOLDS & WILSON, *supra* nota 188 e relativo testo.

250. *Id.*

sottoposto a critica sprezzante. È proprio la necessità di ricorrere ad analogie con altri contratti che prova la mancanza di una teoria generale, mentre quest'abitudine non significa assolutamente niente più che tutti i contratti erano contratti. Sicuramente i Romani percepirono come simili i vari contratti, dato che per essi usarono la medesima etichetta, ma mai andarono oltre, come è confermato dalla necessità di usare l'analogia, che propriamente significa somiglianza senza identità. I giuristi parlarono semplicemente di analogie, cioè di somiglianze tra i contratti e tanto bastava. Il "rinnegare" questo fatto è dato ancor più interessante e noi vi ritorneremo.

Dobbiamo esaminare i singoli contratti proprio per la mancanza di un diritto del contratto nella giurisprudenza romana.²⁵¹ Scelgo due esempi forniti da Watson per la loro importanza: il più antico dei contratti romani, la *stipulatio*, e la vendita. Ciascuno è stato ampiamente trattato nella letteratura moderna. Il primo può dar spiegazione dell'esotismo e della magia che pervadevano il diritto Romano antico al pari degli altri diritti antichi, il secondo può evidenziare i difetti tecnici propri del pensiero giuridico romano. Ancora una volta possiamo riferirci a Watson per rafforzare la nostra teoria.

Quanto alla *stipulatio*, il contratto era formato da una domanda e da una risposta.²⁵² "Prometti?" "Prometto." Le parti erano l'una di fronte all'altra e le formalità dovevano essere rigorosamente seguite.²⁵³ Solo un verbo avrebbe potuto essere usato "Spondesne...?", "Spondeo." Nessun altro verbo avrebbe prodotto effetti giuridici. Non è difficile scorgere qui all'opera la credenza nella potenza magica di una parola. Esattamente quella parola, e quella parola sola, poteva produrre effetti. È chiaro che successivamente il diritto Romano evolse fino ad abolire tali solennità verbali, ma queste perdurarono per secoli.²⁵⁴ Possiamo metter in luce il cambiamento, o puntare sulla originaria forma magica. Ma evidenziare il cambiamento non è troppo ortodosso quando si difende la superiorità di un sistema originale.²⁵⁵ Come possiamo rivendicare una simile superiorità, se apprezziamo il fatto che il sistema finalmente evolse allontanandosi dalle sue premesse?

Per chiarire che le formalità nella *stipulatio* erano puramente magiche ed esotiche, possiamo ricordare che le formalità nei contratti avevano due funzioni fondamentali. Segnavano la conclusione della transazione e fornivano la prova del contratto e dei suoi termini. Tuttavia le formalità

251. Di seguito faccio riferimento alla analisi tratta da WATSON, SOCIETY, *supra* nota 16, pagg. 13-15.

252. J. INST. 3.15.

253. Per questo resoconto sul diritto contrattuale romano, WATSON, SOCIETY, *supra* nota 16, pagg. 12-15.

254. *Id.*

255. *Id.*

nella *stipulatio* assolvevano solo alla prima funzione, non anche alla seconda. Questo punto debole della *stipulatio* era ben noto ai Romani, anche se mai vi posero rimedio.

Anche se la storia di questo contratto è oscura, secondo molti studiosi il suo carattere sacro ed i suoi difetti come strumento giuridico possono essere collegati proprio all'uso del verbo *spondeo*, che deriva da un verbo Greco che significa "Ti offro da bere"²⁵⁶ e che indicava un particolare tipo di giuramento: poichè un giuramento romano consisteva nell'invocare la divinità quale testimone, non v'era bisogno di altra prova sui termini del contratto. Questa forma di giuramento sacro divenne uno strumento giuridico, ma i giuristi non furono in grado per secoli di correggerlo.

Il secondo esempio riguarda la vendita. Per i Romani la vendita era un contratto consensuale, valido in forza del semplice accordo tra le parti, senza alcun requisito di forma. Anche se questi contratti sono presentati come "una delle più grandi invenzioni dei Romani"²⁵⁷, dobbiamo ricordare che esistevano solo quattro contratti consensuali: la vendita, la locazione, la società ed il mandato, che non erano sicuramente troppi per un sistema altamente sviluppato di contratti.

Il più grave difetto della vendita romana era la mancanza di garanzie intrinseche. Il compratore non avrebbe potuto contare sul valore del titolo del venditore. Nè il venditore avrebbe potuto garantire che il prodotto venduto era privo di gravi vizi occulti, a meno che la vendita non si fosse conclusa in un mercato e non avesse avuto ad oggetto uno schiavo o una bestia da soma. I giuristi tentarono di elaborare una responsabilità generale del venditore, ma questo processo era ancora agli inizi nel periodo classico. L'acquirente poteva tutelare i propri interessi solo mediante apposite convenzioni con il venditore e centinaia di testi mostrano che questo di regola si faceva. Ma allora, in pratica, un contratto di vendita cessava di avere i vantaggi di un contratto consensuale e le parti dovevano incontrarsi l'una di fronte all'altra e ricorrere alla magia di cui si è detto.

Come Watson, possiamo chiederci se il concetto di garanzia intrinseca fosse troppo raffinato ed avanzato per i Romani: "la risposta corretta è No!"²⁵⁸ Per esempio, secondo Watson, una garanzia implicita contro l'evizione era contenuta nella *mancipatio*, un'altra cerimonia magica²⁵⁹ necessaria per il trasferimento della proprietà della terra.

È chiaro che il contratto di vendita era essenzialmente limitato alla vendita di beni mediante lettera o messaggero, senza l'incontro delle parti. Comunque, l'impossibilità di creare garanzie ricorrendo a strumenti diversi da apposite stipulazioni rendeva più difficile per un venditore ricevere un prezzo ragionevole per i suoi beni. Se non si poteva addivenire a

256. *Id.* pag. 15.

257. *Id.* pag. 14.

258. *Id.* pagg. 14-15.

259. *Id.* pag. 15 *Cfr.* anche JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pagg. 143-44.

stipulazione, un mercante ben poteva esitare ad acquistare a distanza. La mancanza di garanzie specifiche per il contratto di vendita “riduceva molti dei vantaggi del contratto”.²⁶⁰

Penso che questo resoconto sia evidente, nell’ottica di una valutazione critica del diritto romano. Suona, inoltre, strano a causa dei pregiudizi a favore dei Romani condivisi anche da eminenti studiosi come Watson. Nella sua opera, Watson si basa principalmente su esempi tratti dal diritto romano e dall’antico diritto Inglese per elaborare una teoria generale sulla disarmonia tra diritto privato e necessità e desideri della società, rendendo non plausibili le attuali teorie sullo sviluppo giuridico e sul collegamento tra diritto e società. Possiamo vedere all’opera un tipico pregiudizio: se il diritto Romano ed anche la Gloriosa Common Law delle origini presentavano dei difetti, allora “il Diritto” in sé, in quanto tale, non può che essere difettoso. Questo pregiudizio non tiene conto della più sobria teoria messa a disposizione dai risultati raggiunti da Watson: il Diritto Romano (ed eventualmente anche l’antico diritto Inglese) ebbero una peculiare capacità di evolvere e di affrontare seri problemi di organizzazione, almeno fino alla fine del II secolo D.C. quando il carattere originario venne abbandonato a favore del diritto più avanzato e meglio sviluppato delle province.²⁶¹ Il più grave difetto consiste nella incapacità dei giuristi Romani di modellare nuovi istituti meglio rispondenti alla società. Lo stesso può ripetersi per gli esempi inglesi citati da Watson: probabilmente il difetto riposa nelle elites professionali dell’Occidente, come abbiamo sopra suggerito. Mentre penso che la teoria di Watson sulle elites sia corretta, presumo che la sua teoria si spinga troppo oltre quando descrive una natura propria del Diritto come regno autonomo. Sono proprio il diritto Romano ed il successivo diritto Occidentale basati su isolate elites di professionisti a patire di questi difetti.

Credo che il primitivismo del diritto romano dei contratti possa essere meglio compreso quando lo parliamo con gli altri diritti antichi del Mediterraneo.

Al fine di scoprire il primitivismo e l’esotismo del diritto romano, abbiamo affrontato la questione entro il *framework* delineatosi dopo l’Ellenismo. Come abbiamo detto prima, il periodo Greco-Romano della civiltà Egiziana è di cruciale importanza perchè coesiste con il diritto romano classico. E anche perchè dobbiamo ricordare che, secondo il principio di personalità, predominante nell’antichità, il diritto Egiziano prevalse in Egitto per il popolo egiziano,²⁶² così come la popolazione greca

260. WATSON, SOCIETY, *supra* nota 16, pag. 15.

261. *Infra* pag. 72.

262. RAPHAEL TAUBENSCHLAG, THE LAW OF GRECO-ROMAN EGYPT IN THE LIGHT OF THE PAPYRI 332 B.C.E. - 640 C.E. 2 (2d ed. 1955) [di seguito, 1 or 2 THAUBESHLAG, GRECO-ROMAN EGYPT]. Prefisco citare la prima edizione per evidenziare la data delle sue scoperte, in gran parte sottostimate o ignorate tra i Romanisti.

era sottoposta al diritto Greco.²⁶³ Perciò i due sistemi giuridici dell'Egitto e di Roma furono strettamente connessi ma separati per alcuni secoli. Infatti, non ci può essere dubbio che il diritto egiziano venisse ancora applicato durante l'era romana, quando gli Egiziani indigeni continuavano a costituire un gruppo separato dagli abitanti Elleni, come nel periodo Tolemaico, sottoposti al loro diritto locale. Ciò che sorprende è che il diritto Egiziano rimase in vigore anche dopo la Costituzione Antoniniana.²⁶⁴ Questo suggerisce una particolare indipendenza e persistenza di questo sistema giuridico, tanto che le istituzioni egiziane sopravvissero e finirono per influenzare anche la prassi Romana del medesimo periodo. Inoltre, l'amministrazione romana acquisì la legislazione delle città autonome, come Alessandria, uno dei maggiori centri culturali del mondo antico.²⁶⁵ Tanto nell'era Tolemaica, quanto in quella romana venne fatta una netta distinzione tra il diritto Greco ed il diritto egiziano e venne elaborato un sistema di regole per la soluzione dei conflitti tra i due diritti, in modo da sopperire alle esigenze pratiche. Nel campo dei contratti, il principio seguito era che il linguaggio in cui il documento era scritto determinava il diritto applicabile.²⁶⁶ Le parti avrebbero potuto decidere di usare il Romano, il Greco, o l'Egiziano formulando il contratto nella lingua scelta. Venne privilegiato il diritto Greco per i casi di diritto penale, perchè se il caso di specie coinvolgeva membri di diverse nazionalità doveva essere applicato, in via esclusiva, il diritto Greco, non quello romano.

La questione della reciproca influenza del diritto Greco, Romano, Egiziano è particolarmente complessa. Ciò che gli studiosi hanno evidenziato è che molte clausole contrattuali, *specialmente* nel campo delle garanzie, vennero copiate dalle istituzioni egiziane, portando alla formazione di un diritto composto da elementi di tutti i tre sistemi.²⁶⁷ Questo è particolarmente importante per la nostra tesi, in quanto abbiamo visto nel precedente paragrafo che anche a volersi basare sul resoconto dei Romanisti il diritto delle garanzie nel diritto Romano della vendita e delle transazioni commerciali è molto povero. I difetti del diritto romano potevano sopravvivere, anche se non erano al passo con le esigenze della società, perchè i privati potevano decidere di usare altri sistemi giuridici. Il diritto Romano era, dunque, il diritto dei cittadini Romani, ma i Romani potevano applicare anche altri diritti.

Penso che ciò sia importante per far notare che non ci riferiamo, in questa sede, a nuove scoperte, ma a fatti noti almeno dalla fine dell'ultima guerra. Stiamo soltanto proponendo un cambio di prospettiva, una analisi

263. *Id.* pagg. 5-6.

264. *Id.* pag. 7.

265. Slla rilevanza culturale di Alessandria, GABEL & WHEELER, *supra* nota 36, pagg. 148-49.

266. TAUBENSHLAG, *supra* nota 262, pag. 19-20.

267. *Id.* pag. 21-27.

critica che modifica il significato dei dati disponibili. Se studiamo il diritto Romano, non come sistema isolato, secondo l'antico modello Tedesco, ma come uno tra gli altri sistemi giuridici esistenti nel bacino del Mediterraneo, immediatamente giungiamo ad una visione completamente diversa dell'intera materia. Il diritto Romano era il diritto di un gruppo ristretto, vincolato ad antiche forme, ma non era il diritto dell'Impero. Quasi sicuramente non era il diritto privilegiato per le transazioni commerciali, specialmente nelle regioni più sviluppate economicamente dell'antico mondo Mediterraneo, le coste Africane ed il Vicino Oriente. Da questo punto di vista, la stragrande importanza attribuita al diritto Romano nelle scuole di diritto in Occidente pare essere prettamente ideologica e non rispondente a realtà.

Dopo la Grande Crisi del III secolo²⁶⁸, troviamo in Egitto frammenti delle opere dei più grandi giuristi o studiosi di diritto Romano: Gaio, Paolo, Papiniano ed Ulpiano,²⁶⁹ anche se il sistema egiziano rimase in vigore dopo la *Costituzione Antoniniana*. Questo fatto dimostra una attività culturale nel sapere giuridico tale da suggerire proprio nell'Egitto il fondamento di un diritto Romano a carattere provinciale. È importante notare che fu in gran parte un movimento culturale, dato che, nel complesso, la legislazione imperiale raramente si impose sul diritto peregrino locale. Da questo movimento emerse un sistema misto, se ci riferiamo al riconoscimento obiettivo fatto da Taubeshlag per cui la graduale romanizzazione del diritto locale venne controbilanciata da una simile "Ellenizzazione" del diritto Romano.²⁷⁰ Possiamo ancora notare che questa ammissione non attribuisce pieno credito all'Egitto, dato che Taubeshlag fa riferimento all'Ellenismo, con conseguente enfasi sulle componenti (Indo-Europee) greche. Comunque, possiamo affermare dopo di lui che nei settori più avanzati, come il diritto commerciale, l'influenza del diritto "Ellenistico" fu "potente" e di "primaria importanza". Questa influenza può essere osservata nello sviluppo di principi contrattuali a tutela dei terzi e nel fatto che le regole sulle cessioni e sull'appalto sviluppate nel diritto Greco-egiziano vennero, finalmente, elevate da Giustiniano al rango di legge imperiale.²⁷¹

Fino a questo punto abbiamo fatto riferimento al tardo periodo del diritto egiziano, ma se guardiamo indietro sulla base di una recente letteratura, troviamo che già esisteva un sistema contrattuale ben delineato anche nei periodi delle dinastie Egizie.²⁷² E' ben noto tra gli specialisti che, dalla fine dell'ultimo secolo, la documentazione storica ha conservato un

268. *Infra* Parte II.F (intitolata "Redazione e Deromanizzazione").

269. TAUBENSCHLAG, *supra* nota 262, pagg. 26-27.

270. *Id.* pag. 46.

271. *Id.* pag. 51.

272. ADOLF ERMAN & HERMANN RANKE, LA CIVILISATION EGYPTIENNE [EGYPTIAN CIVILIZATION] 196 (French trans. Paris, Payot & Rivages, 1994).

numero di contratti descritti da Erman come espressi tutti nella stessa forma assolutamente regolare:

Contratto concluso tra *A* e *B*,

B da *x* ad *A*,

mentre *A* da *y* a *B*.

In considerazione di ciò *B* è soddisfatto.²⁷³

In contrasto con la pratica romana, questa forma sembra davvero un moderno contratto. È scritta, ha una causa, non ha carattere magico. Troviamo non sia esotica, laddove la stipulazione romana non aveva nulla in comune con i nostri concetti giuridici. Questa impressione si rafforza se esaminiamo in dattaglio i documenti antichi. Le clausole collegate al trasferimento della proprietà sono normalmente del seguente tenore:²⁷⁴

“Ti ho venduto questo per argento”

“Ti ho dato questo per argento”

“Ti ho dato la mucca con i suoi frutti”

Se un romano intendeva trasferire la proprietà di una mucca, al posto di redarre un documento in forme standardizzate, che chiaramente indicassero il prezzo dell'affare secondo un approccio razionale simile al moderno, doveva porsi di fronte all'altra parte e recitare una sorta di breve dramma alla presenza di cinque testimoni: questa era la *mancipatio*.²⁷⁵ Inoltre aveva bisogno di un paio di bilance, di un altro cittadino che le tenesse e di un pezzo di rame. La cerimonia si svolgeva così: il soggetto cui doveva essere trasferita teneva la cosa o una parte di essa che, in senso magico, ne simbolizzasse l'esistenza e diceva “Io dico che questa cosa è mia secondo il diritto dei Romani e la compro con questo pezzo di rame e queste bilance di rame.” Quindi doveva colpire le bilance con il pezzo di rame e consegnarlo al trasferente “quale prezzo”. Da notare che il pezzo di rame non aveva connessione alcuna con il prezzo effettivo anche se c'era stata una precedente vendita. Veniva consegnato anche nel caso in cui non ci fosse stata vendita alcuna. Aveva carattere magico. Inoltre, se le parti commettevano qualche errore nell'inscenare questo dramma simbolico, la proprietà non veniva in alcun modo trasferita. Tale era la cerimonia nel periodo classico! È del tutto sorprendente che i Romanisti decantino il requisito della presenza di cinque testimoni come metodo per prevenire l'insorgenza di controversie,²⁷⁶ come se un documento scritto non fosse più efficace a tal fine. Inoltre, mentre nell'antico Egitto un documento scritto poteva agevolmente comprovare il trasferimento del possesso, un cittadino Romano, in caso di trasferimento della terra, per esempio, doveva

273. VerSteeg., *supra* nota 226, pag. 66.

274. CRUZ-URIBE, *supra* nota 155, pag. 43 (ove fornisce un preciso resoconto dei documenti e la corretta traslitterazione del testo egizio).

275. *Supra* nota 229 e relativo testo; *inoltre* JOLOWICZ, *supra* nota 126, pagg. 143-49.

276. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag. 145.

camminare sulla terra per acquisirne il possesso!²⁷⁷ E l'ulteriore progresso per cui costui non doveva più camminare su tutta la terra, ma doveva semplicemente saltare su una zolla è considerato come un'importante conquista del genio giuridico Romano! Comparati i due sistemi, penso che gli studiosi di diritto antico siano un po' troppo timidi quando affermano che la concettualizzazione Egiziana del diritto non fu "sicuramente" rispondente a quella Romana, *tuttavia* il sistema giuridico Egiziano era adeguatamente sofisticato per una cultura avanzata.²⁷⁸

Ciò che si è detto per l'Egitto potrebbe essere riferito anche agli altri antichi diritti del Vicino-Oriente. Per esempio, troviamo un sistema evoluto di computo degli interessi semplici e composti nel diritto Assiro²⁷⁹ mai rinvenuto nel diritto Romano; così come un sistema sviluppato di registrazione dei debiti su tavolette come titoli per assicurare le garanzie.²⁸⁰ Inoltre, le carovane erano organizzate come singole unità commerciali dove tutte le spese, le tasse, le perdite ed i profitti venivano sommati e ripartiti tra i partecipanti,²⁸¹ risultato raggiunto in Europa solo durante il Medio Evo.²⁸² Oggi siamo, inoltre, a conoscenza di un evoluto sistema giuridico sumero,²⁸³ e in vero il modello base delle transazioni commerciali rinvenuto nei documenti giuridici sumeri del terzo millennio sopravvive, attraverso le epoche nei documenti Aramaici e demotici.²⁸⁴

Non c'è spazio per affrontare questa materia in dettaglio, ma se oggi parliamo l'evoluzione del diritto romano con quello dei diritti egiziani o del Vicino Oriente, abbiamo la sensazione crescente che la superiorità del diritto Romano negli studi giuridici non può essere niente altro che il risultato della eredità obsoleta di un modello Tedesco, già sorpassato all'inizio di questo secolo. La "sopravvivenza" degli studi Romani ed il loro "rinnovamento" possono allora essere spiegati solo su base ideologica; cioè come falsa consapevolezza della realtà al servizio di progetti di *governance*. Questa conclusione viene avvalorata dalle ulteriori considerazioni sulla teoria dello Stato e sulla soluzione delle controversie sviluppate nei paragrafi successivi.

277. *Id.* pagg. 152-53 (affrontando il trasferimento del possesso in relazione al trasferimento della terra).

278. CRUZ-URIBE, *supra* nota 155, pag. 101 (con enfasi).

279. Klaas R. Veenhof, "In Accordance with the Words of the Stele": Evidence for Old Assyrian Legislation, 70 CHI.-KENT L. REV. 1717, 1722-24 (1995).

280. *Id.* pagg. 1724-29.

281. *Id.* pag. 1731.

282. Sull'organizzazione finanziaria del commercio medioevale, ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pagg. 100-105.

283. Westbrook, *supra* nota 231, pag. 28.

284. *Id.* pag. 22; inoltre YOCHANAN MUFFS, STUDIES IN ARAMAIC LEGAL PAPYRI FROM ELEPHANTINE (1969).

C. L' "Origine dello Stato"

Nel precedente paragrafo abbiamo affrontato un tema centrale per il diritto privato, precisamente lo sviluppo del diritto contrattuale. Ora prendiamo in considerazione un secondo esempio relativo al diritto pubblico, precisamente lo sviluppo di una concezione coerente dello Stato da un punto di vista giuridico.

La prima domanda da porsi è quando, se mai, il diritto Romano sviluppò una concezione dello Stato? Una delle principali caratteristiche del diritto Romano per un osservatore moderno è, infatti, la totale assenza del diritto pubblico. Il punto è qui così chiaro ed incontrovertito che possiamo trovarne ammissione anche nella letteratura tradizionale: "Il diritto Romano non fornì una definizione chiara e funzionale di Stato."²⁸⁵

Un elemento fondamentale in una teoria dello Stato è la sua indipendenza dalla particolare persona o dalla particolare famiglia che governano: dunque, il fatto che lo Stato esista di per sé come ente indipendente. Tale esistenza può essere assicurata solo assumendo regole di governo che legittimano l'autorità.²⁸⁶ Per quanto concerne la storia Romana, dobbiamo tracciare una chiara distinzione tra il Principato ed il Dominato, che si affermò dopo la Grande Crisi del III secolo D.C.

Il Principato fu una magistratura straordinaria e mai perse completamente questo carattere. Di conseguenza non ci fu mai un sistema giuridico di successione riconosciuto. Data la tormentata storia di successione, perfino i Romanisti, di norma faziosi e tradizionalisti, debbono riconoscere questa *failure* fondamentale della costituzione romana.²⁸⁷ Si sa che le truppe, specialmente la guardia imperiale, giocarono un ruolo considerevole a questo proposito e in più di una occasione gli eserciti provenienti da diverse parti dell'Impero, ciascuno nel tentativo di portare al potere il proprio leader, si batterono in armi per risolvere la questione. Talvolta il Senato fu in grado di esercitare una scelta effettiva. Il numero e la forza delle fazioni, e specialmente degli "uomini in armi" poteva fare la differenza nel portare il proprio designato al potere e questo non aveva alcuna rilevanza per la natura giuridica del loro atto. Se c'erano più designati, ciascuno era legittimato fino a che non fosse destituito da un altro.

Il punto è che non esistevano regole e che nessuna teoria era stata elaborata per risolvere questo fondamentale problema. In questo campo la "non-capacità" mostrata dai giuristi Romani nell'elaborazione di una dottrina, se non di una prassi, è davvero scioccante. Anche il più grande maestro della storia costituzionale romana ebbe a dire che non esistette mai un sistema di governo che aveva perso così completamente il concetto di

285. Mayali, *supra* nota 28, pag. 1469.

286. ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 113 (1974) (descrivendo come "cruciale" il monopolio dello stato sull'uso della forza in un territorio).

287. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pagg. 353-55.

legittimità come il principato augusteo,²⁸⁸ e lo descrisse come una autocrazia mitigata da uno stato di rivoluzione giuridicamente permanente.²⁸⁹

La Grande Crisi che si verificò nel corso del III secolo D.C., dall'assassinio di Alessandro Severo (235 D.C.) all'ascesa di Diocleziano (284 d.C.), fu un periodo di confusione e catastrofe. Ma l'ordine interno venne ristabilito e da quel momento l'Impero venne retto per la maggior parte da un numero di dinastie relativamente stabili. Il modello di costituzione che possiamo trovare nel IV secolo è completamente differente dalla precedente ed originaria costituzione romana. Possiamo ora facilmente distinguere un primo impero, che, nato dalle ceneri della Repubblica, perdurò fino al III secolo D.C., ed un secondo impero edificato nel IV secolo sulla base di principi di governo completamente diversi. La marcata differenza rispetto al passato e l'origine straniera di questi principi sono riconosciuti anche nella letteratura tradizionale:

I metodi impiegati per garantire stabilità furono principalmente tre – la trasformazione del potere imperiale in una monarchia su modello *Orientale*, la divisione del territorio tra co-reggenti e la riorganizzazione dell'apparato amministrativo.²⁹⁰

Nel nuovo modello, la dignità imperiale acquisì carattere sacro: l'imperatore non era più, teoricamente, un *primus inter pares*, ma una figura distante e sacra, avvolto da un'aura cerimoniale.²⁹¹ Venne introdotto un vero e proprio culto dell'imperatore considerato come divinità,²⁹² successivamente trasformato, dopo la riforma di Costantino e l'adozione del Cristianesimo nel 312 D.C., in una dottrina sull'imperatore come rappresentante della divinità. La riorganizzazione amministrativa operata da Diocleziano pose tutto l'impero su un piano di parità. Non esisteva più un diritto Romano distinto da quello applicabile nelle province. Finalmente Costantino separò il potere civile da quello militare. L'imperatore ed i suoi funzionari erano ora a capo di tutta l'amministrazione civile e titolari di tutti i poteri giurisdizionali. Venne nominato un apposito ministro della giustizia e fu creato un apparato burocratico permanente per le esigenze di governo. Inoltre, come vedremo, lo Stato sostenne i privati nella soluzione delle controversie.

Abbiamo qui un chiaro concetto di stato imperiale, con una monarchia sacralizzata ed una forte burocrazia, entrambi parimenti inesistenti nella tradizionale costituzione romana. Tale monarchia sacralizzata separò l'amministrazione civile dall'amministrazione militare ed assunse il

288. 2 THEODOR MOMMSEN, R_MISCHES STAATSRECHT [ROMAN CONSTITUTIONAL LAW] 844 (1887).

289. *Id.* pag. 842.

290. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag. 421 (con enfasi).

291. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 17.

292. Per una descrizione dell'evoluzione del culto e delle sue prime manifestazioni, in generale LILY ROSS TAYLOR, THE DIVINITY OF THE ROMAN EMPEROR (1931).

controllo burocratico della società.

Quale che sia l'idea che si abbia in merito alle autocrazie, è chiaro che, dal punto di vista non di una moderna interpretazione critica, ma di una tradizionale teoria evolutiva, la creazione di uno stato centrale fu una conquista. È anche chiaro che la costituzione Romana venne trasformata dall'originario caos in un insieme ordinato di principi e pratiche grazie a prestiti culturali provenienti da modelli "orientali". Il punto è da dove provenivano questi modelli?

Nelle province della parte Orientale dell'Impero, che divenne dominante dopo la crisi del III secolo,²⁹³ sopravvisse la forma di governo usualmente chiamata "Ellenistica".²⁹⁴ Questo tipo di organizzazione del potere, come visto, trasse origine dalla conquista dell'Impero Persiano ed Egizio ad opera di Alessandro il Grande nel 332 D.C.. Ciò che dobbiamo fare ora è investigare (1) sugli eventuali modelli Egiziani o Asiatici presenti nell'Ellenismo, (2) sulla loro possibile attuazione successiva in un rinnovato sistema Romano di governo, dopo la Grande Crisi. Iniziamo con la prima questione.

Gli studiosi sono divisi in merito alla "originalità" dell'organizzazione del potere negli stati Ellenistici ed ancora una volta possiamo contrapporre due modelli. Il primo modello guarda chiaramente alla origine Afro-Asiatica della monarchia Ellenistica: i sovrani Ellenistici erano gli eredi della monarchia Egizia.²⁹⁵ D'altro canto troviamo teorie che negano recisamente tale origine ed indicano una autonoma creazione Greca: la Monarchia Ellenistica fu una forma di governo militare tipicamente greca che assunse carattere religioso solo al fine di meglio controllare le popolazioni locali, usando l'organizzazione burocratica già esistente, specialmente in Egitto.²⁹⁶

Possiamo contrapporre questo approccio anche ad una impostazione tradizionale, che qui assumo per rafforzare la mia teoria. Poiché i giuristi sono interessati alle *forme*,²⁹⁷ specialmente nell'approccio tradizionale, è importante notare che anche i sostenitori della autonoma creazione Greca ammettono che i Regni Ellenistici assunsero le forme delle monarchie Egiziana e Persa. Aggiungono che questi ingegnosi sovrani Greci decisero di usare l'apparato burocratico già esistente, *specialmente* in Egitto. Ora, penso che, secondo l'impostazione comune, la forma del potere e

293. Si ricordi che la capitale venne stabilita da Diocleziano a Spalato, in Croazia e da Costantino a Bisanzio (Istanbul, Turchia). WILLIAMS, *supra* nota 211, pag. 148 & 205.

294. G. W. BOWERSOCK, *HELLENISM IN LATE ANTIQUITY* (1990).

295. PIERRE LIVKQUE, *LE MONDE HELLÉNISTIQUE* 54 (1969); *inoltre* C.W. MCEWAN, *THE ORIENTAL ORIGIN OF HELLENISTIC KINGSHIP* (1934).

296. ANDRI AYMARD & JEANNINE AUBOYER, *L'ORIENT ET LA GRÈCE ANTIQUE* 396 (6th ed. 1967).

297. P.S. ATIYAH & ROBERT S. SUMMERS, *FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY AND LEGAL INSTITUTIONS* 7 (1987).

l'organizzazione dell'amministrazione costituiscano l'essenza di una struttura di potere. Perciò dobbiamo evidenziare due punti: (a) il carattere del Governante come persona sacra e Signore (*deus et dominus*), e (b) la predisposizione di un apparato burocratico centrale. Nel discorso che segue intendo semplicemente dimostrare che:

Lo stato Egiziano possedeva questi caratteri

Questi caratteri si trovano nell'Ellenismo

Dopo la crisi del III secolo l'impero Romano apparve possedere tali caratteri.

Possiamo comprendere questa storia analizzandola alla luce del multiculturalismo politico predominante nella parte Afro-Asiatica delle civiltà mediterranee, che importò modelli di origine non-Occidentale nel cosiddetto mondo Occidentale. Inoltre, è chiaro che la nascita della dottrina dello Stato, non sviluppata nel tradizionale pensiero Romano, deve apparire parsa come una conquista notevolissima da un punto di vista evolutivo.²⁹⁸

Fatte queste precisazioni, possiamo ricordare che la comune forma di governo esistente nell'Ellenismo era basata sul culto del Sovrano, sulla organizzazione di una corte centrale costituita da funzionari strettamente legati alla persona del monarca, così come già precedentemente in Asia ed in Egitto.²⁹⁹ Il culto del Sovrano fu per la prima volta mutuato dallo stesso Alessandro, che assunse i titoli dei Faraoni e degli Imperatori Persiani e venne proclamato figlio del più grande dio Egizio (*Ammon*). Al vertice del culto sovrano si poneva Alessandro, la cui carica sacerdotale era considerata la principale e più alta nel regno. Niente di simile è mai esistito in Grecia, mentre il carattere sacro della monarchia Egizia è ben conosciuto ed è stato oggetto di molti studi.³⁰⁰ Ciò che è incredibile è il pregiudizio usato per descrivere il sistema egiziano come "addirittura più alieno a noi in Occidente che in Mesopotamia ... una dittatura di un sovrano-dio"³⁰¹ come se quel sistema non fosse divenuto la base dei Regni Ellenistici,³⁰² e, come vedremo, non fosse stato trapiantato anche nell'Impero Romano. In queste narrazioni c'è una visione ideologica dell'Occidente che non è fondata sulla storia, nè sulla prassi, ma è solo frutto di fantasia.

Quale fu il simbolo del potere nell'Ellenismo? La dinastia macedone finì con l'essere considerata come legittimo successore delle originarie

298. JOHN L. COMAROFF & SIMON ROBERTS, *RULES AND PROCESSES: THE CULTURAL LOGIC OF DISPUTE IN AN AFRICAN CONTEXT* 5 (1981) (che descrive il modello evoluzionista). *Ma si consideri* DAVID COHEN, *LAW, VIOLENCE AND COMMUNITY IN CLASSICAL ATHENS* 5 (1995) (che critica il modello evoluzionista).

299. MCEWAN, *supra* nota 295, pagg. 47-49.

300. R. A. SCHWALLER DE LUBICZ, *LE ROI DE LA THEOCRATIE PHARAONIQUE [THE PHARAOH AS A THEOCRATIC KING]*(1961).

301. D. BRENDAN NAGLE, *THE ANCIENT WORLD: A SOCIAL AND CULTURAL HISTORY* 24 (3d ed. 1996).

302. TAYLOR, *supra* nota 292, pag. 247 (che ritrova la concezione del "Sovrano-Divinità" in Persia piuttosto che in Egitto).

dinastie dei Faraoni, derivando dalle antiche usanze il diadema, lo scettro e l'anello con sigillo come simboli del potere.³⁰³ Secondo quest'impostazione nella Monarchia Tolemaica venne introdotto un culto ufficiale dei governanti in vita, l'effigie del sovrano cominciò ad ornare le monete, i suoi atti venivano datati in base agli anni del suo regno, sacrifici vennero offerti per il suo benessere, il suo compleanno divenne festa di stato e la sua morte occasione di lutto generale³⁰⁴ — cose tutte a cui siamo sorprendentemente abituati. Si trattava, naturalmente, di una monarchia ereditaria e l'ordine di successione veniva controllato da un sistema simile a quello applicato alle proprietà private.

Tutti questi caratteri vennero successivamente recepiti dai Romani. Come abbiamo visto, con la conquista di Alessandria il 1 Agosto 30 A.C., il regno Tolemaico cadde sotto il vittorioso Augusto, che assunse il controllo del paese come successore della precedente Monarchia, così che al nuovo governatore Romano vennero conferiti gli stessi onori dei predecessori Greci ed Egizi.³⁰⁵ Nel sistema di governo romano, il paese venne affidato ad un *prefetto* che agì quale delegato locale dell'Imperatore.³⁰⁶ Il prefetto divenne una copia del re Tolemaico come capo dell'intera amministrazione civile e militare del paese. Quando, dopo la Grande Crisi, Diocleziano restaurò la concezione di "Signore e Dio" dell'Impero ("*Dominus et deus*," da cui deriva la denominazione del periodo, Dominato), anche se questa concezione era estranea alla parte Occidentale dell'Impero, non era nuova per l'Egitto, dove sempre si attribuì ai sovrani tale potere. Abbiamo un indizio di integrazione delle concezioni Egiziane nella forma di governo Romana raggiunta mediante l'attenuazione delle differenze tra l'Egitto come provincia ed il resto dell'Impero. Infatti quando Diocleziano assunse il nuovo modello di governo, privò le città egizie dei loro privilegi speciali.

In sintesi, la concezione della divinità imperiale venne elaborata quando Roma era in stretto contatto con le idee del mondo Orientale ed in particolare con le idee politiche mantenute nei regni dell'Egitto e del Medio Oriente.³⁰⁷ È importante ricordare che questo concetto della sacralità del sovrano permase dopo la cristianizzazione dell'Impero, anche se venne riformulato in termini cristiani.³⁰⁸

Dobbiamo evidenziare che i principi e le forme di governo Egizi erano sorprendentemente opposti alla originale tradizione macedone. La tradizione macedone era basata su una assemblea militare, che agiva come

303. TAUBENSCHLAG, *supra* nota 262, pag. 562.

304. *Id.* pagg. 562-63.

305. *Id.* pagg. 567-69.

306. NAPHTALI LEWIS, *LIFE IN EGYPT UNDER ROMAN RULE* 9 (1983).

307. TAYLOR, *supra* nota 292, pag. 1.

308. Gli imperatori Cristiani affermarono di essere i leaders *spirituali* della Cristianità. BERMAN, *supra* nota 4, pagg. 88-89.

rappresentante della sovranità popolare, prendeva parte alla decisione di tutte le questioni relative alla successione.³⁰⁹ Anche se all'inizio il ruolo di questa assemblea non era meramente teorico, nel tempo il suo significato si ridusse a mera formalità.³¹⁰ Facilmente possiamo comprendere come le monarchie Egizia e Macedone si basassero su principi opposti, mentre c'è una forte analogia tra le istituzioni Macedoni e quelle Romane; sia nell'Ellenismo che nell'Ultimo Impero, l'assemblea degli uomini in arme che eleggeva il proprio comandante venne sostituita da una monarchia ereditaria. Fa parte del normale pregiudizio "Indo-Europeo" elogiare la prima forma come un tipo di assemblea di uomini liberi contro le istituzioni schiaviste della monarchia Orientale. Ma è come elogiare una sorta di "teoria Pinochet" sulla libertà garantita mediante ricorrenti colpi di Stato, attribuendo all'esercito un ruolo fondamentale nelle scelte costituzionali. Inoltre, come ho già indicato, questo tradizionale elogio delle assemblee militari macedoni e romane contrasta con le narrazioni di tipo evolutivo parimenti tradizionali. Certamente alla luce di una teoria economica dello Stato,³¹¹ il modello Egizio fu più efficace di quello Romano o Macedone; diede prova di essere molto efficace nella parte Orientale dell'Impero, che lo adottò e lo conservò per più di 1000 anni. Un record niente male nella storia degli imperi.

La seconda e più importante questione che dobbiamo analizzare è la costituzione di un apparato burocratico.³¹² L'Antico Egitto è stato definito come Stato *Provider* basato su una organizzazione burocratica del governo sociale.³¹³ Le conquiste materiali dell'Egitto —cospicue ricchezze, palazzi, templi e territori conquistati— dipese integralmente da una particolare abilità nell'amministrazione delle risorse.³¹⁴ Quale che sia l'opinione che si abbia della burocrazia, è chiaro che, secondo un modello di tipo evolutivo essa rappresenta un miglioramento:³¹⁵ la burocrazia, in questo contesto, può significare efficienza³¹⁶, oltre che capacità di dare pubblica applicazione alle regole, in stridente contrasto, per esempio, con il sistema greco di esecuzione delle regole, prevalentemente privato.³¹⁷

309. TAUBENSCHLAG, *supra* nota 262, pag. 564.

310. *Id.*

311. POSNER, *supra* nota 228, pagg. 143-45.

312. *In generale* T.F. CARNEY, BUREAUCRACY IN TRADITIONAL SOCIETY: ROMANO-BYZANTINE BUREAUCRACIES VIEWED FROM WITHIN (1971).

313. KEMP, *supra* nota 220, pagg. 109-11.

314. *Id.* pag. 111.

315. Bisogna ancora richiamarsi alla ben nota teoria di Weber evidenziando l'importanza che ebbero per lo "sviluppo" la razionalità formale, la burocrazia e l'elaborazione del diritto da parte di specialisti giuridici ben formati. *See* MAX RHEINSTEIN ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 304 (Max Rheinstein ed., 1966).

316. Si ricordi che quando Augusto conquistò l'Egitto "centralizzato", l'Egitto era la terra più ricca del tempo. SHERMAN LEROY WALLACE, TAXATION IN EGYPT FROM AUGUSTUS TO DIOCLETIAN I (Princeton Univ. Press 1938).

317. DOUGLAS M. MACDOWELL, THE LAW IN CLASSICAL ATHENS 53-67 (1978).

L'apparato burocratico nell'antico Egitto era ristretto ad un clero potente, il che contrasta con l'impegno dei Romani di rimettere ai giuristi il governo della società³¹⁸ secondo il pregiudizio consueto a favore dell'Occidente. Ma la casta dei burocrati Egizi non era, poi, troppo "sacerdotale". I cosiddetti "sacerdoti" che assumevano il governo erano uomini di legge³¹⁹ che trascorrevano parte dell'anno a servizio del "tempio" e la rimanente nelle normali occupazioni secolari. Il "tempio" deve essere inteso, in questa sede, più come edificio pubblico che come casa di preghiera. I sacerdoti non assunsero mai una funzione etica. Piuttosto, il loro compito principale consisteva nell'assistere il faraone nella sua funzione principale: il mantenimento dell'ordine divino della creazione (*ma'at* in Egiziano). Era, dunque, un ruolo tecnico, che richiedeva una purezza rituale, non una purezza interiore. Questo personale formò una struttura amministrativa ed un particolare regime che rimase pressoché immutato³²⁰ durante l'Ellenismo ed il dominio romano. La conquista dell'Egitto comportò un cambiamento molto lieve nell'amministrazione,³²¹ ed il medesimo sistema venne conservato per tutti i fini pratici durante il periodo romano, senza alcun mutamento di rilievo. In effetti fu Roma che, nel momento di crisi, fu costretta ad utilizzare la sopravvivenza di tali modelli per rinnovare l'Impero agonizzante.³²²

Alla luce di queste conclusioni, possiamo comprendere quanto il tardo Impero poté essere edificato grazie ai modelli conservati in Egitto e nel Vicino Oriente, abbandonando la precedente organizzazione romana. Questo processo è ancor più chiaro se consideriamo il nucleo centrale del processo giuridico romano: il meccanismo di soluzione delle controversie.

D. Il meccanismo della giustizia

Constatati i difetti ed il carattere primitivo del diritto romano dei contratti, rilevato come fosse estranea alla mentalità giuridica romana una concezione coerente dello Stato fin dopo la crisi del III secolo, quando assunse un modello chiaramente esogeno, è possibile porre un interrogativo fondamentale: il diritto Romano è mai esistito?³²³ Credo non si possa

318. *Infra* pag. 64.

319. D. BRENDAN NAGLE, *THE ANCIENT WORLD. A SOCIAL AND CULTURAL HISTORY* 28 (3d ed. 1996).

320. Talvolta questa stabilità viene richiamata, secondo il consueto pregiudizio, per indicare che l'Egitto fu un sistema privo di evoluzione, o sviluppo, caratterizzato solo dalla ripetizione come principale (e negativa) caratteristica culturale. *Id.* pag. 24.

321. WALLACE, *supra* nota 316, pag. 1, 7.

322. Jacques Pirenne, *L'apport Juridique de l'Egypt à la Civilisation* [Egyptian Legacy to Legal Culture], in *1 STUDI IN ONORE DI EDOARDO VOLTERRA* 153, 163 (Milano, Dott. A. Giuffrè ed., 1971).

323. Paul Veyne, *L'empire Romain* [The Roman Empire], in *1 HISTOIRE DE LA VIE PRIVEE* 164-171 (Philippe Ariès & George Duby eds., Paris, Editions du Seuil 1985). Di quest'opera esistono due versioni in lingua inglese in *1 HISTORY OF PRIVATE LIFE: FROM PAGAN ROME TO*

definire un sistema di regole e principi come sistema giuridico, se non è in grado di far rispettare i diritti che attribuisce, o le regole da cui è costituito. Perciò è legittimo domandarsi: il meccanismo della giustizia romana consentiva ai cittadini di ottenere effettivamente giustizia? Ribadisco che tale questione non dipende da una definizione attuale od universale di giustizia o di diritto. Si tratta semplicemente di sapere se il diritto romano consentiva, in pratica, l'applicazione delle proprie regole. La macchina della giustizia romana era destinata a conseguire il rispetto delle regole?

Questa è, ovviamente, una questione fondamentale; per affrontarla adeguatamente è necessario contrapporre i differenti resoconti consegnatoci dai Romanisti e dagli storici che non condividono il pregiudizio dei primi nel loro campo di indagine. Propongo al lettore in primo luogo la versione tradizionale del processo Romano secondo i giuristi, quindi la versione illustrata da noti storici. Dal contrasto tra le due impostazioni emergerà quanto la versione della storia consegnataci dai Romanisti sia imbevuta di pregiudizi a favore di una supposta predisposizione dei Romani per le questioni giuridiche, totalmente sconfessata nel resoconto degli storici. Questo pregiudizio può essere spiegato ancora una volta in chiave ideologica ed ancora una volta si "rivela" da abbandonare per lasciare il posto ad impostazioni alternative.

Secondo i giuristi,³²⁴ chi desiderava (fin dopo il 200 B.C.E.) fare azione poteva citare il convenuto semplicemente mediante una domanda orale, ma incombeva all'attore persuadere o costringere il convenuto riluttante. Le parti dovevano comparire innanzi al Pretore per dare inizio alla prima parte del procedimento. L'attore doveva pronunciare la formula appropriata rispondente alla propria domanda con parole prestabilite. Fissati i termini giuridici della lite (*litis contestatio*), il Pretore designava un arbitro (*iudex*) cui il caso veniva devoluto. L'arbitro doveva esaminare i fatti e rendere la sua decisione. Se questa era favorevole all'attore, conteneva sempre una condanna al pagamento di una determinata somma di denaro. L'esecuzione richiedeva l'autorizzazione di un magistrato, ma avveniva su impulso dell'attore.

Esaminiamo ora il resoconto degli storici sulla medesima storia.³²⁵ Ipotizziamo di essere proprietari della piccola fattoria del nonno. Ad un ricco vicino interessa questa proprietà, vi entra con i propri schiavi, cacciando e malmenando i nostri fino alla morte. Come sarebbe stato affrontato, da un punto di vista giuridico, il fatto (fin dopo il 200 A.C.)? Per il diritto romano il nostro vicino aveva commesso un illecito civile. Pertanto è nostro onere proporre azione e procurare la presenza del

BYZANTIUM (Philippe Ariès, G. Duby, Paul Veyne eds., Belknap Press 1987) e PAUL VEYNE, THE ROMAN EMPIRE (Arthur Goldhammer trans., Belknap Press 1985) [di seguito "THE ROMAN EMPIRE"]. [CITARE ITALIANA](#)

324. ROBINSON, *supra* nota 10, pagg 80-84 (1997).

325. Veyne, *supra* nota 323, pagg. 164-71.

convenuto in Corte. Quindi dobbiamo prenderlo tra i suoi schiavi, portarlo via, imprigionarlo in un seminterrato fino al giorno della comparizione in corte. Se non ci riusciamo, perché abbiamo solo due schiavi e lui ne ha venti, il procedimento non può avere inizio. Possiamo riuscirci solo facendoci "clienti" di qualche ricco Patrizio. Se ci sottomettiamo a costui, ne faremo il nostro Patrono, che manderà i suoi schiavi a catturare il vicino, in modo che il processo possa iniziare. Il magistrato non deciderà il caso, incaricherà un privato quale arbitro. Ammettiamo che quest'arbitro decida per la restituzione della nostra proprietà. Secondo il diritto Romano del tempo, la corte non avrebbe potuto emettere un ordine di restituzione. Avrebbe potuto solo condannare il convenuto al risarcimento dei danni. Dovremmo, dunque, impossessarci (fisicamente e con l'aiuto del nostro Patrono) dei beni del convenuto, venderli, trattenere il denaro corrispondente al valore della piccola fattoria e restituire l'eccedente al vicino.

Si potrebbe davvero desiderare una tale forma di giustizia? Se Voltaire disse di essere felice che la terra Promessa, un deserto roccioso ed un fiume malato, non era stata promessa a lui, potrei dire di essere felice che i miei diritti non siano tutelati dalla giustizia romana. È una giustizia congegnata per i capi di potenti clan. Perciò difficilmente può, qui, parlarsi di un sistema giuridico, dato che esso consiste in un meccanismo di attuazione ed applicazione di regole. È chiaro che l'applicazione del diritto dipendeva, invece, concretamente solo dalla forza sociale delle parti.³²⁶ Era un modo di ottenere vendetta con l'intervento di minimo conto di un magistrato per garantire il rispetto di certe forme magiche. Nessuna dissertazione tecnica, nessuna narrazione seppur parziale può, alla fine, negare questa elementare verità. Di conseguenza i moderni romanisti talvolta la ammettono³²⁷ anche se con una certa *pruderie*: "l'attore socialmente o economicamente inferiore al convenuto deve aver incontrato qualche difficoltà."³²⁸

C'è un'altra questione correlata che intendo mettere in luce. Normalmente il diritto romano viene presentato senza dare rilievo all'esotismo ed al carattere magico, mentre una simile enfasi si trova nella descrizione dei costumi Asiatici o Africani. Questa strategia è chiaramente volta a raccontarci il diritto romano come fonte delle nostre concezioni moderne, marginalizzando od escludendo da ogni seria considerazione altri diritti antichi.³²⁹ Vorrei richiamare brevemente considerazioni ovvie, precisamente che, come già constatato per i contratti, il diritto romano, lungi dall'essere "razionale" in accezione moderna, era intriso di magia ed

326. PETER GARNSEY, *SOCIAL STATUS AND LEGAL PRIVILEGE* 189 (1970).

327. J.M. KELLY, *ROMAN LITIGATION* 6-12 (1966) con riferimento ai tempi successivi.

328. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 80, dove sulla procedura romana di citazione troviamo "in alcuni casi chiaramente un convenuto avrà semplicemente ignorato l'attore."

329. Sulla esotizzazione come strategia di diritto comparato Kennedy, *supra* nota 5, Parte IV.D.1.

esotismo anche nel momento procedurale. Ricordo che l'attore doveva pronunciare la formula appropriata corrispondente alla sua azione ricorrendo a parole predefinite. È lo stesso Gaio a dirci che un uomo che intese agire per la distruzione delle sue viti perse la causa perchè usò il termine "viti" al posto di "alberi", come richiesto dalle XII Tavole (XII T 8.11).³³⁰ Sarebbe facile fare un sacco di esempi. Vorrei essere chiaro sul fatto che non disprezzo il diritto Romano per come era nel secondo secolo a.C.; semplicemente sottolineo che è bizzarro elogiare il diritto romano come unico precursore della moderna giustizia, dato che fortunatamente, le cose vanno esattamente all'opposto: il diritto si è evoluto non su queste basi, bensì *contro* queste idee.

E dopo il secondo secolo? Il diritto romano si è evoluto a partire da questo stadio primitivo di organizzazione magica della vendetta privata?

Dopo il secondo secolo, i meccanismi che abbiamo descritto si evolsero nel cosiddetto "Processo Formulare," predominante a partire dal 150 a. C. circa fino alla fine del secondo secolo d.C.³³¹ In base a questo sistema l'attore doveva enunciare la propria azione in un documento scritto (una formula) per chiedere al Pretore la concessione di un rimedio. In ogni caso era *ancora* un problema dell'attore portare il convenuto innanzi alla corte. Dopodichè il convenuto avrebbe potuto accettare la formula proposta o chiedere che fosse cambiata. Solo quando le parti si fossero accordate sul testo della formula come base per il giudizio, il pretore avrebbe designato l'arbitro e concesso l'azione dando inizio al giudizio. In via di principio la condanna era sempre espressa in denaro ed era ancora onere dell'attore provvedere all'esecuzione.³³² Come possiamo facilmente constatare, il "nuovo" sistema era chiaramente una evoluzione del precedente, ma risultò anche peggiore per l'attore. Dovendo enunciare la propria domanda in una delle formule ammesse e dovendo raggiungere un accordo con il convenuto, l'attore aveva ancor più bisogno dell'aiuto di un potente Patrono per gestire il giudizio. Quindi i difetti del diritto romano che stiamo rilevando non rimasero confinati ad uno stadio iniziale, ma perdurarono nei secoli, fino a che il modello dominante rimase di origine esclusivamente romana.

Fu solo dopo la Grande Crisi del terzo secolo che la macchina della giustizia cambiò radicalmente per assumere forme del tutto nuove basate, finalmente, sull'intervento attivo dello Stato. La nuova forma di processo è nota come *cognitio*, non più rimessa al Pretore ed all'arbitro privato, ma amministrata da un ufficiale imperiale incaricato dell'intero giudizio. L'attore doveva formulare per iscritto la propria domanda e l'ordine a comparire veniva emesso con l'appoggio della corte. Vennero istituiti tribunali regolari ed i testimoni indicati dalle parti vennero citati dalla corte

330. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 81 (citando G. INST. 4.11).

331. *Id.* pag. 85.

332. *Id.* pag. 88.

sotto penalità ed interrogati dal giudice.³³³ L'esecuzione poteva essere attuata *manu militari*. Inoltre la sentenza non era più necessariamente limitata a condanne pecuniarie. Il giudice avrebbe potuto ordinare la reintegrazione della proprietà o l'esecuzione in forma specifica.

Come possiamo constatare, il nuovo sistema venne concepito alla luce di un complesso di idee totalmente differente. Da dove provenivano queste idee? È riconosciuto che la *cognitio* era il tipo di giurisdizione usualmente esercitata nelle province; è probabile una influenza esercitata dalla prassi ellenistica.³³⁴ Inoltre scomparso ogni distinzione tra il diritto esclusivamente romano (*jus civile*) ed il diritto "straniero".³³⁵ È evidente che si verificò una sostanziale modernizzazione del diritto e che il nuovo processo del Tardo Impero segna una più incisiva cesura rispetto alla macchina della giustizia così come si presentava precedentemente.

Solo dopo la Grande Crisi il diritto Romano divenne veramente efficace, indipendentemente dal potere sociale od economico delle parti. Questo per dire che solo quando il diritto romano perse il suo carattere originario a favore dei caratteri più "Orientali" del Tardo Impero, divenne pronto per l'ideologia "Occidentale" del diritto. Nonostante questo sia ovvio, il pregiudizio tradizionale condiviso dai Romanisti, nel senso della superiorità di ciò che è Romano, portò gli autori a parlare del nuovo sistema efficiente come di una "distorsione" del processo delle origini.³³⁶ Direi piuttosto che, se finalmente abbandoniamo tale preconcetto, possiamo renderci conto di quanto la nostra opinione sul diritto, e specialmente sull'attuazione dei diritti riconosciuti, sia attribuibile più alla parte orientale del bacino del Mediterraneo che a Roma, dove queste pratiche erano pressochè sconosciute. Penso che la forza dell'ideologia cui siamo esposti possa essere misurata dal grado di difficoltà che troviamo nell'ammettere che il diritto romano era concretamente inefficiente come sistema giuridico, e che l'idea di attuazione legale dei diritti si manifestò solo quando il diritto Romano originario venne "distorto" dalle pratiche provinciali.

E. Una teoria sulla nascita dei giuristi

Dobbiamo ora affrontare il punto principale: per quanto difettoso, il Diritto Romano possedeva, però, i giuristi. Il carattere distintivo del diritto romano ed occidentale è stato lo sviluppo di una scienza giuridica e di una professione laica, raffigurata in Roma dai "giuristi", in contrasto con tutti gli altri diritti antichi e stranieri.³³⁷ Intendo con ciò far riferimento

333. *Id.* pagg. 90-96.

334. *Id.* pagg. 95-96.

335. Questa fu una conseguenza della *Costituzione Antoniniana* che nel 212 d.C. estese la cittadinanza Romana praticamente a tutti gli abitanti liberi dell'Impero. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 3.

336. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag. 398.

337. SCHULZ, *supra* nota 22, iv ("la scienza giuridica romana è la più pura ed originale

all'esistenza di una classe indipendente di giuristi laici come strumento centrale del governo sociale e dell'evoluzione giuridica.

Da questo punto di vista il diritto occidentale può chiaramente aver recepito una 'conquista' romana, essendo basato su elites di professionisti specialisti indipendenti.

Inoltre la teoria formulata sui giuristi romani serve a negare l'importanza dei trapianti: anche se questi esistettero, furono relativamente irrilevanti perchè gli istituti eventualmente mutuati dovevano essere trasformati dai giuristi in istituti *veramente* giuridici, e furono solo i giuristi ad elaborare teorie e dottrine davvero sofisticate. Pertanto l'esistenza dei giuristi romani ed il loro ruolo culturale nella produzione del diritto divengono essenziali per difendere la supposta superiorità di Roma nel governo della società.

Dobbiamo indagare su chi fossero questi giuristi, perchè e come essi allora, entrarono in scena. Prima di tutto, secondo la narrazione tradizionale, i giuristi si specializzarono non tanto nell'agire in giudizio per conto di altri, come fecero gli oratori, tra cui il ben noto Cicerone,³³⁸ quanto nel rendere pareri su questioni giuridiche. Affrontarono e, quel che più conta, scrissero su questioni giuridiche. In un certo senso emerse una classe di autori dotti che ci ha lasciato un letteratura giuridica erudita: qualcosa che legittimamente può essere considerato *prima facie* come tratto unico e distintivo della cultura giuridica romana. È la letteratura dei giuristi che venne trasfusa nei Codici del Tardo Impero e finalmente nella compilazione di Giustiniano³³⁹, specialmente nel Digesto.³⁴⁰ Poichè il Digesto divenne, a partire dal XII secolo, il testo basilare nelle università d'Europa,³⁴¹ è questa letteratura che si pose quale base comune della evoluzione giuridica occidentale. Generazioni di giuristi si sono formate sui fondamenti della letteratura romana e gli schemi e le categorie usate dai giuristi romani divennero la forma, e talvolta la sostanza, dei moderni codici dell'Europa continentale. E' difficile sopravvalutare l'importanza della loro opera dotta, se ricordiamo che, per esempio, anche Langdell, dando avvio alla formazione giuridica universitaria Americana, spiegava le

espressione del genio romano.”).

338. *In generale* BRUCE W. FRIER, THE RISE OF THE ROMAN JURISTS 185-86 (1985)

339. La Compilazione di Giustiniano, entrata definitivamente in vigore nel 529 d.C., si compone di quattro parti: le Istituzioni si presentano come un testo elementare per studenti di diritto, il Digesto come compilazione degli scritti giuridici autorevoli, il Codice come collezione di legislazione imperiale, le Novelle che comprendono gli statuti dello stesso Giustiniano.

340. Su istruzione di Giustiniano, i compilatori editarono sia i passi giuridici che la legislazione imperiale; il diritto conservato nella Compilazione non è nè il diritto autentico del periodo classico, nè una semplice espressione del diritto dell'epoca di Giustiniano, ma un amalgama stratificato, che riflette le strategie seguite nella redazione. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 3.

341. *Id.* pag. 42.

dottrine di common law con riferimento alle teorie dei giuristi romani.³⁴²

La grandezza di Roma sta, in gran parte, nella scienza del diritto. Questo è anche il suo principale tratto distintivo. Purtroppo voglio dimostrare, in questa sede, che la comparsa di giuristi nell'antica Roma fu causata dai gravi difetti del processo romano e che non possiamo più trascurare la possibilità di una tradizione giuridica accademica indipendente fuori Roma, anzi probabilmente i risultati più avanzati nel processo di sviluppo del diritto romano vennero raggiunti da giuristi non romani in un contesto di de-romanizzazione dell'Impero Romano. Perciò, ancora una volta, sono costretto a mettere a repentaglio l'intero *package* delle idee recepite ed accolte, ricusando la presunzione di unicità e superiorità, tanto Romana quanto Occidentale, nel campo del diritto.

Un primo punto che va sottolineato è il lignaggio *sociale* dei giuristi. Una singolare peculiarità della società Romana è che i giuristi non appartenevano ad una classe sociale media, come di norma i giuristi delle moderne società. Anche se gli avvocati sono abbastanza agiati, non sono nati principi o magnati. Per contro i giuristi romani appartenevano alle classi più elevate,³⁴³ provenivano dalla nobiltà Romana.³⁴⁴ I giuristi che incontriamo nel periodo Repubblicano (dalla metà del III secolo a.C.)³⁴⁵ erano quasi tutti membri del Senato – i 300 uomini alla guida dello stato. Essi erano ricchi e potenti uomini di prestigio, molti dei quali erano stati consoli. Perché questi uomini così potenti diventavano giuristi? Perché il processo Romano aveva bisogno di giuristi?

Penso che la ragione della loro comparsa nell'ambito dell'aristocrazia sia dovuta ai due più gravi difetti istituzionali del Diritto Romano che abbiamo già parzialmente esaminato. Il primo è la mancanza di corti regolari e di giudici di professione. Il secondo è la mancanza di scuole di diritto in Roma fino al periodo post-classico.³⁴⁶

Il sistema Romano era così primitivo e difettoso che venne concesso spazio ai giuristi relegando l'amministrazione del diritto a privati cittadini potenti. Come abbiamo visto il processo Romano era diviso in due parti: la prima innanzi al magistrato e la seconda, il vero processo, affidata ad un arbitro non professionista. Il Diritto Romano non è mai stato in grado (fino alla Grande Crisi) di elaborare delle corti stabili di giustizia! La mancanza di giudici di professione richiedeva giuristi per consigliare non solo le parti, ma anche gli "arbitri" non togati, che decidevano i casi. Poiché anche il magistrato non era un professionista, ma un politico in carriera, lui pure aveva bisogno del consiglio di qualcuno edotto in diritto. I giuristi diedero

342. *In generale* 2 C.C. LANGDELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS 987 (2d ed., 1879).

343. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 1.

344. SHULZ, *supra* nota 22, pag. 42.

345. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 43.

346. *Id.*

vita ad un informale ceto professionale di esperti, che dava pareri alle parti, principalmente per la mancanza di un sistema di corti. La figura del giurista deriva dalla mancanza della figura del “giudice” nel senso moderno del termine.

Questo spiega perchè esistevano i giuristi. Vorrei aggiungere una spiegazione del perchè essi appartenessero alla aristocrazia. Se ricordiamo gli ingranaggi del diritto romano, dobbiamo ricordare che non esisteva un sistema statale di implementazione delle citazioni e delle esecuzioni. Perchè uomini potenti e dotti avrebbero dovuto perdere tempo nello sviluppare una cultura giuridica sofisticata in un contesto in cui tutto dipendeva dalla rispettiva forza sociale delle parti in gioco? Il fatto è che, in pratica, si doveva divenire clienti di uno di questi uomini potenti per riuscire a citare, con successo, il convenuto. Dietro il processo stava il Patronato,³⁴⁷ ed è il Patronato che spiega realmente i caratteri del diritto romano.³⁴⁸ Il Patronato è un sistema sociale per cui gli abitanti sono divisi in patroni e clienti, i primi proteggono i secondi nelle loro attività sociali. Questo era un modello di organizzazione sociale molto diffuso nell’area del Mediterraneo: normalmente in un sistema retto dal patronato non c’è bisogno di regole scritte per ottenere giustizia ed al posto dei giudici, nell’accezione moderna del termine, i patroni si servono di un apparato di mediatori - arbitri – che per loro conto possono gestire la giustizia tra i vari gruppi.³⁴⁹ Questa immagine si intona perfettamente con una descrizione imparziale dei meccanismi della giustizia romana. Dobbiamo notare che i preconcetti a favore del diritto Romano sono così radicati da portare a ritenere, talvolta, che lo stesso sistema del patronato sia una invenzione Romana!³⁵⁰ Il fatto è che per l’impossibilità di dare attuazione legale ai diritti, come abbiamo visto nel pragrafo precedente, il sistema Romano rimase basato sul Patronato, mentre venne superato da differenti modelli in atto in diversi paesi.

Se adottiamo il modello del Patronato per spiegare la storia giuridica romana, possiamo constatare che i membri dell’aristocrazia avevano un interesse personale nei processi: essi erano la legge. Avrebbero potuto garantire citazioni ed esecuzioni. Erano oracoli viventi del diritto proprio nel senso che erano i boss dei clan più potenti, privatamente incaricati di applicare il diritto. Di conseguenza penso si possa dar ragione della presenza dei giuristi in considerazione dei meccanismi della giustizia e del

347. PATRONS AND CLIENTS IN MEDITERRANEAN SOCIETIES (Ernest Gellner & John Waterbury eds., Duckworth 1977); SAMUEL N. EISENSTADT & LUIS ROMIGER, PATRONS, CLIENTS AND FRIENDS: INTERPERSONAL RELATIONS AND THE STRUCTURE OF TRUST IN SOCIETY (1984).

348. Si ricordi che alcuni paesi di Civil Law countries anche oggi un consulente è chiamato *patrono* del suo cliente.

349. Niels Peter Lemche, *Justice in Western Asia in Antiquity, or: Why No Laws Were Needed!*, 70 CHI.-KENT L. REV. 1695 (1995).

350. RONALD SYME, THE ROMAN REVOLUTION 369-86 (1939).

loro carattere difettoso nella soluzione delle controversie.

Da questo punto di vista possiamo anche chiederci di che tipo fosse la letteratura dei giuristi. Ogni scritto appartiene a qualche genere letterario, dato che i giuristi provenivano dalle famiglie romane più rispettate, questo conferì alla loro scienza una aura di distinzione che non si è mai dispersa fino alla fine del periodo classico.³⁵¹ La giurisprudenza repubblicana produsse una letteratura aristocratica così come l'amministrazione repubblicana fu sistema aristocratico. La giurisprudenza fu una scienza nazionale, in quanto amministrata dagli stessi uomini che amministravano la cosa pubblica, tra loro non c'era posto per non-Romani. I giuristi provenivano dai membri di prestigiosi collegi deputati allo sviluppo del diritto sacro.³⁵² Alle origini erano pontefici. Un movimento di secolarizzazione del diritto per distinguere diritto secolare da diritto sacrale si affermò all'inizio del III secolo a.C., anche se nel II secolo i pontefici continuarono ad essere importanti consulenti nel diritto secolare. Una sola famiglia, la *gens Mucia*, esercitò una sorta di monopolio di fatto della professione e almeno tre noti giuristi del tempo appartenevano ad essa: P. Mucius Scaevola, P. Licinius Crassus Mucianus, e Q. Mucius Scaevola; con loro contemporaneamente si raggiunge l'apice e si decreta la fine della scienza giuridica dei pontefici. Si suppone che la *tendenza Ellenistica* alla specializzazione abbia consentito l'abbandono del diritto privato da parte dei pontefici e la nascita di una letteratura propriamente giuridica. In vero in nessun periodo a noi noto la scienza giuridica Romana fu completamente esente dall'influenza greca. Negli ultimi due secoli della Repubblica, essa venne permeata dal movimento intellettuale dell'Ellenismo multiculturale.³⁵³ Così anche la nascita della letteratura giuridica romana derivò da un *contatto* con l'Oriente. La questione è ben affrontata nel libro più pervasivo scritto sull'argomento "la scienza giuridica romana contiene in sé grandi potenzialità... ma...era necessaria la solvente energia dei modelli Greci. Il risultato di grandissima importanza fu niente meno che la scienza giuridica Romana evolse in una scienza professionale di tipo Ellenistico, nel contesto della scienza Ellenistica."³⁵⁴

Possiamo apprezzare tanto l'ammissione del "contatto" quanto la sua eterizzazione attraverso il ricorso a modelli greci (Indo-Europei) e la confusione, convenzionale e di parte, tra Ellenismo e cultura greca.³⁵⁵ Il contatto è riconosciuto ma è riferito ai greci. In verità i Greci non svilupparono mai una scienza autonoma del diritto e una specifica

351. SHULZ, *supra* nota 22, pag 23. penso che il lettore possa cogliere il pregiudizio.

352. *Id.* pagg. 40-41.

353. *Id.* pag. 38. Inoltre PETER STEIN, *REGULAE JURIS: FROM JURISTIC RULES TO LEGAL MAXIMS* 54 (1966).

354. *Id.* pagg. 38-39.

355. AVI-YORAN, *supra* nota 239 e relativo testo.

professione giuridica,³⁵⁶ ed è fuori luogo sostenere che un contatto con i Greci partorì il frutto della scienza giuridica romana. Fu il contatto con l'“Ellenismo” che produsse un cambiamento,³⁵⁷ e certamente fu un cambiamento tipicamente Romano, ma penso che Roma non sia stata sola nell'elaborare una “scienza giuridica”. Dobbiamo comparare queste conclusioni con i resoconti di altri antichi diritti del Mediterraneo. Si suole ammettere che negli altri paesi non mancava una legislazione, ma mancava una scienza giuridica. Si suole negare che esistesse un qualcosa noto come scienza giuridica Egizia o Semitica. Dunque il genio e l'abilità negli studi giuridici sono convenzionalmente ristretti agli IndoEuropei.

Questo rifiuto tradizionale deve essere riesaminato alla luce delle nuove teorie sui Codici del Vicino Oriente come opere accademiche. Secondo questa teoria, tali codici non sono concepiti come pezzi di legislazione, ma come letteratura scientifica, che semplicemente mostra il diritto.³⁵⁸ Rappresentano una biblioteca giuridica per i giudici, un'opera di riferimento per le corti.³⁵⁹ Erano testi didattici e solo successivamente divennero testi giuridici.³⁶⁰ Tali codici antichi, come per esempio il codice della Mesopotamia, debbono essere considerati parti di una dotta tradizione.³⁶¹ In un simile contesto, la premessa su cui si fonda questa teoria è che il diritto dell'antico Israele era parte integrante di una più ampia tradizione. La tradizione in questione si estese all'area dell'antico Vicino Oriente dove erano prevalenti la scrittura e la cultura cuneiformi, ma la sua influenza fu percepita anche al di là di questi confini. Non è solo questione di forme giuridiche simili³⁶² applicate nella pratica, ma di una somiglianza rinvenuta tra gli istituti giuridici e l'attività intellettuale svolta sul diritto, che rivelano una connessione sicuramente non casuale, e ancora oltre una inevitabile somiglianza nell'affrontare i problemi sociali. I sette codici da noi conosciuti grazie alle fonti cuneiformi³⁶³ e il corpus del codice sui contratti (Es. 21,2 - 22,6) e del Deuteronomio (Dt. 21,1 - 25,11)³⁶⁴ sono tutti immediatamente riconoscibili come appartenenti ad un

356. GEORGE M. CALHOUN, *INTRODUCTION TO GREEK LEGAL SCIENCE* (1944).

357. STEIN, *supra* nota 353, pag. 23.

358. Westbrook, *supra* nota 231, pag. 15-36.

359. Raymond Westbrook, *Biblical and Cuneiform Law Codes*, 92 *REVUE BIBLIQUE* 247, 255 (1985).

360. Bernard S. Jackson, *From Dharma to Law*, 23 *AM. J. COMP. L.* 490 (1975).

361. Lemche, *supra* nota 349, pag. 1696.

362. J. MUFFS, *STUDIES IN THE ARAMAIC LEGAL PAPYRI FROM ELEPHANTINE* (Leiden, SDIOAP, 1969).

363. Codes Ur-Nammu (CU) (c. 2100 a.C.), Codex Lipit-Ishtar (CL) (c. 1930 a.C.), Codex Eshunna (C.E.) (c. 1770 a.C.), Codex Hammurabi (CH) (c. 1750 a.C.), Assyrian Laws (AL), Hittite Laws (HL), Neo-Babylonian Laws (NBL). MARTHA T. ROTH, *LAW COLLECTIONS FROM MESOPOTAMIA AND ASIA MINOR* (1995). MARTHA T. ROSS, *LAW COLLECTIONS FROM MESOPOTAMIA AND ASIA MINOR* (1995).

364. Questa teoria è stata modificata da Bernard S. Jackson, *Modeling Biblical Law: The Covenant Code*, 70 *CHI.-KENT L. REV.* 1745 (1995), ma egli ammette l'esistenza di una

medesimo genere letterario. Una recente ricerca ha mostrato che questi codici sono in origine almeno trattati scientifici sul diritto.³⁶⁵ Essi derivano dalla scienza del regno di Mesopotamia, un genere presumibilmente inventato dai Sumeri ed esteso, attraverso i Babilonesi, ad ogni angolo del Vicino Oriente, dove era penetrata la scrittura cuneiforme.

Ciò che più rileva in questa sede è la teoria secondo cui le scuole degli scribi vennero costituite per insegnare il linguaggio e la scrittura cuneiforme agli scribi locali fino in Egitto ed in Anatolia.³⁶⁶ Tali scuole³⁶⁷ di scribi erano poco più che scuole affollate sull'arte della scrittura (calligrafia); potevano essere veramente descritte come le università dell'Antico Vicino Oriente,³⁶⁸ dove si insegnava e si elaborava anche il diritto.

Secondo Westbrook,³⁶⁹ il metodo di insegnamento era il seguente. Si iniziava con l'esaminare la decisione resa in un dato caso, preferendo i casi limite. I fatti e la decisione venivano riformulati sotto forma di ipotesi: se *J* fa *a*, allora l'effetto giuridico è *b*, la questione veniva, quindi, esaminata secondo la tecnica della variazione, cambiando i particolari delle circostanze e ricorrendo ad ulteriori variazioni dei fatti in oggetto. Questo metodo seguito nell'insegnamento del diritto è sorprendentemente simile al cosiddetto metodo "Socratico" impiegato dai Greci.³⁷⁰ Tutto torna così familiare specie se confrontato con il carattere esotico degli scritti giuridici opera dei nobili Romani funzionali al loro interesse di clan di grandi bosses, e particolarmente quali esecutori privati del diritto in un sistema sociale di tipo clientelare. Inoltre la grande enfasi posta sulla giurisprudenza romana cela il fatto che in Roma non esistevano scuole di diritto e nulla di simile alle scuole degli scribi, almeno fino al tardo impero, quando vennero istituite, naturalmente, in Oriente.³⁷¹

Allora i "mattoni" dei codici antichi sono stati mutuati da questioni di scuola ed in vari sistemi l'insieme delle questioni formava un corpus che veniva trasmesso da un sistema all'altro attraverso la tradizione scientifica.³⁷² I codici antichi erano testi scolastici che dovevano essere

dimensione "magica" del diritto nel Medio Oriente, che è ciò che interessa in questa sede.

365. RAYMOND WESTBROOK, *STUDIES IN BIBLICAL AND CUNEIFORM LAW* 2 (1988).

366. *Id.*

367. A. LEO OPPENHEIM, *ANCIENT MESOPOTAMIA* 243-56, 272-75 (1964).

368. WESTBROOK, *supra* nota 365, pag. 3.

369. *Id.* pag. 4.

370. *Id.* pag. 3. Anche Westbrook è portato ad affermare, in base al prevalente preconetto, che l'approccio degli scribi è per noi "straniero" e che, in confronto con i Greci, essi mancavano di "strumenti analitici" ed erano "incapaci di creare categorie generali o termini definitivi" *Id.* Il metodo Greco è verticale, quello usato in Mesopotamia è costretto a procedere orizzontalmente.

371. Sull'insegnamento del diritto a Beyrouth e Constantinopoli, e sulla Compilazione Giustiniana come punto di arresto dello "sviluppo giuridico", 1 F.H. LAWSON, *MANY LAWS: SELECTED ESSAYS* 86 (1977).

372. WESTBROOK, *supra* nota 365, pag. 4.

utilizzati per formare ufficiali giudiziari.³⁷³ Stando a questa teoria, possiamo constatare come l'esistenza di una attività culturale nel campo del diritto non fu una invenzione romana, e che l'insegnamento del diritto era molto più esotico in Roma che altrove nel bacino del Mediterraneo. Questa è la mia conclusione alla fine di questo paragrafo. Nel prossimo riesamino integralmente questa considerazione della giurisprudenza romana per indagare che cosa avvenne alla fine del periodo Classico, quando venne prodotta la più importante letteratura giuridica.

F. Redazione e Deromanizzazione

Come abbiamo visto alla fine del precedente paragrafo, secondo la mia teoria è esistita una tradizione dotta di studi giuridici mediterranea, non Romana, non Greca, molto tempo prima del suo inizio a Roma; questi studi giuridici vennero regolarmente organizzati nelle scuole degli scriba. Al contrario a Roma la giurisprudenza ebbe origine al di fuori di ogni stabile organizzazione, come risposta ai più gravi difetti del processo romano, e venne affidata ai membri della nobiltà. Pertanto concludo che il Diritto Romano non fu per nulla unico, anzi la sua tradizione giurisprudenziale venne basata su schemi completamente estranei alla successiva tradizione giuridica Occidentale.³⁷⁴ La tradizione romana originale di studi giuridici non fu unica, non è collegata con, nè si pone alle basi di quella che ancora chiamiamo Famiglia Giuridica Occidentale. Fu un prodotto specificamente Romano, originato da difetti specificamente romani: la mancanza di un potere giudiziario, di scuole di diritto, posto che i Romani non si sono rivelati capaci di organizzare tali istituzioni.

Questo peculiare setting romano perdurò durante il periodo Classico, ma con sempre più numerosi cambiamenti. All'inizio del Principato i giuristi provenivano ancora da famiglie Romane, ma il lignaggio non aveva più importanza. Labeone era ancora un personaggio importante, avendo fatto parte del circolo degli amici di Bruto che cospirarono per uccidere Cesare, ma mai rivestì una magistratura; Capitone era il nipote di un semplice centurione.³⁷⁵ Verso la fine del Periodo Classico Giuliano proveniva da una rispettabile famiglia *Africana*, Gaio stesso deve essere stato di qualche provincia Orientale.³⁷⁶ Altro e più rilevante esempio è Papiniano, Emilio Papiniano, probabilmente il nome più famoso in tutta la storia della giurisprudenza romana,³⁷⁷ un uomo così influente, che in base

373. And not as law library in courts polemica non importante per noi as well as wisdom law the argument is the existence of a totally non roman cultural tradition on law. See Lemche, *supra* nota 349, pag. 23.

374. Sulla netta differenza tra giuristi Romani e successivi giuristi Europei, si veda SCHULZ, *supra* nota 22, pag. 267.

375. *Id.* pag. 102.

376. *Id.* pag. 103.

377. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag. 391.

alla “regola delle citazioni”³⁷⁸ la sua opinione faceva pendere l’ago della bilancia se le autorità schierate dall’una e dall’altra parte erano numericamente uguali. Dal nostro punto di vista, è importante notare che egli non era Romano. Si crede sia stato un Siriano,³⁷⁹ in vero fu fratello adottivo dell’Imperatore Severo, la cui moglie, Julia Domna, proveniva da Hemesa, l’odierna Homs. Ulpiano, Domitio Ulpiano, nacque a Tiro.³⁸⁰ Divenne primo consigliere dell’imperatore e rivestì la carica fino al 228 D.C., quando venne assassinato da guardie ribelli. Tra i tre più grandi giuristi di Roma, Papiniano, Ulpiano e Paolo, solo l’ultimo sembra essere stato un romano. Più tardi, nel Dominato, Triboniano, per esempio, il grande compilatore del Digesto venne da Paphlagonia; lo stesso Giustiniano fu illirico.

Un nuovo tipo di giurista comparve a partire dai tempi dell’Imperatore Vespasiano. Questi nuovi giuristi erano costantemente indaffarati e sempre più in cerca di guadagno. L’antica idea del giurista aristocratico cambiò; i giuristi divennero uomini strettamente connessi al governo e cessarono di essere aristocratici indipendenti per divenire funzionari salariati. Molti di loro non erano Romani. Questa tendenza viene convenzionalmente etichettata come l’ascesa di giuristi burocrati.³⁸¹ Ancora più tardi, nel periodo del Dominato, i giuristi fecero parte di precisi gruppi professionali, e dal IV secolo, gli avvocati divennero veri giuristi formati in una scuola di diritto, non semplicemente in una scuola di retorica³⁸² come avveniva ai tempi della Repubblica.

Chiaramente qualcosa cambiò drammaticamente dal tempo dei primi giuristi quando non c’era spazio, nel campo del diritto, per un non-Romano. Penso che all’inizio della grande crisi il setting stava divenendo a-Romano ed i giuristi furono impegnati in un progetto di deromanizzazione del Diritto Romano all’intero di una società molto più multiculturale.

Come abbiamo visto, nel 212 D.C., un editto noto come *Constitutio Antoniniana* estese la cittadinanza romana pariteticamente a tutti gli abitanti liberi dell’Impero.³⁸³ In teoria, la dottrina prevalente della personalità del diritto, secondo cui il diritto che si applica dipende dallo status personale, avrebbe dovuto significare che ciascuno, di lì in poi, doveva applicare il diritto romano. Penso che questa più significativa cesura nella storia Romana debba essere valutata in modo compiuto per le sue profonde conseguenze, anche per la giurisprudenza Romana. Fino a questo punto, il

378. *Infra* nota 395, e relativo testo.

379. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag. 399 n.1.

380. *Id.* pag. 402 (aggiungendo, con il solito pregiudizio, che ciò forse significa “solo” che la sua famiglia proveniva di là).

381. SCHULZ, *supra* nota 22, pagg. 103-04.

382. *Id.* pagg. 267-77.

383. ROBINSON ET AL, *supra* nota 67, pag. 3.

diritto romano veniva considerato come il diritto dei cittadini romani, precisamente il diritto della città di Roma e dei suoi abitanti. La *civis* era una unità base nella formazione del mondo romano.³⁸⁴ Diverse città possedevano statuti differenti e naturalmente la città di Roma possedeva uno status particolare nell'Impero. Le istituzioni amministrative e politiche del Principato rimasero – per la particolare avversione del diritto romano al rinnovamento – modellate sulle antiche istituzioni che reggevano la città. Proprio all'inizio della crisi del III secolo l'unità-base collassò. Per la prima volta, il diritto della città di Roma e dei suoi cittadini divenne il diritto dell'Impero.

A prima vista, ciò potrebbe aver comportato una diffusione del modello Romano nel territorio dell'impero. Ma la storia andò diversamente e ciò possiamo trovare nelle narrazioni dei Romanisti: a causa dell'enorme aumento del numero di persone sottoposte al diritto Romano e delle agitazioni politiche del III secolo D.C., si avvertì una diffusa esigenza di "semplificazione" e certezza. Perciò nell'ultima parte del III secolo vennero pubblicati libri di diritto "elementari" proprio con questa intenzione ed essi finirono per essere accettati come manuali operativi per le corti.³⁸⁵ È caratteristico del pregiudizio dei Romanisti descrivere questo adattamento delle tipiche istituzioni Romane alla rinnovata società cosmopolita come una "semplificazione" e adottare per questo processo l'etichetta, inequivocabilmente offensiva, di "volgarizzazione" del diritto Romano.³⁸⁶ Secondo la mia teoria, il processo può essere meglio descritto in termini di "de-romanizzazione", che significa globalizzazione del diritto in una società multiculturale all'interno della quale Roma aveva perso la sua superiorità. Come abbiamo visto, alla fine di questo secolo l'Impero venne restaurato su concezioni totalmente diverse ed anche la capitale venne allontanato da Roma.

È importante notare che in questo periodo emersero grandi giuristi perchè si rendeva necessaria un'opera in grande stile per adattare le obsolete dottrine ed istituzioni romane al nuovo setting. Sono apertamente riconosciute la natura cosmopolita dell'Impero e l'esaurimento delle idiosincrasie nazionali ostili all'introduzione di nuove concezioni,³⁸⁷ ma ciò non si deve collegare al perchè grandi giuristi fiorirono in quel tempo. Presumo che la mia teoria possa offrire una risposta semplice: i nuovi sforzi vennero innescati dal tentativo di superare le idiosincrasie del più antico diritto Romano, con il suo carattere magico e la sua rigidità, e di

384. *Cfr.* CITY AND COUNTRY IN THE ANCIENT WORLD (Andrew Wallace-Hadrill & John Rich eds., 1991); see also J.H.W.G. LIEBESCHUETZ, ANTIOCH: CITY AND IMPERIAL ADMINISTRATION IN THE LATER ROMAN EMPIRE 167 (1972), per uno studio particolare sulla trasformazione delle istituzioni cittadine.

385. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 4.

386. *Id.*

387. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pag 419.

adattarlo ad una società cosmopolita multiculturale. Se ragioniamo in termini di discontinuità, e dato che le opere di questi giuristi sono inserite nella Compilazione di Giustiniano come una sorta di eredità per l'Europa, possiamo vedere come il diritto occidentale tragga origine *non* da un rinnovamento dell'antico diritto idiosincratico, basato sulla *civis* – e probabilmente sulla razza – sviluppato dal genio romano, *ma* da un più significativo sforzo di globalizzazione e multiculturalismo, sia dei Romani che dei non-Romani, che *abbandonarono* i vecchi modelli della giurisprudenza per nuovi percorsi.

Non possiamo renderci conto della conquista raggiunta se sposiamo la teoria della “volgarizzazione”, che propriamente significa che l'originario diritto romano cambiò per i contatti con gli altri diritti, ma che assume il sapore di “contaminazione” ed impoverimento, come se ci fosse qualcosa da perdere nell'abbandonare la magia della *stipulatio* o la pantomima della *mancipatio*, o la necessità di impiegare la parola magica “spondeo.” Possiamo comprendere il successo ottenuto solo se lo consideriamo nel contesto della de-romanizzazione dell'Impero. Se seguiamo questa teoria non è per nulla irrilevante che alcuni dei più importanti giuristi fossero Africani o Siriani. Una simile circostanza è un aspetto minore, ma peculiare di questo periodo cruciale nell'evoluzione sia dell'Europa e dell'Africa, che del Medio Oriente.

Successivamente i giuristi scomparvero. Furono assorbiti nell'amministrazione ma ciò, lungi dall'essere una vergogna, fu ancora una conquista, unita all'attuazione delle regole ed alla costituzione di corti regolari. Scomparve l'esotismo dei giuristi, a favore di una più regolare professione e dell'affermazione di regolari scuole di diritto. Dal regno di Costantino in poi ci sono molti avvocati, ma non più giuristi nel senso tradizionale: “solo”³⁸⁸ consiglieri in diritto a servizio dell'imperatore, professori di diritto nelle scuole ed avvocati e giudici nelle corti. Noi testimoniamo l'integrazione dei giuristi nella macchina del government. Questo avvenne perché, infine, il sistema evolse in senso moderno, abbandonando l'organizzazione della giustizia clanica e post-clanica. I giuristi scomparvero ma emerse un nuovo sistema organizzato di corti e scuole che dobbiamo considerare, sulla base di standards comuni e specialmente sulla base di opinioni conservative, come sistema migliore di amministrazione della giustizia.

Alla luce di questo resoconto possiamo comprendere quanto l'Ultimo Impero si discostò dall'originale modello Romano in un contesto multiculturale di deromanizzazione del diritto. Penso che questo processo non fu una organica evoluzione ma una più imponente rottura con il passato caratterizzata dai periodi rivoluzionari della Grande Crisi. Questo processo è strettamente collegato al processo di *redazione* del Diritto

388. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 48.

Romano come venne trasmesso alla successiva cultura Europea. Il diritto Romano venne ricevuto in Europa nella forma di un dato numero di testi e fu su questi testi che più tardi i giuristi elaborarono la tradizione giuridica Europea.³⁸⁹ Naturalmente i testi non si formano da loro. La redazione ebbe luogo dopo la Grande Crisi e ci fu chi compose la versione finale dei testi Romani su cui ci basiamo. È importante evidenziare che l'eredità del diritto romano alla successiva cultura giuridica Occidentale non è stato elaborata dall'antico stuff prettamente romano, ma sulla base di scritti che trassero origine dai tentativi di globalizzaizone. Se poniamo in questi termini il problema della *redazione* del diritto Romano, possiamo apprezzare cosa è stata esattamente l'eredità romana. I redattori possono selezionare, ricomporre, aggiungere necessari collegamenti, inserire spiegazioni, fornire anche una struttura narrativa o una struttura espositiva per esporre il materiale. La cultura giuridica Europea si è basata sui codici del Dominato e furono i giuristi burocrati di quel periodo che composero le grandi raccolte:³⁹⁰ il Codice Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano, che sono stati le più importanti fonti del diritto nell'Alto Medioevo in Occidente e inoltre tutta la codificazione di Giustiniano, che divenne il libro standard della letteratura giuridica accademica dopo la nascita delle Università nel XII secolo.³⁹¹

Penso che dobbiamo debitamente apprezzare quest'opera di redazione e capire perchè avvenne. Il diritto romano venne inserito in codici, perchè i codici rappresentavano un modo completamente nuovo di trasmissione della cultura. Fu come l'invenzione del CD-ROM, e ogni cosa che doveva essere trasmessa doveva essere riprodotta nel nuovo formato. Allora la questione della redazione finale di testi giuridici è parte di una questione più generale, quella della trasmissione della cultura antica come eredità per le epoche successive. Dobbiamo, dunque, spiegare che tipo di nuovo formato i codici offrirono, e quale significato ha per la consapevolezza storica che questo processo di redazione si sia affermato nel periodo della deromanizzazione.

Gli antichi testi giuridici erano rotoli, specialmente rotoli di papiro. "La carta di papiro venne tratta dalle canne che crescevano abbondantemente lungo il Nilo e un lungo processo era necessario per fare con esse un foglio."³⁹² "I fogli ottenuti venivano incollati l'uno di seguito all'altro ed arrotolati, venti per ciascun rotolo."³⁹³ Loro mortale nemico era l'umidità; preservati dall'umidità potevano rimanere nella sabbia o in una tomba anche per centinaia di anni. Infatti molti papiri si conservarono in Egitto per la particolare situazione climatica. Questo tipo di carta era la

389. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 42.

390. SCHULZ, *supra* nota 22, pag. 267.

391. ROBINSON ET AL., *supra* nota 67, pag. 42.

392. LIONEL CASSON, *ANCIENT TRADE AND SOCIETY* 155-57 (1984).

393. *Id.* pag. 156.

forma più economica di materiale da scrittura, molto più conveniente della pergamena, ma nessuno di questi rotoli si conservò dalla Spagna alla Siria. L'umidità fu fatale, con l'eccezione del Medio ed Alto Egitto.

L'invenzione del Codice sostituì il libro ai rotoli.³⁹⁴ Codice è termine latino che significa semplicemente volume rilegato di fogli di pergamena o di carta. Il nuovo metodo consentì una più duratura e sicura trasmissione di scritti. Prese origine nel tardo II secolo, ma divenne dominante nel IV secolo D.C., quando la compilazione dei Codici venne effettuata in una nuova ottica di globalizzazione ed il nome "codice" venne riferito alle raccolte giuridiche. Come abbiamo detto fu come l'invenzione della stampa a caratteri mobili o del CD-ROM che conservò l'antica saggezza in opere generalmente accettate. Ciò che possediamo è, in largo senso, ciò che si è salvato nei codici.

Naturalmente si trattò di una grande opera di selezione ed esclusione. Fu uno sforzo consapevole di riaffermazione dell'antico. Fu un processo di legittimazione delle autorità. Nel Codice Teodosiano troviamo, infatti, una promulgazione, dal 426 D.C., comunemente conosciuta come regola delle citazioni³⁹⁵ che specifica quali opere avrebbero potuto essere citate come autorità, escludendo tutte le altre. Questo codice stabilì una regola per la pratica che sarebbe rimasta in vigore fino ai tempi di Giustiniano,³⁹⁶ la cui raccolta fu destinata a sostituire tutte le precedenti leggi ed opere giuridiche.³⁹⁷ La compilazione giustiniana rappresenta un vero e proprio "nuovo inizio" e come tale venne considerata. Da questo punto di vista essa ha natura di "Costituzione" della cosiddetta eredità romana, ma, in verità, fu del tutto non-Romana. Il progetto di ri-scrittura del passato nei "libri" portò concretamente a decidere chi fosse investito dell'autorità di parlare e chi ne fosse privo, e, come tale, esso fu cruciale nel nuovo setting dell'Impero Orientale. L'eredità del mondo giuridico "Romano" è stata una eredità di menti "Orientali".

Infatti per il suo successivo impiego nelle scuole di diritto europee la più importante delle raccolte derivate dalla redazione del Digesto³⁹⁸ fu opera del giurista non-Romano Triboniano, durante il regno dell'Imperatore non-Romano Giustiniano, in un setting totalmente orientale. Fu proprio quest'opera che ci consegnò il "libro della nostra tradizione" ed è evidente che questa tradizione non durò più a lungo di quella originaria Romana. Perciò la mia conclusione è che ciò che è stata considerata per secoli l'eredità del Diritto Romano fu, in vero, l'opera

394. E.G. TURNER, *THE TYPOLOGY OF THE EARLY CODEX* (1977); C.H. Roberts, *The Codex*, 40 *PROC. OF THE BRIT. ACAD.* 169, 173 (1954)

395. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 20.

396. JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* nota 126, pagg. 452-53.

397. ROBINSON, *supra* nota 10, pag. 20.

398. Su cui si veda ora DAVID PUGSLEY, *JUSTINIAN'S DIGEST AND THE COMPILERS* (Tiverton, Devon, U.K., Maslands Ltd. 1995).

finale di redazione effettuata da giuristi non romani in un setting non-Romano, affermatosi dopo la Grande Crisi, nel periodo di de-Romanizzazione dell'impero. Il rifiuto di questo processo di redazione e del fatto che prese corpo tra non-Romani, è un'affermazione meramente ideologica, volta a falsare la nostra consapevolezza storica ed il nostro debito verso i non-Romani.

Conclusione: “La fine dell'ideologia Occidentale”

Da un punto di vista storico questo articolo prova che il diritto Romano non può rivendicare alcuna superiorità nel mondo antico. Quel diritto era magico ed esotico quanto gli altri. Inoltre la macchina della giustizia era a Roma assolutamente inefficiente e l'affermazione autonoma di una scienza giuridica e di una professione giuridica Romane non fu così particolare, trovando giustificazione nei più gravi difetti di funzionamento della macchina del diritto. In conclusione, fu solo dopo la crisi del terzo secolo che il Diritto Romano evolse verso standards moderni. Per contro, molti istituti del diritto egiziano e semita vennero mutuati con probabilità perché si rivelarono “superiori” alle alternative Romane all'epoca esistenti.

Il mito della superiorità di Roma nel campo del diritto venne prodotto dai pregiudizi dello storicismo del XIX secolo, che non soddisfa i nostri standards attuali e su cui non possiamo più basarci. Questo tipo di storicismo era contraddittorio, perché il debito Occidentale nei confronti delle civiltà non-Occidentali venne negato e declassato ad una sorta di “volgarizzazione”, “contaminazione”, o “distorsione” dei modelli Romani, quando al contrario consta di una serie di contributi fondamentali per lo sviluppo. Questo mito è stato il prodotto di politiche culturali reazionarie e non può essere considerato come dottrina fondata, basata come fu su una specifica logica di esclusione degli apporti non-Indoeuropei. L'impostazione convenzionale venne politicizzata *contro* possibili contributi Afro-Semiti. Anche da un punto di vista conservativo, dovremmo pretendere l'adozione di una impostazione più neutrale. Non credo che ci siano molte idee politiche in ciò che ho detto, mentre vi sono molte idee politiche “ricusate” nell'approccio tradizionale.

Il rifiuto della convenzionale ed infondata rappresentazione ha importanti conseguenze per la coscienza storica della tradizione giuridica occidentale come tale, che deve essere intesa più come opera multiculturale che come evoluzione di una sola cultura. E che forse non dovrebbe più essere considerata come unitaria e continuativa tradizione. Questo implica che i progetti di *governance* basati sulla rappresentazione convenzionale sono insostenibili e debbono essere abbandonati. Le tradizioni sono spesso un surrogato di progetti consapevoli: la loro necessità e la loro invenzione è sintomo di un malessere, come lo è la negazione di “contaminazioni” ad opera di “altre” razze e culture. Credo che questo malessere derivi dalla grande menzogna della giurisprudenza romana. Dunque dobbiamo

presentare un nuovo modo di concepire il nostro passato, che faccia perdere ed eventualmente *inverta*, la tradizionale distinzione tra un “noi” ed un “loro”. Il radicalismo ci conduce verso nuovi bisogni e ciò di cui oggi abbiamo bisogno è una nuova consapevolezza.