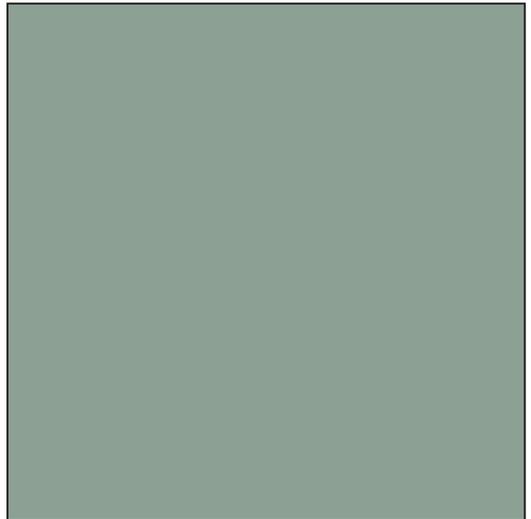


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

63



MARIO PICCININI

**TRA LEGGE
E CONTRATTO**

*UNA LETTURA DI ANCIENT LAW
DI HENRY S. MAINE*

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME SESSANTATREESIMO

MARIO PICCININI

TRA LEGGE E CONTRATTO

*Una lettura di Ancient Law
di Henry S. Maine*



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-10273-2

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2003

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

*alla memoria di mio padre Remy
e di mia madre Miranda*

INTRODUZIONE

“On the historical side... it was sufficiently shown by Sir Henry Maine that the Austinian theory is artificial to the point of absurdity. There is nothing genuinely comparable between the sovereignty of the King in Parliament, of the Eastern theocracy, and the people of ancient Athens. Nor, as we saw in the case of America, can a determinate sovereign body always be found”. Il giudizio, perentorio secondo lo stile dell'autore, appartiene al secondo capitolo, sulla sovranità, della *Grammar of Politics* di Harold Laski (1). Per quanto orientato a una specifica strategia argomentativa, esso si avvale di una linea interpretativa già consolidata: su una contrapposizione secca tra *analytical jurisprudence* e approccio storico mainiano aveva infatti già insistito la storiografia giuridica sin dagli ultimi anni dell'Ottocento. Proprio Paul Vinogradoff, nel suo discorso del 1904 per il suo conferimento della *Corpus Chair of Jurisprudence* a Oxford, dedicato all'insegnamento mainiano (2), enfatizzava il senso della contrapposizione, mettendo in risalto la centralità che ai suoi occhi l'opzione metodologica di Maine per la storia veniva ad assumere. Per lo studioso russo le astrazioni e i procedimenti deduttivi di marca benthamiana (l'annessione di Austin a Bentham era, in questa prospettiva di lettura, piena) trovavano contestazione da parte di Maine innanzi tutto sul terreno di un *errore* di approccio, che inibiva loro la possibilità di cogliere la concretezza dei processi giuridici e spingeva a considerare questi ultimi all'interno di una forzosa griglia di derivazioni apodittiche. Il nodo della sovranità — nel suo carattere di chiave di volta sistematica — diveniva così il

(1) HAROLD LASKI, *A grammar of Politics*, London, Allen and Unwin, 1948¹⁵, p. 51.

(2) PAUL VINOGRADOFF, *The Teaching of Sir Henry Maine* (1904), ora in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, vol. II (*Jurisprudence*), Oxford, Clarendon Press, 1928, pp. 173-189.

punto incandescente su cui metodo analitico e metodo storico si contrapponevano appunto *in quanto metodi* (3). Richiamando le lezioni che Maine aveva dedicato alla teoria sulla sovranità di Austin alla fine delle sue *Lectures on the Early History of Institutions* del 1875 e facendole interagire sul testo di *Ancient Law*, scritto quattordici anni prima — e quindi operando una sintesi tra contesti e orizzonti problematici parzialmente diversi —, Vinogradoff dava espressione ad un'immagine storiografica del lavoro del giurista inglese che troverà credito sino ad oggi e che resisterà al processo di sfocamento che ne accompagnerà l'opera nel corso di questo secolo, almeno fino a quando, verso la fine degli anni Sessanta, le ricerche di Feaver e di Burrow, riprese in Italia da Anselmo Cassani (4), riapriranno meritoriamente il capitolo mainiano nel circuito più generale della storia delle idee.

La contrapposizione alla *analytical jurisprudence* ha rappresentato così forse l'unica 'qualificazione' di cui ha goduto l'appiattimento dell'opera di Maine su una *vulgata* che ha trovato nella formula "from Status to Contract" il proprio perno e la cui forza, prodottasi già tra i contemporanei, ha resistito, crescendo in modo parallelo allo scemare di un rapporto diretto degli studiosi e del pubblico colto con i testi mainiani.

La formula mainiana infatti si è caricata, sin dalla sua enunciazione alla fine del quinto capitolo di *Ancient Law*, di un significato che andava oltre l'ambito determinato in cui questa si era prodotta e la sua autonoma fortuna è stata, come vedremo, più ampia e generalizzata di quella del suo autore, tanto che, se il nome di Maine è restato indissolubilmente legato ad essa, su di essa pure è risultato in qualche modo schiacciato (5). Non è senza quella vaga paradoss-

(3) In particolare, *ibidem*, pp. 177-179.

(4) Gli scritti mainiani di questo studioso prematuramente scomparso sono ora raccolti in A. CASSANI, *Diritto, antropologia e storia. Studi su Henry Sumner Maine*, Bologna, CLUEB, 2002.

(5) È indicativo che a poco meno di un secolo dalla pubblicazione di *Ancient Law* fosse proprio uno studioso come Schumpeter, disciplinarmente lontano dagli ambiti in cui era lecito attendersi che il nome di Maine risuonasse ancora, a lamentare dal punto di vista della *propria* disciplina questa situazione: "Sir Henry Maine, *Ancient Law* (1861). Students of economics should know more about Maine's work than the slogan 'from status to contract'", JOSEPH SCHUMPETER, *History of Economic Analysis* (1954), New York,

salità che accompagna talvolta l'inevitabile, che perfino la ricostruzione della biografia intellettuale di Maine effettuata da George Feaver — ricostruzione che per prima ha posto il problema di restituire al giurista inglese la propria specificità e il proprio autonomo profilo — abbia assunto la formula “from Status to Contract” come proprio titolo ⁽⁶⁾.

Pure, la specifica connessione problematica che all'interno di *Ancient Law* connette i riferimenti alla costruzione teorica della *analytical jurisprudence* alla interpretazione tipologica della vicenda di quelle che vengono definite le *progressive societies* — connessione che qualifica in modo determinato la formula — ha trovato uno spazio relativamente modesto nella nuova storiografia mainiana, con esiti che hanno inciso anche sul modo di leggere le successive opere di questo autore. La grande attenzione prestata, da un lato, al ruolo di Maine nella formazione di un approccio comparatistico al diritto e più generalmente di un'antropologia giuridica e, dall'altro, al contributo che le sue ricerche hanno indirettamente fornito alla successiva elaborazione *disciplinare* sociologica ed antropologica, ha prodotto esiti conoscitivi rilevanti e anche raffinati, ma ha lasciato in ombra, o, se si preferisce, ha eccessivamente semplificato, i rapporti intrattenuti da Maine con un retroterra che presenta decise connotazioni di carattere giuridico e filosofico-politico e che risultano decisivi per comprendere il profilo specifico della sua concettualizzazione. Il problema di questo retroterra pone certamente la questione poco frequentata della genesi di *Ancient Law*, ma soprattutto pone quello della comprensione della sua struttura e del suo *problema*.

La questione è quella della specifica determinazione concettuale da cui muove la ricerca mainiana e di quale sia la intelaiatura teorica

Oxford University Press, 1961⁴, p. 427. La situazione attuale, che vede finalmente comparire, colmando un ritardo incomprensibile, la traduzione tedesca (a cura di HEIKO DAHLE, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997) e la traduzione italiana (a cura di VINCENZO FERRARI, Milano, Giuffrè, 1998) di *Ancient Law* sembra essere di buon auspicio non solo per gli economisti.

⁽⁶⁾ GEORGE FEAVER, *From Status to Contract. A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, London, Longmans, 1969. Ma la ricerca di Feaver aveva avuto una sua, per quanto parziale, diffusione nella comunità scientifica anche in precedenza, come dissertazione dottorale (London School of Economics, 1962).

con cui anche la successiva ricerca viene a muovere. Se molto è stato fatto nel precisare i diversi apporti che circostanziano la dimensione ‘evoluzionistica’ della riflessione di Maine e ne mettono a fuoco la qualità — fuori da un generico evoluzionismo — in rapporto agli sviluppi di discorsi scientifici come quello delle scienze della terra o, in modo particolarmente rilevante, delle scienze del linguaggio, non altrettanto può dirsi per la dimensione concettuale in cui trova precisazione il nucleo politico dei processi indicabili come *legal evolution*. Nonostante in questi anni non siano mancati contributi di buon livello che hanno restituito a Maine il suo profilo di giurista (Cocks, Rumble), resta aperta la necessità di rileggere *Ancient Law* come un grande testo sul rapporto diritto e politica, che, proprio perché radicato in una fase molto particolare e cronologicamente delimitata della riflessione e del dibattito sulla tradizione di *common law*, ha sufficiente forza intellettuale da porsi ad un livello di generalizzazione capace di intrecciare il piano delle grandi narrazioni ottocentesche europee. In questa prospettiva va considerata la ricezione di *Ancient Law* — come peraltro l’insieme dei successivi lavori di Maine — in alcuni momenti alti della riflessione teorica europea, da Spencer a Tönnies, da Simmel a Max Weber, in relativa indipendenza dagli esiti della discussione ‘disciplinare’, o meglio ‘locale’, cui sono stati sottoposti specifici risultati, come è avvenuto nel caso della cosiddetta *patriarchal theory*. Ponendo Maine primo, a fianco di Gierke e di Marx, nella triade degli autori eccellenti e “tra loro assai differenti” “da cui la concezione ha ricevuto le più profonde impressioni, stimolanti, istruttive, confermate”, Tönnies nella prefazione alla prima edizione di *Gemeinschaft und Gesellschaft* si esprimeva esattamente in questa prospettiva (7). Tale rice-

(7) “Übrigens aber verhehle ich nicht, dass meine Betrachtung die tiefsten Eindrücke, anregende, belehrende, bestätigende, aus den unter sich gar sehr verschiedenen Werken dreier ausgezeichneten Autoren empfangen hat, nämlich: 1) Sir Henry Sumner Maine’s (*Ancient Law, Village Communities in the East and West, The Early History of Institutions, Early Law and Custom*), des philosophischen Rechtshistorikers von weitestem Horizonte, an dessen lichtvollen Aperçus nur zu bedauern ist, dass er den ungemein Aufschlüssen, welche von Bachofen (das Mutterrecht) bis auf Morgan (*Ancient Society*) und ferner, in die Urgeschichte der Familie, des Gemeinwesens und aller Institutionen eingedrungen sind, einen ungerechten Widerstand entgegengesetzt; denn die optimistische Beurtheilung der modernen Zustände halte ich halte ihm zu gute...”,

zione si è espressa lungo assi problematici niente affatto diversi da quella degli autori britannici richiamati all'inizio di queste righe: al di là delle evidenti diversità interpretative, oltre che delle diverse angolature di lettura, vi è una comune percezione che in Maine si dispongano in modo rilevante elementi che hanno ruolo diretto, e non solo disciplinarmente mediato, nella comprensione delle forme specificamente moderne di aggregazione sociale e di pensiero. I giudizi di Vinogradoff e di Laski, nel momento stesso in cui risolvono storiograficamente il piano di politicità del discorso di Maine, ne iterano tuttavia la centralità, sollevando implicitamente la questione del rapporto che esso intrattiene con gli assetti disciplinari e discorsivi in cui si è prodotto e che ha implementato, compresi quelli stessi che di tale risoluzione storiografica e di tale contemporanea iterazione sono appunto attori.

A partire da quest'ordine di questioni, il presente lavoro cerca di offrire un contributo non 'locale'. Non intende cioè essere una ricostruzione del pensiero di Maine, né, più modestamente, di una fase di esso. Come dice il sottotitolo, è un tentativo di lettura e di lettura di *un testo*. Ma nella convinzione che nella sua struttura argomentativa e nella sua logica si evidenzino costellazioni e connessioni concettuali che nel concreto della scrittura mainiana fanno emergere campi di conflitto e strategie di comprensione in cui il riferimento non è riducibile a un autore. In questa prospettiva *Ancient Law* appare come un momento importante delle immagini del giuridico e del politico in una fase in cui la costruzione moderna del potere si emancipa dallo schema classico-moderno di legittimazione per ritrovarne tuttavia, nel carattere contrattuale della società borghese, la proiezione impensata.

Questo libro ha avuto una lunga gestazione e ha molti debiti.

La sua prima stesura è nata in anni ormai lontani come dissertazione dottorale in filosofia politica presso l'ateneo pisano, mentre sue parti sono state discusse e arricchite in seminari, incontri,

FERDINAND TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, Reislad, 1887, p. XXX. Tönnies è esplicito nel separare la rilevanza assunta per lui da Maine dalla per lui ingiustificata resistenza da parte di quest'ultimo ai contributi arrecati alla storia della famiglia, della comunità e di tutte le istituzioni da J.J. Bachofen fino a Lewis Morgan e oltre.

soggiorni di studio in varie università e strutture scientifiche in Italia e all'estero. Ringrazio docenti e colleghi che me ne hanno dato l'opportunità: il prof. Marini e il prof. Calabrò, rispettivamente mio direttore di corso e mio *tutor* a Pisa; il prof. Gianfranco Poggi e il prof. Bell del Department of Sociology e gli amici Richard Gunn e Richard Bellamy del Department of Politics della Edinburgh University; il prof. Galli dell'Università di Bologna, che mi diede l'opportunità di ragionare su Maine politico nel suo seminario sul conservatorismo alla fine degli anni '80; il prof. Franco Sbarberi: dell'Università di Torino; la prof. Janet Coleman della LSE di Londra; il prof. Pasquale Beneduce dell'Università di Cassino. Ad essi vanno aggiunti i bibliotecari della BNL e della LSE di Londra, della Cambridge University Central Library, della NL of Scotland e della Edinburgh University di Edimburgo, della Biblioteca Civica 'Bertoliana' di Vicenza e, per il loro ruolo insostituibile, i RAGA di Kempe Road (London) e i Solomon di Old Boars Hill (Oxford) e *around the world*.

Nel 1995 una prima versione di alcune parti del primo capitolo è stata ospitata con il titolo *Codice, sistema e legislatura. Il laboratorio intellettuale di Ancient Law* nei "Materiali per una storia della cultura giuridica": ringrazio la redazione della rivista e in particolare il prof. Realino Marra.

Principalmente devo però ricordare il gruppo di lavoro sulla storia dei concetti politici presso il Dipartimento di filosofia dell'Università di Padova, che è la mia università d'origine. Agli amici e ai compagni del gruppo di lavoro padovano va una riconoscenza di lunga data e nei confronti del suo coordinatore, prof. Giuseppe Duso, nonostante le nostre posizioni sovente divergano in modo 'animato', non ho difficoltà a riconoscere il debito di un legame magistrale.

Devo ricordare inoltre gli amici fiorentini, il prof. Pietro Costa e il prof. Emilio Santoro e tutto il Dipartimento di Teoria e Storia del diritto, presso cui sono stato in anni più recenti, per la loro ospitalità e il loro sostegno; non ultimi, gli studenti che all'interno del corso di Storia del diritto italiano hanno seguito il mio seminario su Maine, dimostrando, contro i mostri della riforma universitaria, come la didattica possa essere davvero un fatto di reciprocità.

Questo lavoro non avrebbe mai visto la luce senza la generosità

e l'interessamento del prof. Paolo Grossi, che dalla condivisione dell'interesse per Maine ha tratto nei miei confronti una disponibilità che non sono sicuro di aver meritato. Questo libro sarebbe dovuto uscire quando egli era ancora direttore di questa collana. Purtroppo non è stato così per mia responsabilità e di quest'atto, dovuto e mancato, mi rammarico.

Da ultimo non mi resta che ringraziare chi si è sobbarcato con amicizia l'onere di leggere tutto il manoscritto e di assicurare l'autore: Damiano Canale, ancora Pietro Costa, Laura Lanzillo, Maurizio Merlo, Sandro Mezzadra, Gaetano Rametta, Maurizio Ricciardi, Massimiliano Tomba.

Durante la stesura di questo libro Maria "le ha date e le ha prese". Spero di cuore continui a farlo.

ABBREVIAZIONI

- AL Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London, Murray, 1861
- CE Henry Sumner Maine, *Roman Law and Legal Education*, in *Cambridge Essays*, Cambridge, 1856, pp. 330-383
- CS Henry Sumner Maine, *The Conception of Sovereignty and Its Importance in International Law*, in *Papers read before the Juridical Society 1855-1858*, London, 1858, pp. 26-45
- EHI Henry Sumner Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, London, Murray, 1880³
- ELC Henry Sumner Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, London, Murray, 1883
- IL Henry Sumner Maine, *International Law*, London, Murray, 1888
- PG Henry Sumner Maine, *Popular Government*, London, Murray, 1885
- VC Henry Sumner Maine, *Village-Communities in the East and West*, London, Murray, 1876³

CAPITOLO PRIMO
SEMANTICA DEL CODICE

1. Maine al Middle Temple. — 2. Tra codice e codificazione. — 3. Il codice tra scienza e riforma. — 4. Le *mani* di Sir Henry. — 5. *Historische Schule*. — 6. Una promessa mancata: l'ombra di Vico. — 7. *Analytical Jurisprudence*. — 8. *The Conception of Sovereignty*. — 9. Figure e tradizioni della sovranità. — 10. Sovranità territoriale. — 11. Un 'benthamismo' *ragionevole*. — 12. Uno storicismo non storicista.

“The most celebrated system of jurisprudence known to the world begins, as it ends, with a Code” (*AL*, 1). Già in prima battuta il testo di *Ancient Law* introduce assieme diritto romano e nozione di codice. Lo caratterizza la continuità con cui i giuristi romani durante tutta la loro storia si sono serviti di un linguaggio che implica un costante riferimento sistematico a un corpo di leggi *scritte*, le dodici tavole decemvirali, da cui viene fatto discendere in linea teorica tutto il diritto. Per contro, ciò che caratterizza la *common law* è la sua derivazione da una tradizione giuridica *immemorabile*. Queste ascrizioni sono entrambe teoriche, “Neither theory corresponded exactly with the facts, but each produced consequences of the utmost importance” (*AL*, 2).

Il diritto romano, il codice, il diritto inglese: il testo di Maine presenta un programma di ricerca a doppia articolazione, al cui interno la nozione di codice assolve un ruolo di connessione decisivo. Un primo asse di ricerca trova la propria focalizzazione nel rapporto tra leggi e *jurisprudence*, tra assetti giuridici e discorso dei giuristi; un secondo vertice sulle diverse modalità che tale discorso assume in rapporto a due diverse storie — quella romana e quell'inglese — e alle due diverse rappresentazioni che di sé esse hanno dato. Non la continuità o la discontinuità, ma la *differenza* fra diritto romano e diritto inglese sta alla base del programma di lavoro di *Ancient Law* e ne costituisce, in esplicita relazione alla nozione di

codice, il *problema*. Sottolineare la differenza per Maine significa sgombrare il campo da ogni opzione *preliminare* nei confronti della continuità o della discontinuità dei due sistemi giuridici, che va rifiutata consegnandone la questione al vaglio di un metodo adeguato, un metodo appunto storico.

Anche se è orientato a rinvenire lasciti romanistici alle origini del diritto ‘comune’ inglese in misura senz’altro maggiore di quanto abbiano fatto i suoi predecessori (e di quanto faranno i suoi successori), il suo obiettivo non è rivolto all’affermazione positiva di un rapporto di continuità storica fra i due sistemi. Il riferimento al codice attua piuttosto una mossa sottrattiva, che ha di mira una ridefinizione critica della rappresentazione, nel contempo razionalistica e naturalistica, che del diritto inglese aveva fornito la settecentesca *Common Law Theory* ⁽¹⁾ e da cui intende marcare una presa di distanza.

Nondimeno trovare in *Ancient Law* una rigorizzazione della nozione di codice che apertamente ne approssimi una messa a fuoco concettuale, non è agevole. L’uso storiografico sembra prevalere ed essa sembra trovare generica determinazione in rapporto a quest’ultimo. In uno dei suoi passi più noti e discussi Maine sottolinea come con l’emergenza dei codici si operi una transizione decisiva tra una fase ancora dominata dalla *customary law*, l’unica a suo avviso definibile in un qualche senso come diritto *non* scritto, e una fase in cui nascita e diffusione della scrittura e opposizione plebea ⁽²⁾

⁽¹⁾ Per *Common Law Theory* intendo la riflessione sulla *common law* che si produce tra Seicento e prima metà del Settecento per trovare poi in Blackstone il tentativo più ampio di sistematizzazione. Cfr. GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 3-38, e in un analogo orientamento storiografico, DAVID LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined. Legal Theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge, Cambridge U.P., 1990, pp. 29-67.

⁽²⁾ “The ancient codes were doubtless originally suggested by the discovery and diffusion of the art of writing. It is true that the aristocracies seem to have abused their monopoly of legal knowledge; and at all events their exclusive possession of the law was a formidable impediment to the success of those popular movements which began to be universal in the western world. But, though democratic sentiment may have added to their popularity, the codes were certainly in the main a direct result of the invention of writing” (AL, 15). Ma ancora più avanti, con minore preoccupazione di bilanciare il ruolo *popolare*: “In the western world the plebeian or popular element in each state

determinano la rottura del monopolio aristocratico del diritto. Questa transizione, che, al di là delle diverse determinazioni cronologiche, investe omogeneamente le comunità della Grecia, dell'Italia e delle coste ellenizzate dell'Asia minore, in un momento *dato* del loro sviluppo, costituisce un vero e proprio spartiacque nelle forme di civilizzazione, da cui tutte le ulteriori perimetrazioni si rendono possibili (AL, 11-20).

Di questa transizione i codici sono forma e prodotto assieme. Maine restringe — ed è ciò che colpisce — alla *publicity* la possibilità di una loro comune connotazione. Non una specifica organizzazione testuale, ma la dimensione pubblica e il carattere di visibilità che questa implica ne costituiscono la determinazione essenziale. “Their value — egli scrive — did not consist in any approach to symmetrical classifications, or to terseness or clearness of expression, but in their publicity, and in the knowledge which they furnished to everybody, as to what he was to do, and what not to do” (AL, 15). Anche sotto questo profilo le dodici tavole romane rappresentano, proprio perché *non* isolabili da altre esperienze consimili, “the most famous specimen”: non solo cioè l'esempio più significativo, ma anche quello che maggiormente si presta a essere assunto tipologicamente. Sulla *publicity* sarà opportuno ritornare più avanti. Al lettore di *Ancient Law* tuttavia tale elemento non può certo apparire sufficiente a dare *immediata* copertura all'area semantica connessa al termine ‘codice’, specialmente in una situazione storica che aveva visto, in un dibattito che si era fatto sentire anche in Inghilterra, una forte tensione tra la nozione di codice e quella di codificazione. L'affermazione di Maine che all'origine dell'emergenza dei codici non bisogna vedere le elaborate considerazioni che hanno promosso le codificazioni, in tutta la sua ovvietà, sembra sottolineare, piuttosto che azzerare, la tensione insita nella coppia terminologica codice/codificazione.

In che senso le dodici tavole sono per Maine un codice, cosa tutt'altro che pacifica per molti studiosi disposti a riconoscere tra

successfully assailed the oligarchical monopoly, and a code was nearly universally obtained *early* in the history of the Commonwealth” (AL, 16). Ciò distingue, come si considererà più avanti, i *codici* occidentali dalle esperienze di sistemazione scritta che successivamente avranno luogo in Oriente.

codex e *code* non più di una mera affiliazione terminologica? E, se davvero di codice si tratta, come è possibile farle consistere sotto una denominazione comune ai codici delle codificazioni che si erano date da poco più di un cinquantennio e che pure in *Ancient Law* trovano più di un riferimento? Per rinvenire maggiori elementi è necessario esplicitare ciò che è implicito nell'orizzonte concettuale del testo del '61, rivolgendosi all'elaborazione che precede *Ancient Law*, in particolare ai due lavori che possono esserne legittimamente considerati una prima anticipazione, anche in forza del fatto che loro parti sono state poi inserite, senza significative alterazioni, nell'opera maggiore.

È necessario quindi entrare in quella sorta di laboratorio intellettuale in cui si sostanzia nel corso degli anni '50 l'attività mainiana. Un'attenta valutazione di questi testi, per quanto egualmente riluttanti a un approccio definitorio e 'sistematico', ci aiuta nell'individuazione dei contesti e dei riferimenti in cui *Ancient Law* trova origine, permettendoci di cogliere inoltre gli spazi problematici in cui il lessico della ricerca prende forma e si carica — attraverso i suoi usi comparativi e contrastivi — di determinazioni che contribuiscono a evidenziare il portato concettuale complessivo su cui si regge il progetto mainiano di una scienza giuridica che si facesse *teoricamente* carico della storia.

1. *Maine al Middle Temple*

I due scritti, rispettivamente *The Conception of Sovereignty and Its Importance in International Law* — un lavoro presentato alla Juridical Society di Londra nel 1855 e pubblicato successivamente negli atti di questa ⁽³⁾ — e *Roman Law and Legal Education* del 1856 — pubblicato lo stesso anno in una raccolta di saggi universitari ⁽⁴⁾ — presentano infatti un indubitabile intreccio con i corsi di *Juri-*

⁽³⁾ *Papers read before the Juridical Society 1855-1858*, London, 1858. Il testo di Maine è alle pp. 26-45. Parte di esso (35-40) è ripresa con variazioni minime in *AL* come sezione finale del quarto capitolo (101-112).

⁽⁴⁾ *Cambridge Essays*, Cambridge, 1856, pp. 330-383. Questo testo deve una notorietà maggiore del precedente al fatto di essere stato di continuo ristampato in appendice a *Village-Communities in the East and West* a partire dalla terza edizione del

sprudence and Civil Law che Maine tiene a partire dal 1853 in qualità di *Reader* presso il Middle Temple agli Inns of Court (5). Non si tratta solo di un legame di temi e di approcci, ma di una vera e propria connessione ‘strutturale’, nel cui orizzonte il tentativo di saldare istanza teorica e istanza formativa è tutt’altro che occasionale ed evidenzia lo stretto collegamento tra le prime movenze della riflessione teorica mainiana e le esigenze e le problematiche della riforma del *legal world* inglese in un momento decisamente particolare. Ma a motivare una loro considerazione approfondita v’è anche la posizione peculiare che occupano nel testimoniare dei percorsi ideativi che presiedono alla composizione dell’opera del ’61. Lo stesso Maine indicherà anni più tardi, nello scritto *Theories of Primitive Society* del 1873, un preciso rapporto tra i corsi e *Ancient Law*: “My book was published in 1861, and delivered as lectures in the four or five previous years...” (ELC, 123). Esplicita al riguardo era stata la ricezione contemporanea dell’opera. La sollecita recensione apparsa sul quotidiano edinburghese “The Scotsman”, proprio partendo dall’incarico dato a Maine agli Inns, sottolineava non senza enfasi come: “His lectures soon began to excite unusual attention. Benchers brought their friends to them. French *advocats* and American lawyers made interest to be present, and those who could compare London with Paris were heard to say, that one need not cross the Channel to listen to lectures which might take rank with those of Guizot or of Villemain. Out of these much-admired discourses has grown the volume to which we now invite the attention of our readers. With the exact history of its development we are not acquainted; but we should think the author had allowed himself to throw some of striking portions of his lectures into this

1876, oltre che all’esplicita citazione della fonte per il brano, relativamente esiguo, ripreso nel nono capitolo di *Ancient Law*, contrariamente a quanto avviene per le pagine riprese da *The Conception of Sovereignty*.

(5) Come noto, gli Inns of Court (originariamente “ospicia hominum curiae legis temporalis”) sono le quattro organizzazioni professionali dei giuristi create sin dal quattordicesimo secolo attorno alla *curia regis* con la precipua funzione di dare omogeneità al ceto forense. Il Middle Temple, come pure l’Inner Temple, porta questo nome per essere situato in edifici che furono di proprietà dei cosiddetti Knights of Temple, i Templari. Cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 332.

form, with a view rather to call attention to a subject too little studied in England, than to satisfy any desire for literary success existing in his own mind" (6). Già dal '53 i programmi dei corsi, puntualmente pubblicizzati su "Law Times" — il periodico che era riuscito ad imporsi come l'organo semiufficiale della professione, registrandone disagi e fermenti (7) —, cominciano ad offrire una distribuzione delle parti che richiama in maniera via via crescente l'articolazione delle parti e a volte persino dei capitoli di *Ancient Law*. Se si considera che al '57, a detta di Frederic Harrison, a quella data *private pupil* di Maine, risalgono le prime stesure di porzioni dell'opera (8), non è difficile cogliere la straordinaria importanza che riveste la collocazione dei testi del '55-56, un'importanza che va oltre il loro carattere di anticipazione, ma si estende a un vero e proprio ruolo di scansione dinamica, di esplicitazione teorica e di indicazione della direzione di marcia, che essi assolvono nei confronti del materiale intellettuale predisposto per la didattica o da questa sedimentato.

La decisione del Middle Temple di dotarsi di una *Readership on Jurisprudence and Civil Law* era cosa recente. Essa costituiva uno dei frutti dell'impatto che avevano avuto le conclusioni dello speciale

(6) 23 marzo 1861, p. 6, colonne 3-6, il brano citato è alla col. 4.

(7) Sulla fortuna di "Law Times" e sul peculiare ruolo da esso svolto nei dibattiti all'interno della professione forense cfr. R. C. J. COCKS, *Foundations of Modern Bar*, London, Sweet & Maxwell, 1983, soprattutto le parti I, § 4 e II, § 1.

(8) La testimonianza di F. Harrison (1831-1923), destinato a diventare una figura di primo piano nella cultura britannica come instancabile propugnatore del positivismo comtiano (su di lui si veda il documentato lavoro di M.S. VOGELER, *Frederic Harrison: the Vocation of a Positivist*, Oxford, Oxford U.P., 1984), è particolarmente efficace nell'illustrare il carattere 'ambientalmente' innovativo delle lezioni e il clima di intensa discussione, non solo giuridica, ma anche letteraria e politica, che si era creato attorno a Maine. Harrison indica tra i partecipanti a vario titolo i nomi di H. Vernon Harcourt, G. Venables, J. Fitzjames Stephen, Vaughan Johnson. Cfr. F. HARRISON, *Autobiographic Memoirs*, London, Macmillan, 1911, t. I, pp. 152 e 157-8, come anche il precedente *Memories and Thoughts*, London, Macmillan, 1906, p. 119 (che ripubblica un articolo su *Maine's "Ancient Law" Revised 1906* scritto in occasione dell'edizione di *AL* introdotta e annotata da Frederick Pollock, London, Murray, 1906). Sull'influenza dei corsi mainiani una buona ricostruzione sintetica è in R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine. A Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge U.P., 1988, pp. 29-31 (nell'insieme il migliore contributo della recente letteratura su Maine).

Select Commitee on Legal Education instaurato nel 1846 dalla House of Commons per stendere un rapporto sullo stato degli studi e della cultura giuridica nel paese. I giudizi del comitato erano stati severi. Il primo punto del rapporto presentato ai Comuni affermava che “the present state of Legal Education in England and Ireland, in reference to the classes professional and unprofessional concerned, to the extent and nature of studied pursued, the time employed, and the facility with which instruction may be obtained is extremely unsatisfactory and incomplete, and exhibits a striking contrast and inferiority to such education... at present in operation in all the more civilised States of Europe and America”. Il terzo punto concludeva, non senza brutalità: “No Legal Education, worthy of the name, of a public nature is at this moment to be had”, né in Inghilterra, né in Irlanda. L’assenza di una formazione giuridica di livello universitario — si continuava — era alla base di una deplorabile mancanza di una qualsivoglia letteratura giuridica e, affiancandosi al venir meno di una reale attività formativa delle istanze professionali, determinava una situazione che lasciava l’attività pratica degli uomini di legge del tutto priva dell’assistenza di una reale conoscenza scientifica.

Educazione e scienza costituivano dunque un unico problema, che andava affrontato dando finalmente spazio nell’università al diritto e prendendo in seria considerazione l’esempio offerto dalla ben diversa situazione del continente e in particolare degli Stati tedeschi ⁽⁹⁾. Era quasi un riconoscimento istituzionale che la ‘muraaglia cinese’ che, riguardo al diritto, divideva l’Inghilterra dalla Germania e di cui parlava Savigny qualche decennio prima al suo traduttore britannico ⁽¹⁰⁾, doveva considerarsi abbattuta nel nome

⁽⁹⁾ *Report from the Select Commitee on Legal Education*, 25 August 1846, *House of Commons Proceedings* 668. Sulla vicenda del Comitato del 1846 e sui suoi sviluppi sono da tenersi presenti il seminale saggio di ENID CAMPBELL, *German Influences in English Legal Education and Jurisprudence in the 19th Century*, in “University of Western Australia Annual Law Review”, vol. IV no. 3 (December 1959), pp. 357-390 e i successivi lavori di PETER STEIN, *Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid-nineteenth Century England*, in *L’educazione giuridica II: Profili storici*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, Perugia, ESI, 1979, pp. 185-206 (che riporta le conclusioni del comitato del ’46 in appendice) e *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge U.P., 1980, in particolare pp. 78-79.

⁽¹⁰⁾ *A Selection from the Correspondence of Abraham Hayward* (ed. H.E. Carlisle),

della scienza e della riforma. Gli anni in cui Thibaut poteva esaltare la situazione inglese “dove ci si lascia ben poco impressionare da varianti e antichità romane” e dove tutto era “vita e fresca peculiarità” contro il carattere opprimente della romanistica imperante nel diritto tedesco ⁽¹¹⁾, erano definitivamente lontani e difficilmente il grande oppositore di Savigny avrebbe potuto immaginare che da parte inglese ci si sarebbe rivolti alla Germania proprio perché questa significava essenzialmente diritto romano.

Non era la prima volta che l'esigenza di rinnovamento degli studi giuridici inglesi incontrava questo binomio e il precedente di John Austin stava a testimoniare; ma il suo era stato un caso quasi isolato, anche se — come si vedrà — non privo di lasciti, mentre ora si trattava di qualcosa di diverso, di una tendenza che verso la metà del secolo aspirava a diventare senso comune. Il caso del Select Committee non sarà infatti isolato: per tutto il decennio successivo continuerà una specifica attenzione parlamentare attraverso la richiesta di inchieste e rapporti alle università e alle istanze professionali. La stessa creazione, nel '52, di un Council of Legal Education promosso autonomamente dagli Inns, non impedirà nel 1854 la formazione su proposta di Lord Napier di un'ulteriore indagine parlamentare, anche allora incentrata sul rapporto tra formazione ed accesso professionale, le cui conclusioni itereranno la richiesta di un innalzamento del livello delle conoscenze nelle branche scientifiche del diritto. Era una pressione che veniva dall'interno del mondo forense e, attraverso i suoi uomini più avvertiti, giungeva al Parlamento, ma che incrociava sicuramente esigenze politiche di ordine più generale. “Some knowledge of these subjects” — non mancherà di rammentare il *Report* di questa nuova inchiesta, iterando una preoccupazione già ben presente ai predecessori — “must be useful

London, Murray, 1886, citato in P. STEIN, *Legal Evolution* cit., p. 69. Hayward, avvocato e traduttore di Goethe legato alla cerchia di Coleridge, aveva tradotto il *Beruf* di Savigny (*Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, London, Littlewood, 1831) in cui riconosceva più di un elemento di convergenza con la polarizzazione tra *permanence* e *progress* espressa da Coleridge in *On the Constitution of Church and State* (1829).

⁽¹¹⁾ A.F.J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814), tr. it. in A.F.J. THIBAUT-F.C. SAVIGNY (a cura di G. MARINI), *La polemica sulla codificazione*, Napoli, Esi, 1989², p. 63.

to the barrister, not only as an advocate but as a judge; and especially if he should be appointed to any judicial office in India or in the Colonies" (12).

Il diritto romano è dunque l'elemento perno su cui i corsi connessi alla nuova *Readership* al Middle Temple vengono ad organizzarsi. Gli orientamenti tuttavia si riveleranno marcatamente diversi e il binomio scienza-educazione non semplice da coniugare. Se non dei romanisti in senso proprio, coloro che furono selezionati a detenerne la titolarità disponevano tutti di titoli da far valere in quel senso. Considerando tuttavia la documentazione riguardante i corsi fra la loro istituzione nel 1846 e l'inizio del decennio successivo, si può rilevare come la presenza del diritto romano sia nel suo insieme mediata dalla sua attualizzazione contemporanea nella civilistica continentale e la trattazione della *civil law*, intesa essenzialmente come *modern Roman law* (termine che appunto ricalca il tedesco *heutiges Römisches Recht*), non trovi agevolmente un piano di consistenza con i profili più propri della *jurisprudence* intesa "on its scientific side". Emblematico il caso di George Long, il primo tra i titolari della *Readership*, nei cui corsi pure gioca un ruolo importante, anche se in termini giudicati a volte eccessivamente semplificatori, il rimando a Savigny — soprattutto al Savigny del primo volume del *System* (13). Al loro interno tuttavia la considerazione della *scienza* giuridica gode di uno spazio assai limitato e tende a risolversi entro un approccio genericamente 'naturalistico', secondo cui la riscontrabilità di principi generali del diritto in tutti i sistemi positivi trova ragione nel loro radicamento nella natura umana. La connessione con l'esperienza romanistica si declina nell'indicazione del portato universalistico di quest'ultima e l'assunzione di solleci-

(12) *Report of the Commissioners appointed to inquire into the arrangements of Inn of Courts and the Inn of Chancery for promoting the study of the Law and Jurisprudence*, 1855 H.M.S.O.; 1854-5 B.P.P. vol. XVIII, p. 351. Cfr. al riguardo R.C.J. COCKS, *Foundations* cit., p. 97 (ma sull'intera vicenda cfr. pp. 95-98).

(13) F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, Veit, 1840. L'opera, completata solo nel 1849 con la pubblicazione dell'ultimo volume, l'ottavo, sarà oggetto da parte di Long di una lunga recensione espositiva che non manca di insistere, oltre che sulla partizione sistematica, anche sulla teoria delle fonti giuridiche, soffermandosi sul rapporto tra *Volksgeist* e *Volksrechte*: G. LONG, *On Savigny's System des heutigen Römischen Rechts*, "The Classical Museum", vol. V (1848), pp. 290-329.

tazioni provenienti dalla *Historische Schule* involontariamente ne evidenzia il latente giusnaturalismo ⁽¹⁴⁾. Anche nel caso dei *Readers* che a Long succederanno, sir George Bowyer nel '49 e John George Phillimore nel '50, atteggiamenti tra loro diversi concorrono a dare all'insegnamento di *Jurisprudence and Civil Law* una posizione meramente — e cautamente — integrativa nei confronti della *common law*, sia che, come avviene per il primo, se ne limiti l'utilità a specifici snodi del diritto (Bowyer insiste in questo senso sui *private rights*) nella reiterata affermazione che l'ammirazione per il diritto romano non debba scalfire la certezza della superiorità *politica* della vicenda giuridica inglese ⁽¹⁵⁾; sia che, come per il secondo, si consideri, in un

⁽¹⁴⁾ *Two Discourses Delivered in the Middle Temple Hall, with an Outline of the Course*, London, Knight, 1847. Long (1800-1879) è sicuramente la figura intellettualmente più complessa tra coloro che precedettero Maine al Temple: proveniente da una formazione classicistica al Trinity di Cambridge, aveva insegnato lingue antiche alla University of Charlottesville in Virginia e poi latino all'University College e, senza lasciare l'insegnamento, era entrato nella professione legale nel 1837, pare proprio in forza del suo interesse per il diritto romano. Membro del comitato direttivo di *The Classical Museum*, vi intervenne più volte su temi romanistici, intrattenendo tra l'altro una polemica con Puchta a proposito della Lex Licinia (*The Licinian Rogation. De Modo Agri*, vol. II, 1844, pp. 254-284 e vol. III, 1845, pp. 67-77 (la replica di Puchta) e 78-107 (la controp replica di Long)). Egli fu anche autore delle voci di diritto romano del diffusissimo e più volte riedito *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* di WILLIAM SMITH (London, John Murray, 1842), voci che, in buona parte, si possono ora leggere sul sito www.ukans.edu/history/index/europe/ancient-rome/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Law/home*.html#leges. Nonostante l'impegno non occasionale per la riforma, Long lasciò il Middle Temple nel '49 per assumere il ruolo di *classical lecturer* al Brighton College e dedicarsi completamente all'antichistica. Traduttore e curatore di edizioni importanti di Marco Aurelio, di Cicerone e di Epitteto, ha lasciato un vasto lavoro in cinque volumi sul *Decline of the Roman Republic* (London, Bell & Daldy, 1864-74). Su Long come giurista, vedi P. Stein, *Legal Evolution* cit., p. 79-82 e ora soprattutto R.C.J. COCKS, 'That Exalted and Noble Science of Jurisprudence': *The Recruitment of Jurists with 'Super Qualifications' by the Middle Temple in the Mid-Nineteenth Century*, in "Journal of Legal History", 20 2 (1999), pp. 62-94, un saggio di grande accuratezza su tutta la vicenda del Temple.

⁽¹⁵⁾ *Two Readings Delivered in the Middle Temple Hall*, London, Stevens & Norton, 1850, poi ripresi nel più ampio *Readings Delivered before the Honourable Society of the Middle Temple in the Year 1850*, London, Stevens & Norton, 1851. In BOWYER (1811-1883), che aveva pubblicato in precedenza dei *Commentaries on the Modern Civil Law* (London, Stevens & Norton, 1848), oltre a un grosso volume sulla 'costituzione' inglese (*The English Constitution. A Popular Commentary on the Constitutional Laws in*

deciso rovesciamento valoriale rispetto alla posizione precedente, insormontabile lo scarto che separa la grandezza della classicità giuridica e l'attuale miseria insulare, scarto che poteva essere padroneggiato esclusivamente in termini d'arricchimento e di consapevolezza culturale dei *lawyers* ed essere valicato solo nei termini circoscritti di un ricorso più o meno occasionale allo strumentario civilistico ⁽¹⁶⁾. È abbastanza chiaro che, al di là di disposizioni soggettive e dichiarazioni programmatiche, le ragioni che erano alla base della creazione della nuova *Readership* e il merito degli insegnamenti effettivamente impartiti rischiavano di continuo di restare agli occhi di molti in un rapporto di fatale estrinsecità.

Maine si era già candidato al Middle Temple senza successo. Quando nel 1852 la sua seconda candidatura viene accettata, il contesto istituzionale è in parte modificato. All'interno degli Inns — su invito pressante del General Solicitor, sir Robert Bethell, più tardi Lord Chancellor Westbury — è stato istituito il Council of Legal Education con la precisa funzione di estendere e rinnovare l'esperimento del Middle Temple. Cinque sono le *readerships* che il Council promuove: *Constitutional Law and Legal History* ed *Equity* presso il Lincoln Inn, *Law of Real Property* presso il Gray Inn,

England, London, Stevens & Norton, 1841), sembra valere, anche sull'onda degli eventi continentali del '48, la tradizionale equiparazione insulare tra area di diritto romano e assolutismo, contrapposta all'armonia inglese di libertà e stabilità che nella *common law* trovava fondamento. I suoi *Readings* spaziano, in un enciclopedismo non sempre controllato, dai rapporti tra *jurisprudence* e morale alla 'costruzione' — ma in realtà all'interpretazione — degli *statutes*, ai problemi di diritto ecclesiastico, smarrendo spesso i termini di un confronto non meramente nominale con l'esperienza della civilistica continentale, mentre nella riaffermazione orgogliosamente iterata dell'identità professionale del giurista di *common law* la connessione con la riforma scema e si perde.

⁽¹⁶⁾ *An Inaugural Lecture on Jurisprudence, and a Lecture on Canon Law*, W. Bennig, London, 1851. Ma di PHILLIMORE vanno considerati anche la *Introduction to the Study and History of Roman Law*, London, W. Bennig, 1848 e il ponderoso *Principles and Maxims of Jurisprudence*, London, Parker, 1856. Maine farà un uso 'tecnico' di entrambi nei propri corsi al Middle Temple (vedi Appendice). All'opposto di Bowyer, Phillimore (1800-1865), che veniva da un'eminente famiglia di giuristi — il padre Joseph era stato un celebrato canonista —, ostentava un atteggiamento di distaccata superiorità nei confronti della *common law*, ma la sua alta opinione del diritto romano lascia trasparire che "he confused the science of jurisprudence with a moral philosophy unsuited to the age", R.C.J. COCKS, *That Exalted and Noble Science* cit., p. 77.

Common Law presso l'Inner Temple, oltre che ovviamente *Jurisprudence and Civil Law* presso il Middle Temple. Ai corsi ad esse collegati è stato finalmente annesso un esame finale, di cui non si mancherà d'auspicare l'obbligatorietà per i futuri *barristers*. L'esperimento riformista, che pareva aver perso negli anni la propria presa, sembra ora rimettersi in movimento.

“If you should confer on me the high honour of electing me to this office, I shall do my best to render my exertions commensurate with the interest and the importance of the great experiment which you are commencing” (17). I termini con cui Maine aveva accompagnato la propria candidatura mostrano un'adesione convinta al tentativo in corso. Nel 1847 era diventato Regius Professor of Civil Law a Cambridge, un posto non privo di prestigio e di tradizione (18), che premiava l'attenzione volta al diritto e alla storia dei sistemi giuridici da parte di un brillante *Junior Tutor* di formazione classicistica del Trinity College. Proprio a questo titolo nel '52 Maine aveva contribuito con impegno al rapporto sullo stato degli studi giuridici presentato da quest'Università su richiesta del parlamento, insistendo sulla costruzione di un unico *curriculum* universitario capace di integrare le varie competenze giuridiche sotto un profilo scientifico comune (19). La *Professorship* era nondimeno quasi una sinecura e Maine fu costretto, oltre che ad una fitta attività giornalistica (20), a risolversi nello stesso anno ad entrare nella pratica

(17) Middle Temple 13/LEC/4, lettera del 18 luglio 1852 (cit. in R.C.J. COCKS, *That Exalted and Noble Science* cit., p. 80).

(18) L'istituzione di un insegnamento 'civiltistico' a Cambridge e a Oxford attraverso la nomina di *Regii Professores* rientrava infatti in una tradizione che, pur con alterne vicende, risaliva a una diretta iniziativa di Enrico VIII. Sul punto cfr. G. Criscuoli, *Introduzione* cit., p. 41., che rileva come essa costituisse uno dei momenti di “intermediazione (non sempre disinteressata)” di cui si compone la ricezione delle regole romanistiche nel diritto insulare.

(19) *Parliamentary Papers*, vol. XLIV 1852-53, *Cambridge University Commission: Reports of Her Majesty's Commissioners appointed to inquire into the State, Discipline, Studies and Revenues of the University and Colleges of Cambridge*, pp. 77-80.

(20) L'attività giornalistica resterà una costante dell'attitudine mainiana che accompagnerà per tutta la vita la sua passione per la politica e la letteratura. Legato da affinità al gruppo dei 'conservatori liberali' che supportava le posizioni parlamentari di Robert Peel, Maine partecipò con continuità e autonomia intellettuale alle intraprese editoriali che ad essi facevano *lato sensu* riferimento, collaborando e facendo collaborare amici e

professionale, presenziando dapprima nel cosiddetto *Norfolk Circuit* e orientandosi poi verso la possibilità, che certo gli appariva più confacente, di esercitare davanti alla corte di *Equity*. La vicenda, frustrante su entrambi i terreni, gli permise tuttavia una conoscenza di prima mano del *legal world* che gli sarebbe stata impossibile senza valicare i confini della separatezza accademica.

Alla data della sua accettazione al Temple Maine ha dunque nel proprio bagaglio sia l'esperienza universitaria, sia quella forense ⁽²¹⁾ ed il suo coinvolgimento è su entrambi i versanti del problema della riforma della *Legal Education*. Ma la convinzione del ruolo che può giocarvi lo studio del diritto romano — convinzione comune a molti dei riformatori — si declina in modo sicuramente distonico rispetto a quello dei suoi predecessori, puntando a farne più il momento d'integrazione di uno studio generale delle forme di *jurisprudence*

studenti, dapprima al *Morning Chronicle* e poi, dalla fondazione nel '55 al '61, alla *Saturday Review*, in un ruolo di promozione intellettuale certamente rilevante. La *Saturday Review* svolse il ruolo di un vero e proprio crogiuolo intellettuale per la generazione *mid-Victorian*, ruolo ben sintetizzato dall'icastico giudizio di FREDERIC WILLIAM MAITLAND che nella sua biografia di Leslie Stephen, che vi collaborò a cavallo degli anni '60 e '70, non esita ad affermare: "it becomes always evident that any one who never wrote for the *Saturday* was no one" (*The Life and Letters of Leslie Stephen*, London, Duckworth, 1906, p. 161). Sull'attività di Maine come pubblicista sulla *Saturday* e sul profilo complessivo dalla rivista si vedano gli elementi memorialistici indicati da HENRY WILLIAM e da IRENE LAW nel volume da loro dedicato al proprietario della rivista (*The Book of Beresford Hopes*, London, Heath Cranton, 1925, pp. 216-217) e l'ampio studio di M.M. BEVINGTON, *The "Saturday Review" 1855-1868. Representative Educated Opinion in Victorian England*, New York, Columbia U.P., 1941, fondamentale anche per l'attribuzione autoriale dei singoli articoli, e più sinteticamente anche GEORGE FEAVER, *From Status to Contract. A Biography of Sir Henry Maine 1822-18*, London, Longmans, 1969, pp. 29-40. Con eccezione degli anni trascorsi in India, Maine continuò a collaborare a giornali e a riviste, intensificando nuovamente la propria attività pubblicistica agli inizi degli anni '80 sulla *St. James's Gazette* (cfr. FEAVER, *ibidem*, pp. 211-226, che mette convincentemente in relazione questo capitolo dell'attività mainiana e la successiva stesura di *Popular Government*).

(21) "The necessity of taking the Roman Law as a typical system" — scrive nella prefazione alla prima edizione di *Ancient law* — "has compelled the author to draw from it what may appear a disproportionate number of his illustrations; but it has not been his intention to write a treatise on Roman jurisprudence, and he has as much as possible avoided all discussions which might give that appearance to his work" (*AL*, V-VI).

che l'oggetto di una descrizione fruibile successivamente come materiale di un più ampio progetto formativo.

Maine non è un romanista — né pretenderà mai di esserlo, come terrà a sottolineare anche in seguito, sottraendosi anticipatamente alle critiche che su questo terreno avrebbero potuto essergli rivolte (*AL*, V-VI) —, ma uno studioso il cui principale e prioritario obiettivo è di anticipare teoricamente un forte collegamento tra riforma e nuova *jurisprudence* scientifica. Eloquentemente in questo senso è già la strutturazione del programma del corso per il Michaelmas Term del 1853 (il primo tenuto effettivamente da Maine, malato nel corso dell'anno precedente). Il prospetto al primo punto si apre con la dicitura *On general or Scientific Jurisprudence* per passare poi, una volta affrontati i *termini* fondamentali della scienza giuridica e i rapporti di questa con la filosofia morale, a considerare i fondamenti romanistici del diritto delle genti in rapporto alle moderne teorie del diritto naturale e ad arrivare da lì all'analisi del *Corpus Juris*, vagliandone struttura e composizione, mentre in chiusura s'insisterà sui rapporti tra scienza e diritto romano sia in generale, sia in riferimento alla dinamica interna al sistema e ai criteri di classificazione propri ai vari ambiti giuridici. In tale sequenza si palesa una tessitura ad intreccio che, come anche nei corsi successivi, manterrà costante il rimando stretto tra sviluppo tematico del diritto romano, profili giuspolitici della modernità e riflessione sul diritto come scienza, per allentarsi gradualmente solo dai corsi del '55, dove è utilizzata una progressione più lineare, in cui si anticipa con evidenza sempre maggiore la scansione in capitoli di *Ancient Law* e che rivela l'acquisizione di un impianto teorico ormai consolidato. Di quest'acquisizione lo scritto apparso sui *Cambridge Essays* costituisce sicuramente un momento cruciale.

2. *Tra codice e codificazione*

“It is not because our own jurisprudence and that of Rome were *once* alike that they ought to be studied together — it is because they *will be* alike. It is because all laws, however dissimilar in their infancy, tend to resemble each other in their maturity; and because we in England are slowly, and perhaps unconsciously or unwillingly, but still ready and certainly accustoming ourselves to the same

modes of legal thought and to the same conceptions of legal principle to which the Roman juriconsults had attained after centuries of accumulated experience and unwearied cultivation” (CE, 2; V, 332). Introdotto da una considerazione storica dei rapporti tra giurisprudenza romana e diritto inglese e concluso sul tema del “legal principle”, il passo di *Roman Law and Legal Education* rende in modo efficace la modalità propria dell’approccio mainiano.

Maine era partito riconoscendo che una delle principali ragioni dell’attenzione crescente verso il diritto romano stava nel riconoscimento della “historical connexion between the Roman jurisprudence and our own” (CE, 1; V, 331), che accompagnava il venir meno della convinzione ingenua di un carattere affatto autoctono della *common law*. A suo avviso quest’ultimo costituiva un vero e proprio pregiudizio, che non era in grado di reggere al semplice confronto dei testi di Bracton e di Fleta⁽²²⁾ con il *Corpus Juris* giustiniano, mentre le recenti scoperte di frammenti ad esso antecedenti e del cosiddetto manoscritto di Gaio già spingevano ad ipotizzare un’influenza perfino più antica⁽²³⁾. Nondimeno egli si affrettava a relativizzare la portata di questo dato: per quanto rilevante possa essere per il *legal antiquarian*, “too much importance should not be attached to it”. Attraverso l’assimilazione, un importo straniero tendenzialmente cessa d’essere tale e proprio un sistema come quello delle leggi di Roma, che “distinguished above all others for its

(22) Maine si riferisce a ‘Fleta’ senza ulteriori specificazioni, quasi in termini personali. Valga ricordare che “though sometimes loosely used as if were the name of a person, is really the name of a Latin text-book, which, for internal evidence, seems to be written in 1290 or thereabout”. L’unica copia ritrovata del manoscritto reca sul frontespizio il titolo ‘Fleta’ e nella prefazione si asserisce che “this book may well be called Fleta, for it was composed in Fleta”, il che sembra significare che esso sia stato scritto nel carcere di Fleet, probabilmente da uno dei giudici imprigionati per corruzione da Edoardo I. Così F.W. MAITLAND, con qualche malizia nei confronti della storiografia precedente, alla voce omonima del *Dictionary of National Biography* (vol. VII, p. 290).

(23) Vale la pena ricordare come proprio questo giudizio, ripreso da Maine anche successivamente (si veda AL, 44), fornirà a F.W. Maitland lo spunto polemico da cui parte la sua riconsiderazione critica di Bracton e del ruolo dell’apporto italiano (in particolare di scuola bolognese) nel diritto inglese del XIII secolo. Cfr. *Selected Passages from the Works of Bracton and Azo*. Edited by F.W. MAITLAND, Selden Society, vol. VIII, London, Quaritch, 1895, p. xiv e J.R. CAMERON, *Frederick William Maitland and the History of English Law*, Norman, University of Oklahoma Press, 1961, pp. 119-133.

symmetry and its close correspondence with fundamental rules”, si presta in modo particolare a diventare altra cosa, una volta che singole parti vengano a cadere o ad essere modificate: ogni influenza è cioè destinata ad una rapida consunzione e non può dare ragione altro che di se stessa. Ma, più generalmente, dal punto di vista di Maine porre troppo l’accento sulla connessione *storica* tra i due sistemi “will be apt to encourage one of the *most serious errors* in which *the inquirer into the philosophy of law* can fall” (CE, 2; V, 332, corsivi miei). La base sulla quale avviene l’incontro tra i due, finora differenti, discorsi scientifici sul diritto non è questa, ma quella del riferimento ad assetti giuridici il cui corso diventa tendenzialmente comparabile in quanto la loro maturità si sostanzia nell’aver comuni modi di pensiero e un comune riferimento teorico nel principio giuridico. Non si forza molto se ai primi, sulla scorta dell’opera del ’61, ma anche ai programmi dei corsi tenuti al Middle Temple, si guarda nei termini della *differenziazione contrattuale*. Ma cosa intende Maine affermando il carattere di modello che il diritto romano assume e parlando di “same conceptions of legal principle”? Anche se egli non sviluppa questo passaggio, rimandando a diversa occasione un’indagine approfondita della relazione tra diritto romano e *the science of jurisprudence* (CE, 3; V, 333), poche pagine dopo ritorna sul punto. L’argomentazione verte sul ruolo che ha il precedente nella *common law* e sulla laboriosità che la sua ricerca impone agli uomini di legge, soprattutto se confrontata con la maneggiabilità del *Corpus Juris*. Se in quest’ultimo sono indubbiamente rinvenibili un gran numero di quelli che in Inghilterra potrebbero essere chiamati casi, essi tuttavia non vi si presentano come fonti del diritto, ma come sue applicazioni e vanno considerati come esemplificazioni funzionali alla sua chiarificazione ed effettuazione. Tuttavia, questo diverso carattere, per quanto anomalo agli occhi insulari, è facilmente comprensibile ed altrettanto naturale “as the constitution of our own system”. La riprova fornita dall’autore per quest’affermazione è individuata nel fatto che la stessa *common law* veniva vista dai suoi primissimi espositori rivestire un carattere analogo a quello indicato per il *Corpus Juris*. Si presupponeva cioè che esistesse *somewhere* un analogo corpo simmetrico di regole *espresse* e derivanti da principi e che ciò fosse noto esclusivamente ai giudici, mentre la gran massa degli avvocati e i non addetti ai lavori ne erano

a conoscenza solo attraverso l'applicazione alla casistica che veniva in giudizio.

“Many traces of this ancient theory remain in the language of our judgements and forensic arguments, and among them we may perhaps place the singular word ‘principle’ in the sense of a legal proposition elicited from the precedents by comparison and induction” (CE, 4-5; V, 335). Il punto è delicato, perché proprio comparazione ed induzione costituivano gli assi portanti di quella *ricerca dei principi* che contrassegnava negli anni Quaranta la posizione, per molti aspetti esplicitamente anticodificatoria, di chi si schierava per una difesa della *common law*, ripercorrendone i profili lungo le linee *lato sensu* intuizionistiche di un’apertura originaria delle tradizioni positive sulle universali massime di giustizia, recuperando e piegando a tal fine istanze mutate dalla prima *Begriffsjurisprudenz*. Nella connessione argomentativa mainiana questo termine lascia tuttavia intravedere ciò che per Maine sembra essere una diversa e più ampia identificazione che passa attraverso le modalità con cui egli guarda alla *common law* e la peculiare torsione ermeneutica cui sottopone la dimensione dichiarativa del diritto.

Qui non interessa tanto in quale misura sia ipotizzabile una specificità storica del diritto comune insulare, come giustizia del re, rispetto alle altre esperienze storiche di diritto comune, quanto come la relazione instaurata tra il discorso sul diritto e il suo oggetto — considerato nei termini di un sistema — sia pensabile solo in riferimento ad un codice. Il diritto di *common law*, considerato dal punto di vista di una pur remota *jurisprudence*, è presentato da Maine come un diritto che lavora *come se* dipendesse da un codice. Ciò che trasversalmente e un po’ allusivamente viene anticipato è il legame tra legislazione e stadio “scientifico” del diritto ⁽²⁴⁾, la prevalenza ‘logica’, cioè, *dal punto di vista della jurisprudence*, del codice sul sistema. Ma è importante sottolineare come ciò per Maine sia reso possibile non da una presa di distanza dal proprio oggetto, da una strategia appunto di oggettivazione, ma, all’opposto, dal farsi

(24) Riprendo, non senza qualche forzatura e in una diversa contestualizzazione, una felice espressione di ANSELMO CASSANI dal suo *Metodo storico e ‘benthamismo legislativo’ nel pensiero di Henry Maine*, in “Rivista di filosofia”, LXXVII (1986), p. 372, che mi pare correggere parzialmente alcuni precedenti interventi mainiani di questo studioso.

carico dell'autorappresentazione del sistema stesso in una determinata fase del suo sviluppo storico. Il *somewhere* 'diventa' così l'effetto, non la causa, dell'operare giuridico, in una sorta di demitizzazione che, se da un lato evidenzia il carattere evolutivo del sistema, dall'altro sottolinea il carattere ad esso *interno* del processo di acquisizione di scientificità della *jurisprudence*.

Più avanti Maine ritorna sul medesimo punto, anche se con movenze un po' diverse. Tra diritto romano e "the vehemently controverted topic of Codification", egli argomenta, c'è nelle menti di molti Inglesi una connessione marcata e nello stesso tempo vaga, che necessita di essere chiarita (CE, 17-18; V 361-362). Ma ciò può avvenire solo attraverso una messa a fuoco di che cosa si debba intendere per codificazione, riscattando questo termine dalla "degradation of meaning" che lo accomuna a molti altri che abitano la terra di confine tra "legal and popular phraseology". I contemporanei parlano di codificazione in due modi: il primo si riferisce alla trasformazione del diritto non scritto in diritto scritto, il secondo alla trasformazione del diritto scritto in diritto *ben* scritto ("well written"). Entrambe queste accezioni sono problematiche e una loro delucidazione è utile a chiarire il *sensu* del nesso tra diritto romano e codificazione e la sua produttività sia per una scienza, sia per una politica del diritto. Il tema della scrittura riveste ovviamente una decisiva rilevanza argomentativa per Maine, dato che la *common law* è sempre stata per la *Common Law Theory* l'esempio principe di diritto non scritto. Anche qui l'elemento della *publicity* assolve un ruolo centrale, fornendo il punto di partenza del ragionamento mainiano: il diritto è scritto, perché una pressione politica ne ha imposto l'accessibilità a "the entire society" (come sarà poi in *Ancient Law*, il caso è quello degli antichi codici: le tavole romane, ma anche le leggi draconiane, ecc.), mentre i giudici inglesi — come nell'esperienza continentale i parlamenti di *droit coutumier* — si sono, e sono stati, a lungo considerati depositari di un corpo di leggi, almeno in parte, inaccessibile. Ma, indipendentemente dai riscontri fattuali di questa rappresentazione del diritto ⁽²⁵⁾, "at length we find

⁽²⁵⁾ "But this theory, whether it had not a foundation in fact, gradually crumbled away..." (CE, 18; V, 363): Maine ne parla appunto come di una *theory*, di una modalità di rappresentazione teorica del diritto.

it clearly, though not always willingly, acknowledged that the Legislature has the exclusive privilege of declaring to be law that which is not written as a law in previous positive enactments, or in books and records of authority” (CE, 18; V, 363). L’intera amministrazione della giustizia inglese si basa infatti sull’assunto che “*all the law is declared, but the Judges have alone the power of indicating with absolute certainty in what part of it particular rules are to be founded*” (*ibidem*). In questa prospettiva, una volta venute meno le concezioni del *judicial office*, non si può più negare che anche il diritto inglese sia diritto scritto, dato che ogni proposizione giuridica deve essere rinvenuta dai giudici positivamente, e quindi, seguendo la prima accezione di codificazione, il diritto inglese è diritto codificato. Se ripercorriamo il tracciato dell’argomentazione, non è difficile individuare l’omologia tendenziale tra *publicity* e carattere *declared* della legge; ma, se la prima ci rimanda, come è noto, ai codici, il secondo ci rimanda alla *legislature*. Pur tenendo presente il piano del ragionamento, costruito a ridosso di un linguaggio spurio e di confine, è evidente che essa costituisce l’elemento centrale che permette di concludere sul carattere scritto della *common law* e non è necessario leggere nell’uso mainiano del termine alcuna particolare curvatura volontaristica per sottolineare come nel passo citato *legislature* abbia — esattamente come aveva avuto *publicity* — un carattere politico prima ancora che strettamente e direttamente giuridico: non ci riferisce tanto dello specifico della produzione e della qualificazione giuridica quanto della *forma* diritto come tale.

3. *Il codice tra scienza e riforma*

Ma prima di trarre al riguardo delle conclusioni, sarà bene seguire ancora lo sviluppo dell’argomentazione di Maine. Se per il primo significato di codificazione il ragionamento iniziava con gli antichi codici, per il secondo inizia direttamente con il codice giustiniano, poiché è dal riferimento a quest’ultimo che esso trae origine. Se codificazione è “the conversion of Written into *well* Written law”, cioè la sua ordinata sistemazione, innegabilmente il diritto inglese non è diritto codificato. Tuttavia, se si accetta di

riconoscere che si tratta di un diritto *già* scritto⁽²⁶⁾, la desiderabilità che lo possa diventare nel modo migliore e più chiaro è destinata a farsi più evidente e condivisibile, contribuendo ad affievolire le resistenze che tradizionalmente il *legal world* inglese oppone alla codificazione.

Il disegno argomentativo mainiano è chiaro: “The true question is, not whether Codification be itself a good thing, but whether there is power enough in the country to overcome the difficulties which impede its accomplishment” (CE, 19; V, 365). In questa prospettiva, Maine dà corpo progettuale alla sua precedente osservazione che “[the] Roman Law is... fast becoming the *lingua franca* of universal jurisprudence” (CE, 17; V, 361), in cui trovava sintesi la sua valutazione d’insieme delle esperienze codificatorie. La solidarietà tra *Code Napoleon* e diritto romano non poteva non essere registrata. Ai suoi occhi infatti il codice francese poteva senza forzature essere descritto come un compendio delle regole romanistiche *effettivamente* vigenti in Francia⁽²⁷⁾, depurate dalle commistioni feudali e rilette alla luce dell’interpretazione fornita “by one or two eminent French jurists, and particularly by Pothier” (CE, 15; V, 357). Se in Francia l’idea di un codice generale rifletteva la spinta politica verso una nazione una e indivisibile, la sua diffusione oltre le frontiere nazionali aveva determinato la rapida proliferazione di *legal systems* che dal diritto romano prendevano a prestito un intero *linguaggio* — la sua fraseologia, i suoi principi, molte delle sue regole —, in un processo che, quasi senza incontrare resistenze, tendeva a rendere

(26) Della *Case-law* ad esempio dirà: “It is written law, and only different from code-law because it is written in different way” (AL, 14). Ma si considerino le pp. 13-14 di *Ancient Law*, dove tale argomentazione è sinteticamente ripresa proprio al fine di differenziare radicalmente *customary law* in senso proprio, l’unica che presenti una dimensione davvero non scritta della legge, e diritto inglese.

(27) Maine punta così ad omologare i due apporti, civilistico e consuetudinario, a partire dal riconoscimento in entrambi di una comune preminenza della presenza romanistica. “Many texts of French Codes which seem to be literally transcribed from the *Corpus Juris* come from the *droit coutumier*, into which a large element of Roman Law had gradually worked its way. Those parts of Code Civil in which the Customs have been followed in points in which they differed from Roman law are chiefly the chapters which have reference to Personal Relations; but in these departments there had been, as might be expected, considerable deviations from Roman jurisprudence even in the *pays du droit écrit* (CE, 15; V, 356).

omogenei su scala continentale i vari diritti interni (“a uniformity of municipal law”), coinvolgendo inarrestabilmente situazioni assai differenti per forma politica e per sviluppo economico e civile e facendo dell'*elemento formale* l'elemento trainante del mutamento di quello sostanziale.

Se dunque nel Continente si era determinata tra diritto romano e codificazione una sorta di circolo virtuoso, ciò che si era incontrato dall'altro lato della Manica era esattamente l'opposto. Nell'Inghilterra di primo Ottocento codice e riflessione benthamiana erano indissolubilmente intrecciati sia in termini dottrinali sia negli sforzi di concretizzazione e il rimando ai progetti di codificazione approntati da Bentham, o da suoi discepoli più o meno ortodossi, era obbligato⁽²⁸⁾. Gli ostacoli in cui questi progetti si erano imbattuti avevano avuto la loro radice proprio nella povertà della fraseologia giuridica insulare, alla cui imprecisione e scarsa duttilità difficilmente potevano porre rimedio costruzioni astrattamente e artificialmente definitorie. Lungi dal poter essere la panacea, il riferimento al diritto romano si presenta come un potente solvente delle difficoltà che ancora incontra il tema di un codice inglese. Maine ha in mente soprattutto la questione, sollevata più volte dagli oppositori, dell'impossibile completezza del codice in rapporto all'interpretazione dei giudici.

È questo il caso in cui l'esperienza romanistica, appunto perché esperienza di un *reale* sistema storico e non mera sovrapposizione intellettualistica alla realtà dei processi giuridici, viene in soccorso, offrendo strumenti di sufficiente sottigliezza per la costruzione di una codificazione ragionevolmente flessibile ed aperta, ma anche

(28) Il riferimento benthamiano è in Maine netto, senza nessuna indulgenza per una considerazione per elementi 'anticipatori' che avrebbero operato in precedenza per una cultura della codificatoria all'interno della *common law*. Su *common law* e 'codificazioni' pre-illumistiche hanno voluto insistere in anni recenti WERNER TEUBNER, *Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des Englischen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974 (costruito in massima parte sui precedenti dottrinali ed estremamente povero sul dibattito tra Settecento e Ottocento) e BARBARA SHAPIRO, soprattutto in *Codification of the Laws in Seventeenth Century England*, in "Wisconsin Law Review", 1974, 2, pp. 428-465.

sufficientemente ferma da non farsi stravolgere da ciò che Bentham chiamava la “judge-made law” (29).

“A Code, like a Statute, narrows the office of the judicial expositor in proportion to the skill shown in penning it” (CE, 20; V, 367) e quindi necessita di un adeguato retroterra di nettezza e di chiarezza di significato. Anche a questo riguardo l’atteggiamento di Maine inverte ancora una volta una tradizionale posizione della *Common Law Theory*. La critica al carattere sconnesso e confuso degli *Statutes* parlamentari era infatti una delle obiezioni più ‘classiche’ alle pretese dell’intervento legislativo e tra diciottesimo e diciannovesimo secolo la sua forza di persuasione era cresciuta parallelamente alla crescita disordinata di quest’ultimo. Non è quindi difficile immaginare come essa potesse funzionare in una prospettiva anticodificatrice, fornendo argomenti alla tesi della superiorità della *common law* intesa come unico e reale elemento integratore e fondativo del diritto insulare (30). Maine ovviamente accetta la diagnosi sullo stato degli *Statutes*, rifiutandosi però di addebitarne la responsabilità strutturale al legislativo ed imputando a quella stessa cultura giuridica da cui partiva la critica lo stato di degrado, di cui gli *Statutes* erano solo un’espressione (CE, 22; V, 370, ma più in generale su questo tema 369-371).

Riforma dell’assetto giuridico e riforma della *legal education* vengono così ad incontrarsi in riferimento al diritto romano. Questo avviene su un duplice terreno. Su quello più immediatamente progettuale, Maine — proprio perché consapevole delle difficoltà che

(29) La ricezione mainiana della critica della cosiddetta legislazione giudiziale è qui evidente, anche se essa va intesa in termini non dottrinari, che continuano a lasciare uno spazio reale, seppur subordinato, al ruolo non meramente applicativo del giudice. La posizione di Maine è sostanzialmente non lontana da quella di Austin, se costui viene letto senza riduttivismi.

(30) Per un primo quadro sulla crescita del ruolo degli *Statutes*, cfr. P. STEIN, *Legislation in English Law*, in *L’educazione giuridica V, t. 2: Modelli di legislatore e scienza della legislazione* cit., pp. 279-293 (in part. pp. 283-287). Sulla difficile consistenza tra *ancient custom* e *legislation* all’interno della *Common Law Theory* e, in particolare in Blackstone, dove l’accettazione della sovranità del parlamento e del suo carattere di massima istanza giudiziaria va di pari passo con una concezione della sua attività legislativa come meramente dichiarativa e rimediabile del diritto consuetudinario, cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition* cit., in particolare pp. 14-19.

presenta per la diretta realizzabilità di un codice il lascito di *common law* — individua nell'apporto romanistico l'elemento innovatore per una nuova *jurisprudence* all'altezza dei compiti del tempo e capace di interagire positivamente con il legislativo, sull'esempio di quanto avvenuto nello Stato americano della Louisiana, dove il contributo civilistico ha saputo determinare una reale codificazione di un materiale normativo comunque segnato dalla tradizione anglosassone (V 360) ⁽³¹⁾. Ma a sua volta ciò è attuabile — ed è questo l'elemento decisivo — perché tra sistema di diritto romano ed esperienza giuridica inglese è possibile individuare sul piano scientifico una comune tendenza storica; questa non è rappresentata, come si è visto, dalla continuità dei due sistemi, ma dalla loro *tendenziale* isonomia. Anzi, più esattamente, proprio quest'ultima costituisce la loro reale continuità. In Maine, infatti, è l'elemento politico della *publicity*, già rinvenuto all'origine del diritto romano, che nella sua centralità si riaffaccia, *dopo* le trasformazioni indotte dalla cesura feudale, attraverso la sua metamorfosi nella figura altrettanto politica della *legislature*. I tre momenti centrali dell'analisi comparativa che verranno estesamente trattati in *Ancient Law*, le *fictions*, l'*equity* e la *legislation*, possono riferire così di esperienze

(31) Il caso della Louisiana è particolarmente interessante perché presenta l'integrazione di tradizioni legali diverse, essendo lo Stato, in precedenza colonia francese, recente acquisizione (1803) dell'Unione. Ma anche perché, nel corso del secondo decennio dell'Ottocento, nella produzione del codice penale e del successivo codice civile il rapporto fra *jurisprudence* e iniziativa legislativa fu strettissimo. Le codificazioni della Louisiana non sono scindibili dal ruolo decisivo di Edward Livingston, un giurista newyorkese, che vi era arrivato nel 1804. Incaricato di redigere il codice penale, di cui fu unico autore [se ne parla usualmente come del codice Livingston, cfr. ELON H. MOORE, *The Livingston Code*, in "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", 19 (1928), pp. 346-366], e responsabile di capitoli centrali, in particolare di quello sul contratto, del codice civile, viene definito da Maine "the first legal genius of modern times" (V 360). Livingston si collocava esplicitamente, anche se con originalità, all'interno dell'universo benthamiano e fu in corrispondenza con Bentham [sul punto cfr. S.H. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, in "Columbia Law Review", 78 (1978), pp. 1098-1144, specificamente pp. 1099-1106]. Successivamente segretario di stato americano sotto Jackson e ministro plenipotenziario a Parigi, fu anche autore di un codice di riforma e disciplina carceraria. Tocqueville, che pure ne criticherà l'ingegneria penale, lo ringrazia esplicitamente, unico fra i suoi interlocutori americani, nell'introduzione alla prima *Démocratie in Amerique*.

che sono lontane in termini sia di tempo, sia di materiali normativi e che sono tuttavia rapportabili reciprocamente non tanto e non solo perché singoli istituti di diritto romano sono stati *ereditati* dal diritto inglese, ma in quanto la loro presenza è indicatrice di una comune scansione di fasi di sviluppo del sistema giuridico che prende forma in un comune e determinato riferimento all'elemento politico. Su questa base, se la vicenda storica romana ha visto nel momento della sua maturità il codice giustiniano far seguito alle dodici tavole, è possibile una ragionevole congettura e un ragionevole progetto che veda far seguito alla peculiarità storica della sovranità inglese una codificazione adeguata alla maturità del diritto insulare e al riconoscimento di quest'ultima in una *jurisprudence* scientificamente rinnovata. È quindi di fronte a quella che a Maine sembra nel contempo una sfida ed un'occasione storica per il pensiero giuridico britannico che trova precisazione il *senso* del suo richiamo romanistico, come pure il ruolo che la nozione di codice assolve proprio nella sua apparente scarsa determinatezza. La necessità di un suo impiego 'a trama larga' permette infatti di farne qualcosa di più che l'oggetto di comparazione tra sistemi, proprio perché essa assicura la stessa possibilità *positiva* della comparazione. Se questo viene compreso, l'affermazione mainiana che "it is not because our own jurisprudence and that of Rome were *once* alike that they ought to be studied together — it is because they *will be* alike" perde ogni carattere di "criptic statement" e, lungi da non trovare spazio nella ricerca successiva, ne compendia invece le ragioni, anche se nella forma generosa di una previsione che alla scienza fa carico della individuazione del carattere necessario di una tendenza ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Di "criptic statement" e di "remark" "difficult to place... in the context of Maine's later theories" parla John W. Burrow nelle poche righe che dedica, sulla scorta di Feaver, a *Roman Law and Legal Education*. La mancata messa a fuoco da parte di Burrow del ruolo complessivo della nozione di sistema giuridico e del rapporto tra questo e codice sta alla base della singolare sottovalutazione del testo del '56, visto genericamente come "an interesting forerunner of *Ancient Law* in its emphasis on the historical approach to the study of law", ma non contenente nulla di particolarmente rilevante. Cfr. J.W.BURROW, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, Cambridge U.P., 1966, p. 147. Il lavoro di Burrow, che pure ha una rilevanza 'strategica' per la riconsiderazione dell'opera di Maine, sconta su questo punto una deficienza prospettica che gli deriva da una aprioristica sottovalutazione del

4. *Le mani di Sir Henry*

Anche se non *immediatamente* esposte sul terreno della propositività legale, le indicazioni dello scritto del '56 non mancheranno di lasciare un segno negli sviluppi successivi del dibattito. Negli anni seguenti, in una situazione che pure tenderà progressivamente ad essere meno sensibile ad ogni rimessa in discussione degli orizzonti della *common law*, i tentativi di riprendere la questione della codificazione del diritto insulare, portati avanti quasi esclusivamente da giuristi di scuola analitica, non potranno accantonare il nodo romanistico. Nel 1867 un poco più che trentenne Thomas Erskine Holland cercherà di riaprire la discussione sulla codificazione dalle pagine della “Edinburgh Review”, avanzando una proposta di medio periodo in cui in cinque fasi (*expurgation, sifting, 'digests', consolidation, code*) trovava articolazione lo schema progettuale di una transizione verso un codice vero e proprio. Degno di nota è che tale schema, indubitabilmente ascrivibile, come una sua versione ‘moderata’ e gradualistica, alla linea codificatoria benthamita, trovi spazio alla fine di una lunga disamina storica che, affrontando assieme, sotto forma di recensione, la ‘ricostruzione’ operata da Gustav Haenel del *Codex Theodosianus* ⁽³³⁾ e il recente codice civile del Basso Canada, ripercorreva una vicenda ‘civilistica’ che dagli antecedenti del *Corpus Juris* perveniva alle esperienze codificatorie contemporanee sperimentate nelle aree periferiche dell’Impero e nelle ex-colonie ⁽³⁴⁾. Ma lo sforzo più generoso ed accorto fu sicuramente quello compiuto da Sheldon Amos. Nel 1873, lo stesso

carattere propriamente giuridico — che viene integralmente risolto nello storico — della problematica da cui Maine muove. Simmetricamente riduttiva e fuorviante è la presentazione di Maine come di “un entusiasta divulgatore del diritto romano come scienza delle Pandette” fatta da P. STEIN nel suo recente *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge U.P., 1999, tr. it. Milano, Cortina, 2001, p. 153.

⁽³³⁾ *Codex Theodosianus: ad LIV librorum manu scriptorum et priorum editionum fidem recognovit et annotatione critica instruxit Gustavus Hänel*, Bonna, Marcus, 1837-42 (*Corpus Juris Romani Antejustiniani* 3-5).

⁽³⁴⁾ *Codification*, in “Edinburgh Review”, CXXVI (1867), pp. 347-376. Sull’insieme della produzione di Holland (1835-1926), destinato a diventare a fine secolo il più celebre studioso inglese di diritto internazionale senza tuttavia rinunciare alla concezione ‘analogica’ che a questo attribuiva la sua opzione analitica, e sul ruolo svolto dai suoi *Elements of Jurisprudence* (Oxford, Clarendon, 1880) nella costruzione di una dimen-

anno in cui il primo Judicature Act ⁽³⁵⁾, stabilendo una riorganizzazione complessiva del sistema delle corti, contribuiva in misura considerevole alla crescente marginalizzazione del tema codificatorio nel dibattito insulare, Amos pubblica *An English Code. Its difficulties and the modes of overcoming them* ⁽³⁶⁾, un testo fitto e stratificato che, con il sottotitolo programmatico di *A Practical Application of the Science of Jurisprudence* — vale rammentare che l'anno prima aveva dato alle stampe *A Systematic View of the Science of Jurisprudence* ⁽³⁷⁾ —, organizzava attorno ad uno scheletrico, ma denso e assai articolato, schema di codice una nutrita serie di materiali argomentativi a favore di una codificazione unitaria del diritto inglese, inclusiva del diritto costituzionale (*Constitutional Law*). Amos lavora indubbiamente ad una riproposizione dell'idea di codice che s'intende apertamente inscritta in una rivendicata *ortodossia* benthamiana, ma nell'insieme del suo lavoro evidente è lo sforzo di un confronto non di circostanza con i propugnatori della 'complicazione' romanistica e in particolare con i testi mainiani — non solo con *Ancient Law*, ma anche con *Roman Law and Legal Education*. Sembra anzi che la particolare angolatura del volume di Amos quasi forzi momenti specifici di *Ancient Law* nella prospettiva dello scritto del '56, intendendoli come diretti sviluppi, anche in senso *tecnico*, di quest'ultimo.

Se nell'ampia sezione che introduce lo schema di codice il nome

sione propriamente accademica della teoria giuridica, si veda il cap. VI del volume di RICHARD A. COSGROVE, *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York, New York U. P., 1996 (in particolare sullo scritto del '67, pp. 153-154).

⁽³⁵⁾ "The three chief results of the Judicature Acts, 1873-75, were the establishment of a single Supreme Court in which jurisdiction of the various existing superior courts was concentrated; the concurrent administration in this new court of the rules of law and of equity; and lastly, the framing of a uniform code of procedure applicable to most civil proceedings in the new court", G.R.Y. RADCLIFFE-G. CROSS, *The English Legal System*, London, Butterworths, 1937, p. 279 (ma si veda tutto il capitolo XVII). Il Judicature Act del 1873 decretava originariamente la fine delle funzioni giudiziali attribuite alla House of Lords; questa parte tuttavia non ebbe mai esecuzione e in seguito venne ritirata di fronte a svariate opposizioni, non ultima quella del mondo forense.

⁽³⁶⁾ London, Strahan & Co., 1873. Ma di S. AMOS (1835-1886) si consideri anche il capitolo sulla codificazione, l'ottavo, del suo *The Science of Law*, pubblicato l'anno successivo, London, H.S. King, 1874.

⁽³⁷⁾ London, Macmillan, 1872.

di Maine ricorre esplicitamente nell'iterata affermazione di un prudente tasso di compatibilità tra approcci di per sé diversi come quello storico e quello analitico, una lettura più ravvicinata permette di cogliere lasciti ed influenze più profondi e meno scontati. Ad esempio, rivelatore è l'utilizzo dell'analogia con i percorsi della distinzione romana tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* nella trattazione delle difficoltà codificatorie che incontra la distinzione, così tipicamente inglese e distante dalla civilistica continentale, tra *personalty* e *realty*, come anche il modo in cui Amos imposta la questione dell'integrazione tra codice e *statutes* in rapporto allo strutturarsi dei diversi momenti del lavoro codificatorio ⁽³⁸⁾.

L'elemento di maggiore attenzione va tuttavia reperito nell'appendice dedicata a *The modern Study of Roman Law in England, as affecting the Question of Codification*. In queste pagine Amos individua nel superamento dell'antiromanismo di Bentham — di cui pure indugia a riconoscere le ragioni nella necessaria priorità assegnata alle dimensioni critica e logica e nel rifiuto di seguire passivamente l'esempio delle esperienze europee — una vera e propria seconda fase del rapporto tra diritto romano e iniziativa codificatoria da ascrivere ovviamente all'influenza della pressoché contemporanea pubblicazione delle *Lectures* postume austiniane e di *Ancient Law* di Maine, rispetto alle quali la priorità è apertamente e con forza attribuita allo scritto del '56 di quest'ultimo.

È un punto su cui vale la pena attardarsi un momento. “The first most notable landmark is undoubtedly the Essay of Sir Henry Maine, contributed to the “*Cambridge Essays*” for 1856, on “Roman Law and Legal Education”... It is probable that Sir Henry Maine's Cambridge Essay, followed by his Work on Ancient Law, have more directly told upon the study of Roman Law than the more implicit advocacy of that study conveyed in the less popular Works of Mr. Austin”. Amos distingue, e non potrebbe non farlo, la diversa natura dell'impulso all'opera nei due autori, “in spite of all the formal similarity or even Logical identity of the points of view selected by the two jurists”. Per quanto Austin non sottovaluti il valore di una chiara comprensione del significato e d'altra parte Maine non tra-

⁽³⁸⁾ *An English Code* cit., pp. 25-30 per il primo punto e p. 78, e più generalmente pp. 71-86, per il secondo.

scuri il valore di precise e logicamente coerenti terminologia e classificazione — caso, formazione o temperamento hanno voluto che i due imboccassero strade diverse: indagine storica e dialettica giuridica sono cose differenti e tali devono restare. Amos richiama la diversità dei tempi e dei contesti culturali, sempre più chiaramente comprensibili con il trascorrere degli anni, ed evoca la ripresa degli studi storici, l'incremento dell'attitudine comparatistica dovuto allo sviluppo delle scienze, il crescente interesse verso popoli diversi, antichi o primitivi: argomenti ragionevoli, destinati a diventare luoghi comuni storiografici, ma non perciò meno veri. Si sente tuttavia in dovere di un avvertimento, che è anche il sintomo di un'irrisolutezza: "So far this tendency is originated and guided by minds like that of Sir H. Maine himself, it is likely to operate in a direction wholly beneficial... But in other hands than those of men possessed of a capacity resembling that of Sir H. Maine, there is a serious and already apparent danger lest the study of Roman Law become nothing more than a field for a display of Classical attainments or of historical ingenuity" (39). Altre mani da quelle di Maine: cosa Amos intendesse, lo si capisce chiaramente. Ma cos'erano le *mani* di Henry Maine?

5. Historische Schule

Quale ruolo abbia giocato nella formazione di Maine la *Historische Schule* è un problema che è legittimo sollevare, ma che è probabilmente irrisolvibile. L'insistenza di molta letteratura anglosassone nel trovarvi un diretto antecedente del programma di ricerca mainiano presenta sicuramente elementi carichi di forza evocativa, ma che puntualmente si arrestano quando si cerchino connessioni stringenti (40). La produzione scientifica della romanistica tedesca, e

(39) *Ibidem*, p. 190-191, ma si considerino tutte le pp. 180-198.

(40) L'affermazione di Paul Vinogradoff che vede in Maine "the English disciple of Savigny" e un'influenza di quest'ultimo e di Puchta nella stesura di *Ancient Law* (Cfr. P. VINOGRADOFF, *The Teaching of Sir Henry Maine* (1904), ora in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, vol. II (Jurisprudence), Oxford, Clarendon Press, 1928, pp. 173-189) non trova riscontro testuale e non le è, probabilmente, estraneo un errore autoprospectico derivante dalla ricerca di una simmetria generazionale nelle vicende della storiogra-

in genere di quella continentale, è sicuramente presente a Maine in misura ‘tecnicamente’ sufficiente, anche se non gli sono attribuibili approfondimenti o innovazioni in questo senso. Se i programmi dei corsi indicano le opere di Thibaut e di Puchta e mostrano una certa familiarità con il Savigny del *Besitz* ⁽⁴¹⁾, tuttavia i riscontri testuali offerti da *Ancient Law*, testo affatto parco di riferimenti, non vanno oltre due citazioni savigniane a proposito di proprietà, possesso e prescrizione, usate in rapporto a Blackstone (*AL*, 254 e 290-291), cui si affianca un riferimento alla documentata permanenza medievale delle forme dell’antico testamento mancipatorio (*AL*, 214). In effetti “*Ancient Law* solo in parte appare riflettere e recepire tematiche e orientamenti della scienza giuridica europea contemporanea” e “gli stessi accostamenti, insistentemente fatti più tardi, ... sono forse più

fia giuridica tra Germania e Inghilterra. Sulla medesima linea interpretativa muovono, con scarsa autonomia, anche le pagine dedicate a Maine da KLAUS DOCKHORN in un volume per altri versi non privo di interesse, *Der Deutsche Historismus in England. Ein Beitrag zur Englischen Geistesgeschichte des 19. Jahrhunderts*, Göttingen, Vanderhök u. Ruprecht/Baltimore, John Hopkins, 1950, pp. 172-177. (Sulla diversa attitudine di Vinogradoff e di Maitland rispetto all’eredità mainiana e sulla problematica disciplinare ad essa connessa mi permetto di rinviare a MARIO PICCININI, *Avventure dell’anacronismo. Storia giuridica, jurisprudence e concettualità politica in F.W. Maitland*, in GABRIELLA VALERA (ed.), *Le forme della libertà. Categorie della razionalizzazione e storiografia*, Lothian Foundation Press, London, 2000, pp. 229-241). Considerazioni analoghe devono essere avanzate a proposito di un’ipotetica connessione tra Maine e il Jhering del *Geist des Römischen Rechts* — completato solo nel 1858 —, proposta sia da Carleton Allen, sia da Hermann Kantorowicz, senza fornire riscontri specifici e senza tenere conto di come gran parte della ricerca mainiana avesse sostanzialmente già preso forma nel corso degli anni ’50. Cfr. CARLETON KEMP ALLEN, *Introduction* alla *World’s Classics Edition* di *Ancient Law*, Oxford, Oxford U.P., 1931, p. xiii e H. KANTOROWICZ, *Savigny and the Historical School of Law*, in “*Law Quarterly Review*”, LIII (1937), pp. 326-343, in particolare p. 333. Più equilibrato sul punto Burrow nel suo *Evolution and Society* cit., pp. 142-143. Di sicuro tra il testo mainiano e il *Geist* di Jhering c’è più di una concordanza di giudizio e anche una qualche comune sensibilità, ma ciò non consente di valicare la sostanziale diversità di impianto delle due opere.

(41) La sesta edizione del capolavoro giovanile di Savigny *Das Recht des Besitzes* (Giessen, Heyer, 1803) era stata tradotta in inglese da SIR ERSKINE PERRY (*Treatise on Possession; or, the Jus Possessionis of the Civil Law*, London, Sweet, 1848), ma le sue principali tesi erano comunque didatticamente disponibili in buona parte della manualistica, ad esempio nei manuali di Ferdinand Mackeldey e L.A. Warnkönig, diffusissimi in Inghilterra come in tutta Europa e utilizzati anche da Maine nei corsi al Middle Temple (vedi Appendice).

mediati di quanto sovente si sia pensato” (42). Ciò che invece può essere a questo riguardo più nettamente definibile è la implicita posizione di Maine rispetto al dibattito ‘classico’ che agli inizi del secolo aveva opposto l’opzione antiromanistica e codificatoria di Thibaut a quella romanistica e anticodificatoria di Savigny. Se i termini della polemica sulla codificazione erano ormai, per varie ragioni, diventati inattuati in Germania, il crescere di una corrente che nella *jurisprudence* britannica dava sempre maggiore rilevanza alla legislazione (43), offriva alla prospettiva a favore del codice un’occasione priva di precedenti e che non si ripeterà nemmeno in seguito. In questo orizzonte, Maine trova nella scienza giuridica romana un modello di discorso scientifico sul diritto che rende possibile una cultura *per* la codificazione. Da questo punto di vista, Maine è con Savigny contro Thibaut sul versante della scienza, ribaltandone però le conclusioni sulla codificazione.

Più generalmente, Maine sembra rovesciare la posizione di Savigny, radicalizzandone l’istanza romanistica: se per Savigny il problema era quello di affermare il carattere non artificiale della *Rezeption* del diritto romano da parte dei popoli germanici e dimostrare come questa fosse servita a soddisfare bisogni e dare espressione a tendenze ad essi intrinseci (44), per Maine si tratta di mostrare il diritto romano come scena privilegiata di connotazione

(42) Così LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry S. Maine e l’Ancient Law*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico”, 10 (1981), p. 100, ma vedi anche p. 102. Il saggio di Capogrossi Colognesi, ora ricompreso nell’importante volume *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell’800*, Roma, La Sapienza editrice, 1994², è indubbiamente il migliore studio a tutt’oggi disponibile della storiografia romanistica mainiana.

(43) Straordinario documento di questa tendenza è la voce *Legislation* — per dimensione e sviluppo un vero e proprio saggio — della settima edizione della *Encyclopædia Britannica*, (Edinburgh, 1842, vol. XIII, pp. 166-202), redatta da WILLIAM EMPSON, che denota una assoluta contemporaneità del dibattito britannico a quello continentale. Empson (1791-1852) aveva insegnato “polity and the laws of England” all’East India College di Haileybury, dove era stato in stretti rapporti con Malthus, e annoverava una più che ventennale collaborazione alla *Edinburgh Review*, di cui sarebbe diventato *editor* nel 1847.

(44) Il riferimento è alla *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, su cui si vedano le pagine di GIULIANO MARINI nel suo *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978, pp. 130-134.

di quel movimento che contraddice il carattere statico della stragrande maggioranza delle aggregazioni umane e, sull'asse comparativo, come tipo compiuto ed elemento consustanziale per l'area che egli definisce progressiva. La nozione di codice è dunque decisiva e, al di là del sottolineare meramente un'opzione di politica del diritto, costituisce uno dei momenti irrinunciabili della riflessione teorica su di esso. Per quanto sia erroneo sottovalutare l'attenzione prestata da Savigny al rapporto tra diritto e legislazione⁽⁴⁵⁾, Maine assume una linea di pensiero impensabile per il giurista tedesco sul problema centrale del rapporto tra politico e giuridico. Questa risulta evidente ancor più che nella riflessione sulla storia del diritto e della giurisprudenza romani, dove un certo parallelismo sembra affiancare i due autori, nell'immagine che essi hanno della realtà *moderna* del diritto e dello Stato. In Savigny infatti l'aspetto tecnico del diritto tende sempre a prevalere su quello politico ed è lungo questa linea che il tema della codificazione immatura si risolve in quello della codificazione 'impossibile': il diritto non dipende e non può dipendere dal politico e, fatta salva la sua positività, esso non trova nel primo che un espediente, in qualche modo 'naturale', della sua effettualità⁽⁴⁶⁾.

Diverso è l'orizzonte di Maine, in cui il senso dei processi storici non presenta mai alcunché di *volksgeistlich*⁽⁴⁷⁾. Ancora nel 1874, nel

⁽⁴⁵⁾ Il rapporto tra scienza e legislazione è presente particolarmente nel testo giovanile della *Juristische Methodenlehre*, al cui interno *Rechtswissenschaft*, *Jurisprudenz* e *Gesetzgebungswissenschaft* sono termini pressoché equivalenti. Al riguardo, cfr. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny* cit., pp. 52-71, in particolare pp. 62-63, oltre che il precedente lavoro dello stesso autore, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.

⁽⁴⁶⁾ Si vedano a questo riguardo le convincenti pagine di MAURIZIO FIORAVANTI nel suo *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 20-39, in particolare pp. 34-35.

⁽⁴⁷⁾ Coglie chiaramente questo punto, anche se forse con qualche semplificazione, ICILIO VANNI nel suo *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona, Donato Tedeschi e figlio editori, 1892, p. 22: "Il Maine, ben diverso in questo dalla scuola storica dei giuristi tedeschi, non ha creduto che il fenomeno 'evolutivo del diritto' fosse spiegato riferendolo allo spirito del popolo e alla sua coscienza giuridica. Non solo questi concetti sono vaghi e vaporosi, ma rischiano di divenire una vera e propria astrazione metafisica, qualora non si risolvano negli elementi componenti e nelle forze determinanti. Il Maine invece è rimasto nel campo della realtà;

testo della tredicesima delle *Lectures on the Early History of Institutions*, proprio laddove un'ampia letteratura è solita indicare l'apogeo della sua polemica antiaustiniana, Maine ribadirà una convinzione che, con diversità di accento e non senza variazioni discorsive, è sicuramente presente nella strutturazione del programma di ricerca che si era assegnato fin dagli anni '50: "Sovereignty and Law" — egli scrive — "regarded as facts, had only gradually assumed a shape in which they answered to the conception of them formed by Hobbes, Bentham and Austin, but the correspondence really did exist by their time, and was tending constantly to become more perfect" (EI, 397). Questo ovviamente pone sotto una diversa luce tutta la questione delle fonti giuridiche e, se solo si pensa al rilievo che assume in Maine il concetto di *tendenza* in rapporto alla definizione della maturità di un sistema giuridico, diventa improponibile la sua interpretazione nei termini di un *generico* riferimento alla positività del diritto. L'elemento politico è più del legislativo, anche se nell'esperienza inglese di *non* divisione dei poteri coincide con esso, e in tale ottica il giuridico tende, come sovente accade anche nella analitica mainiana, a considerarlo.

La lettura che Maine fa dell'esperienza giuridica moderna non significa tanto un'adesione alla teoria austiniana della sovranità e dell'imperatività della legge, quanto, come si cercherà di argomentare, una sua *assunzione determinata*, che tuttavia non manca di informare l'insieme dell'approccio mainiano e di interagire sugli strumenti che egli utilizza per quella storia *non* moderna che della modernità costituisce il *discontinuo* antecedente. La logica dell'isonomia tra diritto romano e diritto inglese, il parallelo tra codice e *legislature*, se esplicitamente rifiutano ogni antistorica annessione di situazioni *toto caelo* differenti, forniscono indicazioni che vanno in

egli analizza il processo psico-sociale nelle sue determinazioni concrete, cerca che cosa effettivamente abbiano sentito e pensato gli uomini, dei quali si vogliono spiegare le concezioni etico-giuridiche". Sul quadro intellettuale entro cui prende forma questo giudizio si veda GIULIANA D'AMELIO, *Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 3/4 (1975-1976), pp. 431-455. Una discussione — a volte eccessivamente simpatetica — del libro di Vanni su Maine è in SILVIO PEROZZI, *Gli studi di H. Sumner Maine e la filosofia del diritto. A proposito di una pubblicazione recente* (1892), ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 707-726.

senso certamente diverso da quelle della *Historische Schule*. Se da questa con ogni probabilità Maine ha tratto parte dei suoi materiali storici, il suo approccio teorico alla storia del diritto trova come *proprio* problema la storicizzazione di un assetto concettuale che è sostanzialmente diverso. Non casualmente Maine, rimarcando una precisa distanza rispetto ai precedenti *Readers*, nel programma del corso del '53 colloca al primo posto tra i testi di cui raccomanda la conoscenza e di cui intende fare uso, la *Province* austriana, seguita da una ragionevolmente ampia selezione di testi, da Warnkönig a Puchta a Lerminier, ed accanto all'edizione Dumont delle opere di Bentham ⁽⁴⁸⁾.

6. *Una promessa mancata: l'ombra di Vico*

Prima però è opportuno indugiare su una presenza nell'immaginario mainiano che è egualmente problematica e tuttavia presenta profili autonomi da quella della *Historische Schule*. È la presenza di Giambattista Vico.

Anche sulla sola base del riscontro testuale, il concorso vichiano alla definizione del quadro ideativo che presiede *Ancient Law* è sicuramente più di una ragionevole supposizione. Troppi sono i momenti dell'opera del '61 che nella loro configurazione evocano un raffronto con l'autore della *Scienza Nuova* perché si possa pensare a un mero coincidere di temi e di figure discorsive. Il problema è che, se il ruolo di Vico appare indubbio e persino irriducibile a momento tra gli altri di un non meglio precisato retroterra formativo, la sua determinazione resta una sorta di promessa mancata. Nei corsi tenuti al Middle Temple infatti Vico tiene la posizione del tutto peculiare dell'unica, per quanto appartata e contratta, trattazione monografica. All'interno del prospetto delle lezioni in programma per il primo *term* del 1854 Maine annuncia che, esaminata la definizione dello *status* ed analizzate le implicazioni di lunga durata per il discorso giuridico delle caratteristiche delle società primitive, la sua attenzione si sarebbe rivolta "On the Theory of Social Progress originated by G.B. Vico and on the Evidence for and

(48) *The Law Times*, no. 553 Nov. 5 1853, p. 65 col. 2.

against it afforded by the History of Law of the Persons” (49). L’argomento occupa quindi una collocazione di rilievo, costituendo nella concatenazione didattica il momento di accesso alla considerazione del rapporto tra diritto delle persone e organizzazione politica romana e, di conseguenza, alla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, che della riflessione mainiana costituisce uno dei nuclei centrali. La forma stessa dell’enunciazione sembra voler alludere ad un confronto meditato, persino definitorio, con il filosofo partenopeo, tanto che si dichiara di volerne ponderare punti di forza e debolezze. In seguito tuttavia nulla rimanderà a tale momento delle lezioni. Il nome di Vico letteralmente scompare: nell’opera del ’61, come pure in quelle successive, né un riferimento, né una citazione saranno reperibili. Che proprio l’apparente conclusività della formulazione del ’54 prelude alla successiva esclusione, è ipotesi non priva di suggestione, ma che difficilmente può trovare una verifica affidabile. Più credibile suggerire che nella fase posteriore alle lezioni il ‘confronto’ con Vico sia tutto consumato all’interno dello sviluppo dell’indagine, speso senza resti nella costruzione mainiana del *proprio* percorso interpretativo (50). Ma, al di là delle molte suggestioni e di pochi nuclei chiaramente identificabili, non si può non riconoscere che l’insieme del tracciato resta sfuggente e scarni sono gli elementi in grado di offrire una determinazione sufficiente di *quanto* estesa e approfondita fosse la conoscenza di Vico da parte di Maine e di *quali fonti* potesse essa avvalersi (51).

(49) *The Law Times*, no. 563 Jan. 14 1854, p. 160 col. 2.

(50) Un cenno indiretto in questo senso è nel recente, valido contributo di GENNARO CARRILLO, *Vico. Origine e genealogia dell'ordine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 410 n.

(51) Il riferimento a Vico, se ha qualche riscontro nella letteratura mainiana, è sempre stato condotto per linee estrinseche e con scarsa incidenza sulla definizione stessa dello *status quaestionis*. Così, ad esempio, R.H. MURRAY nel saggio dedicato a Maine (*Sir Henry Maine and the Comparative Historical Method* (pp. 48-97) nel secondo volume dei suoi *Studies in the English Social and Political Thinkers of the 19th Century* (Cambridge, Heffer, 1929) — un’opera che nel suo complesso merita ancora di essere tenuta presente — si limita a collocare Vico nella genealogia dell’approccio storicista, mentre Cocks, che pure prende nota della presenza di Vico nel prospetto dei corsi al Temple, non va oltre un generico confronto con l’approccio storico mainiano, impiegando come termine di paragone le prestazioni storiografiche di I. Berlin, cfr. R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine* cit., pp. 205-7.

Denis Caulfield Heron segnalava, all'inizio del lungo paragrafo dedicato a Vico nella sua *An Introduction to the History of the Jurisprudence*, la scarsa presenza editoriale dell'opera vichiana sulla scena anglosassone, specie se confrontata con quella degli altri paesi europei: "Mr. Coleridge, in his Introduction to the Study of the Greek Classic Poets, has translated the third book of the *Scienza Nuova*, which treats of the discovery of the true Homer. With this exception no part of Vico has hitherto been translated into English" (52). È un giudizio di fatto, che rischia nondimeno di essere fuorviante, qualora dal piano meramente editoriale venga trasposto a quello intellettuale e culturale, dove il quadro è decisamente più complesso e stratificato e presenta una pluralità di accessi di cui è opportuno tenere conto (53). Una penetrazione importante dell'opera vichiana, solo inizialmente mediata dalla cultura tedesca, si era data sin dai primi decenni del secolo, in particolare tra i

(52) D.C. HERON, *An Introduction to the History of the Jurisprudence*, London, Parker, 1860, p. 544. Il volume di Heron (1824-1881) costituisce un'estesa rassegna, di carattere essenzialmente e dichiaratamente compilativo e parafrastico, della storia del pensiero giuridico, dalla giurisprudenza antica fino ai più recenti sviluppi dottrinali (l'opera termina con capitoli rispettivamente su Bentham e su Savigny), cui è stata premessa una prima parte (*Principles of Jurisprudence*, ristampata in seguito autonomamente, London, Longman, 1873) di carattere introduttivo e più teorico, dove il diritto è considerato in rapporto all'articolazione disciplinare e storica delle *social sciences* e al cui interno trova spazio lo spettro delle competenze di Heron, dall'etica alla fiscalità all'economia politica. Anche se farraginoso e a volte contraddittorio, il testo di Heron, che si avvale di un'inusuale, anche se non sempre meditata, conoscenza della letteratura continentale, è degno d'attenzione per un tentativo non privo di originalità d'ibridare filiere culturali e dottrinali diverse mirante a ricomporre sul terreno della considerazione storica la divaricazione tra *natural law* e *positive law*. Heron, un irlandese cattolico, che proprio perché tale si vide rifiutare una *fellowship* al Trinity College di Dublino, insegnò economia politica a Galway e fu per qualche tempo deputato di Tipperary (cfr. J.S. CRONE, *A Concise Dictionary of Irish Biography*, Dublin, The Talbot Press, 1928, p. 94). Nella sua passione per la storia del diritto egli esprime un punto di vista che, di là da qualche assonanza, è sicuramente decentrato rispetto al dibattito prevalente nel *legal world* inglese. In tal senso non risultano convincenti né il parallelo con Maine argomentato, pur con misura, da COCKS, *Foundations* cit., pp. 107-8, né la collocazione all'interno della messa in discussione a metà secolo della distinzione tra morale e diritto che gli assegna MICHAEL LOBBAN, *Was there a Nineteenth 'English School of Jurisprudence'?*, in "Journal of Legal History", 1 16 (1995), pp. 33-62.

(53) Lo testimonia ad esempio l'apparizione nel secondo ed ultimo volume di *The Philological Museum* (1833, pp. 626-649) — una rivista di Cambridge di vita breve, ma

cosiddetti *Liberal Anglicans*, tanto che ci si può forse spingere a parlare nel caso di costoro di un vero e proprio ‘vichismo’ inglese ⁽⁵⁴⁾. Autori come Thomas Arnold, Richard Whateley, Henry Hart Milman, Julius Charles Hare e Connop Thirlwall — traduttori questi ultimi due della *Römische Geschichte* di Niebuhr ⁽⁵⁵⁾ — avevano trovato in Vico la risposta a un’intima insoddisfazione di natura religiosa e filosofica nei confronti della settecentesca storiografia di matrice razionalistica, sviluppando una lettura della *Scienza Nuova* tutta centrata sull’asse provvidenza divina/finitezza della storia umana. Interessati nella maggior parte dei casi alla storia antica e a quella ecclesiastica, essi costituivano, pur non senza peculiarità di gruppo e individuali, un versante storiografico di quel ‘romanticismo’ che nella cerchia riunitasi attorno a Coleridge aveva il proprio punto di gravità. L’interesse dell’ambiente coleridgeano per Vico fu certamente vivo, tanto che proprio il nipote e poi genero di Samuel Coleridge, Henry Nelson, realizzerà una *Translation of the Third Book of Vico’s “Scienza Nuova” on the Discovery of true Homer*, includendola nella sua *Introduction to the Study of the Greek Classic Poets. Designed Principally for the Use of Young Persons at School and College* ⁽⁵⁶⁾ — il testo appunto richiamato da Heron —, che in forza del suo carattere manualistico conoscerà una certa diffusione e sarà più volte ristampato. È più che verosimile che il volume fosse noto a Maine, di cui va ricordata la formazione classicistica negli anni di Cambridge.

di buon respiro cosmopolita —, di un’ampia nota, intitolata appunto *Vico*, che, lamentando l’ignoranza dell’autore italiano presso il pubblico inglese, ne forniva una ragionevolmente completa presentazione.

⁽⁵⁴⁾ Fondamentale al proposito resta il lavoro di DUNCAN FORBES, *The Liberal Anglican Idea of History*, Cambridge, Cambridge U.P., 1952. Per una loro sintetica collocazione nel più ampio quadro del pensiero storicistico ottocentesco si veda sempre di FORBES, *Historicism in England*, in “Cambridge Journal” IV no. 7 (1951), pp. 387-400, che discute tra l’altro il lavoro di Dockhorn sopra citato.

⁽⁵⁵⁾ G.B. NIEBUHR, *The History of Rome*, Cambridge, Taylor, 1828-42.

⁽⁵⁶⁾ London, Murray, 1834² (la prima edizione, meno estesa, è del 1830). Nella seconda parte del volume H.N. COLERIDGE incorporava nella propria trattazione della questione omerica le argomentazioni della letteratura continentale in una sorta di antologia critica al cui interno il maggior risalto era dato appunto al filosofo napoletano. Cfr. sul punto F.M. TURNER, *The Greek Heritage in Victorian Britain*, New Haven, Yale U.P., 1981, pp.154-155, ma più in generale sulle letture vittoriane di Omero pp. 135-186.

Sarebbe tuttavia erroneo isolare su tale versante l'interesse in Inghilterra per Vico, specialmente dopo che alla riscoperta veicolata dalla *Geschichte* di Niebuhr e dalla traduzione tedesca di W.E. Weber si era affiancata in Francia quella di Jules Michelet e che l'edizione curata da Giuseppe Ferrari a partire dal 1835 delle *Opere* ⁽⁵⁷⁾ aveva fornito un supporto anche lessicale alla comprensione della difficile scrittura vichiana ⁽⁵⁸⁾. Al polo opposto di ciò che accomunava anglicani liberali e coleridgeani un'esplicita considerazione per alcuni momenti del pensiero vichiano è riscontrabile in un autore come George Grote, la cui immagine di esponente del radicalismo era negli anni '30 seconda solo a quella del giovane Mill. Annoverato da Arnaldo Momigliano tra "i tre più grandi storici antichi del diciannovesimo secolo" ⁽⁵⁹⁾, Grote era autore di un'ampia *History of Greece*, un progetto che l'aveva assorbito, con lo scemare del coinvolgimento politico più diretto, per circa un quin-

⁽⁵⁷⁾ *Opere di Giambattista Vico ordinate e illustrate coll'analisi storica della mente del Vico*, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1835-36. Oltre che nel saggio contenuto nel primo dei sei volumi delle *Opere*, lo studioso italiano continuerà ad occuparsi di Vico anche negli anni parigini: JOSEPH FERRARI, *Vico et l'Italie*, Paris, Eveillard, 1839. Il tardo Maine, pur senza un diretto riferimento al suo ruolo di studioso di Vico, mostrerà di avere buona conoscenza di Ferrari, in particolare dei lavori sulla storia e sulle dottrine politiche italiane di prima età moderna, cfr. *IL*, 15. Della vasta letteratura su Ferrari vale segnalare, su versanti diversi, il volume di ARDUINO AGNELLI, *Il diritto secondo Ferrari*, Padova, CEDAM, 1958 e il saggio di CLAUDE LEFORT, *La révolution comme principe et comme individu* in Id., *Essais sur le politique, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, 1986, pp. 162-177.

⁽⁵⁸⁾ "His Italian" — scriveva Heron della lingua di Vico — "is only a Neapolitan dialect united with the Latin — a language at the first glance difficult except for a Latin scholar and a native of Naples... For these reasons Vico has been little read in Italy. Ferrari, in 1836, has published the first complete edition of the works of Vico. This is accompanied by notes explanatory of the text. It has been remarked on these notes, that we may now read Vico without comprehending him; but before M. Ferrari it was sometimes impossible to decipher his works", *An Introduction* cit., pp. 543-44.

⁽⁵⁹⁾ "Anche nel diciannovesimo secolo, quando la storia venne insegnata dappertutto, gli storici migliori furono raramente professori di storia. I tre più grandi storici antichi del diciannovesimo secolo furono Niebuhr, impiegato statale di grado elevato, Grote, banchiere, e Mommsen, professore di diritto", A. MOMIGLIANO, *Tra storia e storicismo*, Pisa, Nistri-Lischi, 1985, p. 60. Per un primo inquadramento della figura di Grote (1794-1871) resta fondamentale A. MOMIGLIANO, *George Grote and the Study of Greek History*, London, Lewis and Co., 1952, poi nel primo *Contributo allo studio della storia degli studi classici*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1955, pp. 213-231.

dicennio e il cui risultato in dodici volumi aveva soppiantato indiscutibilmente l'autorità delle precedenti prestazioni storiografiche di Mitford e di Thirlwall ⁽⁶⁰⁾. Di Vico Grote mostra una conoscenza di prima mano — non solo della *Scienza Nuova* del 1744, ma anche del *De Uno Universi Juris Principio et Fine Uno*, riferiti entrambi secondo l'edizione ferrariana — che si concentra principalmente nella prima parte dell'opera (*The Legendary Greece*), soprattutto in rapporto all'interpretazione della natura del mito. Se per lui Vico non può apparire che come uno studioso appartenente ad una diversa e ormai tramontata generazione, che con le fonti intrattiene un rapporto filologicamente e storicamente spesso ancora fragile, il suo insistito apprezzamento per l'originalità e l'intelligenza della posizione vichiana è sincero, tanto da inserire nel capitolo decisivo sui *Grecian Mythes, as understood, felt and interpreted by the Greek themselves* — che è, anche, una vera e propria messa a punto dello *state of art* della contemporanea mitologia scientifica — ben quattro pagine di citazioni (verranno ridotte a due nelle edizioni successive alla prima) da *Della Metafisica Poetica* a proposito dell'analogia tra primi stadi della civiltà e infanzia degli individui e dell'impossibile riappropriazione immaginativa delle modalità di pensiero dell'età mitopoietica ⁽⁶¹⁾. Sono temi — non i soli — su cui l'interesse di Maine per Grote è noto. La sua *History of Greece* ⁽⁶²⁾ assolverà — come si avrà modo di vedere più avanti — un ruolo importante

⁽⁶⁰⁾ Sul punto, oltre alle pagine che a Grote dedica F.M. TURNER nel suo *The Greek Heritage* cit., pp. 213-234, si veda il sintetico quadro offerto da CARMINE AMPOLO nel suo *Storie greche. La formazione della moderna storiografia sugli antichi greci*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 57-64, che insiste sulla discontinuità introdotta dall'opera grotiana nella storiografia britannica.

⁽⁶¹⁾ “C'è, indubbiamente, un 'vichismo' di Grote; e oserei dire che questo grotiano è il capitolo più interessante, anche se meno noto, del 'vichismo: il processo d'intendimento dei miti greci è, secondo Grote, 'not every easy, since it requires us to adopt a string of poetical facies not simply as realities, but as the governing realities of the mental system: yet a process which would only reproduce something analogous to our own childhood'. Solo uno spirito largamente influenzato dalle idee di Vico poteva scrivere quelle pagine. L'interpretazione vichiana del mito, non ricordata da Niebuhr e da Mommsen, ebbe dunque il suo pieno riconoscimento in Grote, questo massimo fra gli storici inglesi dell'Ottocento, nel 1846”, così icasticamente SANTO MAZZARINO in *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli, Guida, 1971, pp. 38-39 (ma si veda anche p. 44).

⁽⁶²⁾ London, Murray, 1846-56. L'opera consiste di dodici volumi.

nell'immagine mainiana dell'antico, restando un punto di riferimento costante nel corso di tutta la sua attività scientifica, anche se nell'articolare il rapporto mito/storia il suo approccio non sempre coinciderà con quello di Grote. Nella *Rede Lecture* su *The Effects of Observation of India on Modern European Thought*, tenuta alla University of Cambridge nel 1875, sottolineando il grande impatto della definitiva cognizione del sanscrito e della conseguente acquisizione di una base scientifica per la mitologia comparata, Maine come contemporaneo termine di paragone richiamerà proprio la grande emozione della comunità scientifica dinanzi alla "original publication of Mr. Grote's *History* and... his discussion of the real relation which Greek fable bore to the Greek thought" (V, p. 208).

La considerazione del contesto, se dunque fornisce elementi che corroborano quanto già assunto, non dirime la questione e in particolare non aiuta a focalizzare gli aspetti più propriamente storico-giuridici della ricezione mainiana di Vico. L'idea che quest'ultima possa prescindere resta tuttavia, pur su un piano che non riesce pienamente ad emanciparsi dalla congetturalità, poco convincente. Un Maine che abbia guardato principalmente alla dimensione immaginativa della metafisica vichiana della storia — e proprio per questa ragione, per un'opzione cioè di *scientificità*, abbia dismesso ogni riferimento al suo autore, recuperandone silenziosamente singoli elementi — è un'ipotesi accattivante che coglie tuttavia solo un aspetto della questione. Un suggerimento indiretto viene da una considerazione di Capogrossi Colognesi a proposito di Pietro Bonfante, il romanista italiano che maggiormente recepì, pur discostandosene spesso negli esiti, le suggestioni dell'insieme della lezione mainiana. Partendo dalle innumerevoli citazioni vichiane presenti nell'opera di Bonfante, Capogrossi avanza l'ipotesi che il rapporto con Vico "potrebbe essere una chiave preziosa per comprendere l'essenza ultima del metodo che egli aveva cercato di concretare nella sua intensa esperienza romanistica" e, confrontando contrastivamente lo studioso italiano e Maine, rileva come nel primo "abbia giocato anche la coscienza di una maggiore tecnicità della trattazione della storia di Roma e delle sue istituzioni da parte di Vico, rispetto al giurista inglese". In Bonfante, che, pur ammirandolo, considerava solo superficiale la competenza romanistica di Maine, potrebbe aver giocato "il fatto che in Vico più che in Maine lo sforzo della

ricostruzione dell'immaginazione storiografica investisse le strutture complessive della società arcaica, mentre nel giurista inglese... l'interesse maggiore fosse volto ai fattori dinamici dello sviluppo ed ai processi di trasformazione" (63). È un suggerimento questo che da confronto tra i due autori può essere produttivamente trasposto ad elemento esplicativo del rapporto mainiano con Vico: se c'è un punto di convergenza della pluralità di elementi della concezione vichiana, dalla figura della 'ricorsività' storica alla storia degli istituti giuridici che la sostanzia, è nell'elaborazione mainiana del tema del progresso, che nel rapporto tra sistema giuridico e dimensione plurale delle storie ha il proprio baricentro e la propria scansione. Ma tale elaborazione è, come vedremo, un'operazione trasformativa che non concede, né può concedere, autonomia ai propri materiali. A questo punto quindi affrontare la questione del rapporto con l'approccio analitico diventa indifferibile.

7. Analytical Jurisprudence

Come accennato prima, l'interesse verso la scienza giuridica tedesca che si era sviluppato verso la metà del secolo aveva avuto un precedente. Quando Austin si reca nel 1828 a Bonn — in preparazione della sua accettazione della cattedra di *Jurisprudence, Civil and Roman Law* all'University College di Londra — per prendere diretta conoscenza dell'insegnamento del diritto che vi si effettuava, quella che gli si presenta è indubbiamente una situazione fortemente segnata dalla romanistica e dalla *Historische Schule* ed è dal rapporto con questa che deriva la sua peculiare valorizzazione del diritto romano come "greatly and palpably superior, considered as a system or whole, to the Law of England" e come "the region of order and light" in rapporto a "the empire of chaos and darkness" rappresentato dal diritto inglese (64). Tuttavia, nel testo di *The Province of Jurisprudence Determined* che egli pubblica nel 1832, raccogliendo la

(63) L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Un romanista italiano di fine secolo: Pietro Bonfante*, ora in *Modelli di stato e di famiglia* cit., pp. 213-4.

(64) J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol. I, London, Murray, 1885, p. 58. La *Outline of the Course of Lectures* austiniana era stata stampata per la prima volta in funzione quasi esclusivamente didattica nel 1831.

prima parte delle sue lezioni, il riferimento al diritto romano ha una limitata portata sistematica, mentre quello a specifici elementi giurisprudenziali è ancora scarso rispetto all'uso che ne verrà fatto nelle lezioni successive, pubblicate postume solo nel 1863, e quasi limitato a quanto si dice nella presentazione espositiva dell'intero corso ristampata in appendice.

È difficile quindi ipotizzare un ruolo rilevante di Austin sotto questo *specifico* aspetto nel dibattito degli anni Cinquanta, tenendo presente che l'insieme delle lezioni non era noto al di fuori di una cerchia estremamente ristretta, anche se intellettualmente significativa, come era stata quella dei suoi uditori all'University College ⁽⁶⁵⁾. Inoltre, come è noto, la *Bildung* di Austin a Bonn passa per il mantenimento di una posizione fortemente originale, non appiattibile su una precisa opzione nei confronti di una posizione determinata fra quelle che dibattevano in quegli anni all'interno della scienza giuridica tedesca; lo stesso importo più evidente, la ripresa da Gustav Hugo — significativamente uno studioso difficilmente riducibile a scuole — del termine chiave 'positive law' passa per una singolare annessione alla propria impostazione. "I have borrowed", egli scriveva nelle spiegazioni preliminari della *Outline*, "the expression from a treatise by Hugo, a celebrated professor of Jurisprudence in the University of Göttingen, and the author of an excellent history of the Roman Law. Although the treatise in question is entitled 'the law of nature', it is not concerned with the law of nature

(65) Per un elenco degli uditori di Austin all'University College, tra cui il giovane Mill e John Romilly, e per le traversie dell'insegnamento austiniiano cfr. W.L. MORISON, *John Austin*, London, Arnold, 1983, p. 21 e ora W. RUMBLE, *Austin in the Classroom: Why were his Courses on Jurisprudence Unpopular?*, in "Journal of Legal History", 17 no. 1 (1996), pp. 17-39, che ha il merito di sfatare molta mitologia al riguardo. Nell'insieme presenza e ruolo del pensiero di Austin *prima* della pubblicazione della ristampa della *Province* nel 1861 — che dà inizio all'edizione integrale delle *Lectures* completata due anni dopo — restano un terreno che ancora necessita di una specifica indagine storica. La letteratura austiniiana anche recente (ad esempio MORISON, *John Austin* cit., pp. 151-152) continua ad assumere il 1861 come data *a quo* per valutare l'influenza di Austin, prendendo a riferimento le recensioni della ristampa. Ma è indubbio che le posizioni di Austin avevano ricevuto una lettura attenta e recettiva anche in precedenza. Un buon contributo, limitato però alle recensioni contemporane, è quello recente di W. RUMBLE, *Nineteenth-Century Perceptions of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of The Province of Jurisprudence Determined*, in "Utilitas", III (1991) 2, pp. 199-215.

in the usual meaning of the term. In the language of the author, it is concerned with ‘the law of nature as a *philosophy of positive law*’. But though this last expression is happily chosen, the subject and scope of the treatise are conceived indistinctly” (66). Ciò che ad Austin interessava non era tanto un approccio storico al diritto, quanto un approccio di tipo scientifico-sperimentale che mirasse a ridurre l’oggetto della *jurisprudence* al diritto positivo, separandone nettamente gli ambiti da quelli inerenti a una teoria della *legislation*. In questo orientamento gli è possibile porre a confronto Bentham e la *Historische Schule* e, valorizzandone la comune attitudine antigiusnaturalistica, assimilarli in un’unica scuola storica di giurisprudenza, per la quale a suo avviso sarebbe comunque più idonea la denominazione di scuola *induttiva* o utilitaria (67).

Quindi, anche se indiscutibilmente Austin aveva infranto la tradizionale diffidenza benthamiana, ricollegando scienza giuridica e giurisprudenza romana (68), resta poco probabile che — al di là di

(66) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 32. Significativamente il testo procede con l’equiparazione hobbesiana di leggi positive e *civil laws*. ANDREAS B. SCHWARZ, anche sulla scorta delle copie annotate di opere tedesche della biblioteca personale di Austin lasciata dalla moglie Sarah all’Università di Londra e andata poi distrutta nella seconda guerra mondiale, ha scritto su questo tema un saggio ancora oggi basilare, *John Austin and the German jurisprudence of his time*, in “Politica”, 1 (1934), pp. 178-199. Inoltre, su Austin e Hugo (e più generalmente sui rapporti con la *Historische Schule*), cfr. A. AGNELLI, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 24-33 e NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto (a.a.1960-61)*, Torino, Giappichelli, 1979², pp. 113-118. Sulla peculiare posizione di Hugo nel panorama della scienza giuridica tedesca è da vedersi il volume di G. MARINI, *L’opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969 (in particolare su cosa intenda Hugo per filosofia del diritto positivo, cfr. pp. 158-181).

(67) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. II, p. 679.

(68) Bene esemplifica l’atteggiamento di BENTHAM verso il diritto romano un passo da *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* particolarmente significativo nel nostro contesto: “In that enormous mass of confusion and inconsistency, the ancient Roman, or, as it is termed by way of eminence, the civil law, the imperative matter, and even all traces of the imperative character, seem at last to have been smothered in the expository. *Esto* had been the language of primaevael simplicity: *esto* had been the language of twelve tables. By the time of Justinian (so thick was the darkness raised by clouds of commentators) the penal law had been crammed into an odd corner of the civil — the whole catalogue of offences, and even of crimes, lay buried under a heap of obligations — will was hid in opinion — and the original *esto* had

questa connessione importante, ma di carattere generale — dagli aspetti propriamente romanistici del suo pensiero Maine tragga in via prioritaria il proprio privilegiamento storico del diritto romano e che questa possa dunque essere la mediazione indiretta cui si è fatto sopra cenno. Non è dunque su tale metro che la rilevanza di Austin per Maine va misurata, ma su di uno più generale che coinvolga le strutture complessive della riflessione austiniana.

8. The Conception of Sovereignty

Se già i programmi del '53 e del '54 presentavano per strutturazione e lessico una chiara, anche se forse non univoca, ascendenza austiniana ⁽⁶⁹⁾, è *The Conception of Sovereignty and Its Importance for the International Law* a fornire in questa prospettiva le indicazioni più importanti. Sarà opportuno quindi dedicarvi lo spazio ragionevolmente ampio di una ricostruzione analitica, anche in considerazione della scarsissima attenzione che finora gli ha dedicato la letteratura.

Letto davanti alla *Juridical Society* il 16 aprile 1855, ma approntato contemporaneamente e in stretto rapporto con le lezioni svolte durante l'Hilary Term dello stesso anno, il testo di Maine si presenta nel contempo come usuale ed inusuale. Il soggetto, non certo frequente alla riflessione dei giuristi del tempo, era infatti più di casa nel mondo universitario, dove gli insegnamenti di *Civil Law* e *International Law* si presentavano più come sussidi per una formazione rivolta alla politica e alla storia che come insegnamenti necessari a futuri uomini di legge. È una situazione che Maine conosce bene e proprio per questo punta senza indugi a chiarirne i potenziali equivoci, ricollocando sin da subito il proprio soggetto in una posizione di centralità tutt'interna alla *jurisprudence*. "The words, 'sovereign' and 'sovereignty' stand, therefore, at the very threshold

transformed itself into *videtur*, in the mouths even of the most despotic sovereigns" (*Concluding Note*, 20; cito dall'edizione BURNS-HART, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 307). La posizione antigiusprudenziale risulta ben evidente dalla contrapposizione tra tavole e codice.

⁽⁶⁹⁾ Ancora una volta, cfr. su questo punto R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine* cit., p. 29-30.

of the study of Jurisprudence; and, in fact, the remarkable carelessness with which the investigation of their meaning is generally prosecuted, is the grand source of the obscurity which hangs so heavily over the inquiries of the jurist” (CS, 26). Tale condizione preliminare discende direttamente dal fatto che ogni legge positiva si risolve in un comando di particolare natura rivolto da un superiore politico ad un inferiore politico, da un sovrano cioè a un suddito, e chi voglia intraprendere la strada della *filosofia del diritto* non può non trovare in ciò il primo punto fermo da cui muovere la propria indagine. Il riferimento, inequivocabilmente, quasi ostentatamente, austiniiano, è tuttavia accompagnato da una precisazione che opera anche come una significativa qualificazione. Maine insiste infatti nel sottolineare come l'accettazione di tale enunciazione, *se correttamente compresa*, trovi evidenza e forza nella compatibilità con *qualsiasi* canone di filosofia o di teologia morale e se ne presenti perciò indipendente. Aprendo una strada interpretativa che delimita la portata del nesso legge/comando alla rigorosa perimetrazione dell'ambito del diritto positivo, una perimetrazione che, anche in anni relativamente recenti, verrà indicata come tipica di una *determinata* accezione di positivismo giuridico ⁽⁷⁰⁾, Maine fa sì propria un'affermazione cardine della *analytical jurisprudence*, ma insiste nello incorporarla dai (differenti) assetti sistematici in cui essa trova espressione. In particolare è evidente qui come a Maine interessi prendere le distanze da una concezione che vede derivare la definizione della legge positiva come comando da un più generale orizzonte di imperativismo etico — come invero accade nella *Province* austiniiana ⁽⁷¹⁾ —, quasi a sottolineare nei confronti dei contemporanei come l'impianto strettamente giuridico di questa *possa e debba* essere accettato senza alcun necessario rimando alla visione filosofica

⁽⁷⁰⁾ Il risultato storiograficamente più interessante e avvertito di questo approccio, profondamente segnato dal dibattito sul positivismo giuridico degli anni '50 e dal contributo di H.L. Hart, resta quello di M.A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962.

⁽⁷¹⁾ Sul rapporto tra nozione generale di legge e legge in senso giuridico in Austin si vedano le pagine fondamentali di A. Agnelli nel secondo capitolo del suo *John Austin* cit. Il lavoro di Agnelli — a tutt'oggi il miglior studio su Austin in senso assoluto — tratta in modo convincente la questione della ascendenza teologica dell'utilitarismo morale austiniiano e la convergenza della sua ricezione di Bentham con la concezione dell'*utility*

complessiva del suo autore. Quella che sul piano della positività opera come distinzione tra diritto e moralità viene radicalizzata in una trasposizione che investe i fondamenti della costruzione scientifica in una separazione di giuridico e morale che resterà una costante in tutta l'opera mainiana, ma che, lungi dal restare formalisticamente acquietata, in *Ancient Law* sarà alla base di una originale rielaborazione dei rapporti tra storia giuridica e profili morali.

Il riferimento a Austin tornerà, questa volta apertamente esplicitato, più avanti. Dopo un breve accenno all'importanza pratica che "the subject of sovereignty" assume per la comprensione della difficile situazione internazionale del tempo (il '55 è l'anno della crisi moldava e della guerra di Crimea), Maine ne analizza la "historical relevance". Il cuore di quest'ultima va colto nello stretto rapporto tra riconoscimento di una condizione di sovranità e riconoscimento di quelli che i pubblicisti hanno indicato come i diritti internazionali *assoluti* di uno Stato, rapporto che contrassegna molto presto la storia del diritto delle nazioni e ha in Grozio la propria piena formulazione teorica ⁽⁷²⁾. Grozio infatti fa del diritto internazionale un capitolo del diritto naturale. "Hugo Grotius," — scrive Maine — "in starting from the position that societies inter se are governed by *Natural Law*, has made their right to be judged by the Law of Nations depend on the fulfilling the conditions of human beings in a state of nature" (CS, 28). È, appunto, uno dei più antichi postulati del diritto naturale che a contrassegnare ogni unità di una società naturale (*natural society*) sia la sua indipendenza dai comandi di un superiore. "Sovereignty in nations answers to immunity from the control of a master in individuals, and any imperfection in this attribute instantly destroyed the right of the society to be judged by the common law of the world, and placed it, like a slave, the

propria di Paley, mettendone in risalto i nessi con il profilo imperativistico. Comunque, si considerino le argomentazioni in senso contrario di CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese* cit., pp. 238-248.

⁽⁷²⁾ In anni di crisi del diritto internazionale tiene problematicamente conto di queste considerazioni mainiane, mediate dalla loro riproposizione in *AL*, l'ancora interessante articolo di E. DE WITT DICKINSON, *The Analogy between Natural Persons and International Persons in the Law of Nations*, in "Yale Law Journal", XXII (1916-17), pp. 564-591.

freedman, and the foreigner at Rome, under a wholly exceptional jurisprudence” (*ibidem*).

Tramite l’equiparazione groziana Maine dà avvio a due riprese, anche se in una forma ancora acerba e decisamente contratta, a quella interpretazione storiografica del giusnaturalismo e della dipendenza delle sue formulazioni dalla lettura ‘impropria’ che la prima età moderna fa del *jus gentium* romano, che successivamente troverà ampio spazio in *Ancient Law* e in cui egli vedrà la grande transizione tra diritto antico e quelle *modern ideas* che il sottotitolo dell’opera appunto richiama. Tuttavia qui la linea argomentativa trova un percorso autonomo e peculiare rispetto al testo successivo. Maine dà per scontate le aporie e le debolezze della costruzione groziana e della tendenza di pensiero, sicuramente maggioritaria tra i pubblicisti, che ad essa si rifà⁽⁷³⁾. Ciò che maggiormente gli preme non è tanto individuarne le difficoltà di ordine teorico, quanto collegare queste alla specifica situazione politica che le ha prodotte o, comunque, ne ha determinato l’orizzonte, mettendosi cioè nella condizione di poterne misurare il portato storico. Lo sforzo giusnaturalistico trova il proprio invalicabile limite formalistico nell’avere come referente ‘reale’ le contraddizioni di situazioni storico-politiche, come quelle dei Paesi Bassi o dell’Impero germanico, il cui carattere confederale continua a mantenere la complessità, vera o *presunta*, di un meccanismo che non ha ancora incontrato la semplificazione di una compiuta centralizzazione dei rapporti politici.

“The question may almost be pronounced to be one which — so far at least regards the centuries preceding the present — could only be solved by an Englishman, the citizen of a state at once isolated and consolidated; and accordingly our countryman Hobbes seems to have been the first inquirer who struck into the right track” (CS, 29). Hobbes, sottraendosi alla dimensione giusinternazionalistica, si colloca *fuori e dopo* il giusnaturalismo, e la sua eccezionalità è

(73) “There is some apparent presumption in asserting that the great Publicists of the continent lend us but slender assistance towards the analysis of Sovereignty. Assuredly, if there be any foundation for the charge, the cause must not be looked for any failure of their accustomed sagacity or industry, but rather in the probability, that, in addressing themselves to this class of investigations, they have suffered themselves to be deluded by the idols of the den” (CS, 28).

apertamente ricollegata all'esperienza dell'eccezionalità statale inglese: Hobbes apre la strada ad una considerazione rigorosa e complessiva della sovranità, perché l'Inghilterra aveva aperto la strada. Altri la imboccheranno, ma solo più tardi.

9. *Figure e tradizioni della sovranità*

Inizia così una sorta di ampio inserto dedicato alla linea di pensiero che lega Hobbes, l'elaborazione benthamiana e Austin e che risulta fondamentale nell'economia complessiva dello scritto. Per Maine — che fa qui valere un'opzione logico-ermeneutica che troveremo all'opera in *Ancient Law* a proposito delle XII tavole — la concezione hobbesiana della sovranità si presenta scientificamente superiore alla tradizione che chiameremo groziana perché, contrariamente a questa, a sottenderla non è *l'aspirazione* al riconoscimento dell'indipendenza della società politica, ma *la sua concreta esperienza storica* (74). Vale la pena di sottolineare gli elementi che il giudizio di Maine viene a implicare: a fianco di un aperto rovesciamento della lettura continentale che tende a sottrarre la storia inglese dai processi di formazione della modernità statale, è rinvenibile in esso non solo una valutazione della concezione della sovranità come elemento cardine della teoria hobbesiana (di contro a una sua assimilazione ad altri assetti teorici, legittima qualora ne vengano enfatizzati differenti aspetti, ad esempio l'elemento pattizio), ma anche un accreditamento scientifico della figura di Hobbes che, proprio nel momento in cui la ritrova all'origine della linea di pensiero in cui si sostanzia la riflessione sulla sovranità di Bentham prima e di Austin poi, va oltre l'esplicita rivalutazione fattane in

(74) Il che non significa — è bene sottolinearlo per evitare fraintendimenti — una rappresentazione di Hobbes basata sulla sua *Englishness*: quella di Hobbes è solo una delle linee di pensiero che l'Inghilterra ha prodotto; Locke — ad esempio — verrà incluso senza difficoltà da Maine nella tradizione groziana. Né, ovviamente, significa che si possano trarre dallo specifico della concezione della sovranità generalizzazioni incongrue: correttamente lo stesso Bentham verrà associato sotto il profilo della fondazione etico-sistemica al nome di Locke e non a quello di Hobbes in *Roman Law and Legal Education* (CE, 7; V, 342).

ambiente benthamita nel corso dei decenni precedenti (75). Infatti, continua Maine, se una discussione del tema all'interno del *Leviathan* hobbesiano rischierebbe di presentare aspetti dispersivi, comportando la trattazione di molte parti che esorbitano dal problema della sovranità, è possibile trovarne utilmente una ripresa *diretta e specifica* in Bentham, il cui *Fragment on Government* ha il merito di contenere la prima analisi disponibile dei termini *sovrano* e *sovranità* (76). A loro volta, l'approfondimento e le correzioni apportate da Bentham a Hobbes trovano in Austin un ulteriore sviluppo, che, sebbene non possa considerarsi esaustivo, fornisce "the only expo-

(75) Sull'attitudine benthamita verso Hobbes e sulla vicenda culturale che ha portato alla edizione Molesworth, cfr. utilmente S. BUCCHI, *Hobbes e il "radicalismo filosofico"*, in "Rivista di filosofia", 3/LXXV (1984), pp. 323-351.

(76) Uno sviluppo di questa linea storico-interpretativa, che, in continuità con Bentham e Austin, nel trattare le determinazioni della sovranità hobbesiana tende a deprimere il carattere strutturante della rappresentanza, è nettamente rinvenibile negli articoli su Hobbes pubblicati da JAMES FITZJAMES STEPHEN sulla "Saturday Review" tra il '65 e il '66: *Hobbes on Government, Hobbes's Leviathan, Hobbes's Minor Works e Sovereignty*, poi raccolti in J. Stephen, *Horæ Sabbaticæ*, vol. III, London, Macmillan, 1892, pp. 1-70 (va corretta l'indicazione di Bevington che sembra far coincidere gli ultimi due riferimenti in un unico articolo, ripubblicato con titolo diverso, *The Saturday Review cit.*, p. 375). Maine a sua volta vi farà diretto riferimento, pur senza nominare Stephen, almeno due volte nella *lecture* su *Sovereignty and Empire* (EHI, pp. 377 e 383). Sulla presenza mainiana in questi scritti insiste, anche se un po' obliquamente, J.A. COLAJACO, *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, London, Macmillan, 1983, pp. 30-32. La connessione tra Maine e J. F. Stephen è rilevante e tutt'altro che estrinseca: Maine era stato insegnante di Stephen quando entrambi erano al Trinity e lo aveva introdotto nel riservato e prestigioso club studentesco degli *Apostles*, di cui egli stesso era stato membro influente. Una volta entrati entrambi nella professione, fu Maine a farlo partecipare all'impresa della "Saturday Review" e le loro attività giornalistiche restarono, anche in seguito, in una qualche misura parallele. Inoltre nel 1868 sarà ancora Maine, lasciato il proprio incarico in India, a favorire nella successione Stephen, ormai già noto come giurista dopo la pubblicazione di *A General View of the Criminal Law in England* (London, Macmillan, 1863), aprendogli così la strada di quell'esperienza indiana che segnerà entrambi, spostandone le posizioni in un senso più marcatamente conservatore: ne saranno espressione per il primo *Popular Government* e per il secondo *Liberty, Equality, Fraternity*. (Su Stephen e Maine come "prominent 'Old Liberal' writers" ancora utile, anche se datato, il saggio di JOHN ROACH, *Liberalism and Victorian Intelligentsia* in "Cambridge Historical Journal" 13 (1957), pp. 58-81, ma sull'intreccio dei due testi vedi anche Feaver, *From Status cit.* alle pagine sopra indicate). Per Stephen il riferimento biografico maggiore resta il volume del fratello LESLIE STEPHEN, *The Life of James Fitzjames Stephen*, London, Smith, Elder & Co., 1895.

sition of *ingredients* of sovereignty which is not plainly defective in some parts of definition” (*ibidem* — *corsivo mio*), presentandosi quindi come il punto di maggiore maturità scientifica di una linea di pensiero, almeno nel profilo problematico, omogenea. *Hobbes, Bentham, Austin*: la discussione di Maine della sesta lezione della *Province of Jurisprudence Determined* comincia da qui, dalla individuazione della teoria austiniana come ultima e originale scansione di una istanza problematica che è alla propria origine hobbesiana e dalla messa evidenza di una continuità che, se al lettore odierno si presenta consolidata, non lo era certo altrettanto, nonostante le molte indicazioni austiniane, agli occhi dei contemporanei.

In realtà, la discussione di Maine assume innanzi tutto le vesti di una delucidazione. La principale ragione che a suo avviso aveva impedito alla *Province* austiniana di vincere l'indifferenza che circondava lo studio sistematico della *jurisprudence*, era stata il suo *stile*, che aveva fallito il tentativo di gettare un ponte fra il linguaggio — estremamente determinato in senso tecnico — della pratica giudiziaria e quello in qualche modo popolare e “infected with all vices of common speech, vague, figurative and general” usato per i problemi di ordine generale. Il lessico di Austin, estremamente contratto ed autoreferenziale, con scarsissime concessioni al linguaggio immediatamente riconoscibile della tradizione e quindi non semplice anche per il lettore colto, ha proceduto indubbiamente nel senso della rigorizzazione, ma non è riuscito nel contempo a diventare un linguaggio vivente e partecipabile per i giuristi, mancando così quel compito di innovazione che si era prefisso (77). Maine prende in esame da questa prospettiva il passo di Austin su chi sia il sovrano. Anche se ben noto, è tuttavia opportuno riportarlo: “If a *determinate* human superior, *not* in habit of obedience to a like superior, receive *habitual* obedience from the bulk of a given society, that *determinate* superior is sovereign in that society, and the society (including the superior) is a society political and independent” (78).

(77) Anche in questa occasione, Maine non aveva mancato di fare contrastivamente un cursorio riferimento al diritto romano come modello fruibile di una terminologia “neither too rigid for employment upon points of the philosophy of law, nor too lax and elastic for their lucid and accurate discussion” (CS, 30).

(78) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 231.

Maine è convinto che la definizione austiniana di sovranità sia di per sé rigorosa e comprensibile, ma che, nondimeno, richieda che si stabilisca con esattezza il significato dei singoli termini in essa impiegati. Un'intrapresa che egli intende come meramente chiarificatrice, ma che, pur rasentando a volte i limiti di una parafrasi, si rivela tuttavia come una difesa precisa e puntuale della posizione austiniana dalle principali obiezioni e dai più frequenti fraintendimenti che essa incontrava tra i contemporanei. Tre sono i punti su cui Maine insiste. Il primo riguarda la determinatezza di ciò che Austin chiama "human superior" e che non può essere fraintesa nei termini di una singola persona o di un monarca, su una linea destinata ad una ulteriore indebita confusione tra sovranità e dispotismo e che, se spinta fino in fondo, porterebbe a negare legittimità all'esistenza delle forme politiche — *governments* secondo il lessico austiniano — che reggono la Gran Bretagna o gli Stati Uniti. Il secondo è incentrato sul fatto che la sovranità non può risiedere mai nella comunità nel suo insieme e definisce sempre una relazione di differenza all'interno di questa, contro una incomprensione — opposta a quella precedentemente indicata — "to which French writers on public law seem especially liable". Il terzo punto, in realtà solo indirettamente implicato dalle citazioni riprese nel testo di Maine, tocca una questione che risulta degna di attenzione anche per l'uso del termine *legislature* nel successivo *Roman Law and Legal Education*. Maine infatti si schiera ancora una volta con Austin contro quella che definisce una "misconception... peculiar to English theorists, who often employ a phraseology importing that the sovereign is the source of *executive* as distinguished from *legislative* authority" (CS, 31). La distinzione di esecutivo e legislativo era stata uno dei punti saldi della formulazione blackstoniana, secondo cui nel parlamento — cioè nel corpo tripartito formato dal re, dalla camera dei Lords e da quella dei Comuni — risiedevano poteri sovrani legislativi, mentre era esclusività del re il potere sovrano esecutivo. Contro di essa e le ambiguità che veniva ad implicare, commistando la nozione di sovranità a una teoria della separazione dei poteri — giustamente vista come l'importazione di una lettura straniera e fraintendente della costituzione inglese —, si era già

scagliato duramente Bentham nel *Fragment* (79). La posizione austriana, altrettanto ferma, anche se per alcuni versi più articolata e comprensiva delle motivazioni storiche della formulazione blackstoniana, aveva ribadito il carattere fuorviante di una costruzione che, insistendo sul suo carattere funzionale, aggirava il carattere centrale della distinzione tra *supremo* e *subordinato* e quindi il nodo di una definizione non spuria e non contraddittoria (80). Maine, assumendone integralmente le ragioni, arriva a darle un'asciuttezza persino maggiore: "It would not, however, be difficult to prove that the distinction between the executive and legislative powers is evanescent, and disappears on proper tests being applied to the terms. To take too the particular example which has produced this theory, it is plain that the Queen of England exercises *legislative* as well as *executive*, and that the English Parliament discharges *executive* as well as *legislative*, functions" (CS, 31). Continuando a seguire da presso, pur senza dichiarati rimandi, il testo di *The Province* al punto da riprenderne le esemplificazioni, Maine sottolinea i tratti in qualche modo *realistici* della concezione di Austin, ponendo l'accento sul loro carattere non formalistico. La determinatezza del superiore, la sua *individualizzazione*, che, mentre fa sì che la legge sia un comando, impedisce di confondere "dispersed orders" e "general laws"; l'obbedienza non di una improbabile società assunta nella sua interezza, ma della larga maggioranza, "the bulk" (termine che anticamente era sinonimo di *body*) di una società; il carattere abituale dell'obbedienza, che permette di cogliere sul registro del

(79) Nel giovane Bentham il problema si presenta collegato, come è noto, a quello delle forme di governo ed è parte integrante della polemica contro l'affermazione blackstoniana che vede il *government* della tradizione inglese come combinazione delle tre forme classiche. Cfr. J. BENTHAM, *A Fragment on Government* (1776), III, 8 (nell'edizione Burns-Hart ripresa nei "Cambridge Texts in the History of Political Thought", Cambridge, Cambridge U.P., 1988, pp. 72-85, in particolare per il riferimento a Montesquieu come fonte di Blackstone, p. 77). Il quadro del *Fragment* troverà in successive elaborazioni benthamiane, in particolare nel manoscritto di *Of laws in general*, una più ampia articolazione, che tuttavia non viene a modificare la nozione di sovranità indivisa. Cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition* cit., pp. 230-260 e ANNAMARIA LOCHE, *Jeremy Bentham e la ricerca del buongoverno*, Milano, Angeli, 1991, pp. 167-198 (che fa riferimento a una ricca letteratura).

(80) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 248-251.

tempo, come durata, quell'elemento di stabilità che "the bulk" indicava topologicamente: sono tutti elementi che convergono a descrivere la situazione di un processo politico *compiuto*, di una forma storica consolidata, in cui la presenza di elementi di disobbedienza assumono un carattere di mera frizionalità e non presentano più il carattere di una minaccia, non sono più, cioè, nel linguaggio stesso di quella tradizione in cui Maine inserisce Austin, *politici*, almeno nel senso in cui lo è chi detiene la sovranità. Particolare enfasi egli aggiunge sulla "immunity from the control of every other superior" inerente alla sovranità, elemento che, assente nelle pagine di Bentham, trova espressione solo nel testo austiniiano. Questo gli permette, nell'orientamento sopraindicato, di sviluppare la logica del differenziale che fa sì che solo una parte di una società sia effettivamente indipendente, secondo una prospettiva, che, se da un lato tiene fermo l'approccio austiniiano, dall'altro lo forza problematicamente in una direzione che non gli è propria. Se solo le parti indipendenti, cioè, e non le società in quanto tali, "inter se are deemed not merely *paramount*, but *absolute* proprietors of the national territory", solamente queste in realtà vengono ad essere prese in considerazione dal diritto internazionale. Importa poco ricordare, a proposito dell'uso di quest'ultima espressione, la ripulsa austiniiana basata sulla convinzione che quelle di cui si occupa il diritto internazionale sono, in assenza di un superiore che ne possa assicurare il carattere propriamente giuridico, solo norme di morale positiva e che quindi tale formulazione non avrebbe potuto reggere in un'ottica coerente. A questo punto infatti il testo di Maine non segue più il calco della costruzione teorica di Austin, ma tende a trovare all'interno di questa, emancipandosene, un passaggio per guadagnare il piano della comprensione storica dell'emergenza della sovranità *territoriale*.

10. *Sovranità territoriale*

Maine su questa via può tornare, chiudendo l'inserito, al tema della genesi del concetto di sovranità nel sistema di Grozio, ma invertendo questa volta la sequenza argomentativa in cui lo si era incontrato nelle pagine precedenti. Non si tratta più, cioè, di spiegarne i *limiti* in riferimento alla situazione storica, ma all'inverso di

dare ragione di un concreto processo storico, trovando in questo il riferimento ad un concetto, che proprio nella capacità di esprimerlo trova la propria *forza*. Austin aveva indicato in Grozio e in von Martens ⁽⁸¹⁾ i poli non solo cronologici che rispettivamente aprivano e concludevano la vicenda del giusinternazionalismo moderno, sottolineando come non vi fosse in entrambi l'ombra di una allusione al carattere *positivo* della sovranità, proprio perché l'uno e l'altro limitavano le loro considerazioni alle relazioni reciproche tra sovrani, omettendo del tutto quelle, non meno essenziali, tra questi ed i loro sudditi ⁽⁸²⁾.

“When once Grotius had launched his system on the world, perhaps even before that, men discerned that the rights accruing under the law of nations accrued to sovereigns only, and that no individual or body of men was properly sovereign which paid habitual obedience to an external superior. But” — s'interroga — “what is habitual obedience?” (CS, 33). Maine affronta il problema sotto un'angolatura appena diversa, quella altrettanto austiniana della *habitual obedience*, trasferendola però su uno scenario dove i

(81) Georg Friedrich von Martens, giurista 'kantiano' allievo — come Hugo — di Püttner e studioso del diritto delle genti, conobbe una vasta popolarità a cavallo tra '700 e '800 come autore di fortunate compilazioni di accordi e trattati inserite in un quadro teso a mediare positività delle fonti e profili dottrinari del tardo giusnaturalismo. Pubblicato nelle principali lingue europee, Martens è a lungo presente sul mercato inglese nelle traduzioni di William Cobbett, che ne curerà anche gli aggiornamenti documentari. Nella *Province* austiniana trova spazio soprattutto per la sua ascrizione del “*positives* oder praktisches Völkerrecht” al “department of the science ‘positive international morality’”, cfr. JOHN AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 173 e pp. 216-217. Come noto, per Austin nella moralità positiva rientrano non solo le relazioni tra i sovrani, cioè il cosiddetto diritto internazionale interstatale, ma anche quelle che impropriamente sono chiamate le ‘obbligazioni’ cui i sovrani si sottopongono nei confronti dei sudditi. Su Martens si possono vedere, per un primo inquadramento, le pagine che gli dedica LUIGI MARINO nel suo *I maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, Torino, Einaudi, 1977, pp. 232-236 e il saggio di DIETRICH RAUSCHNING, *Georg Friedrich von Martens (1756-1821) Lehrer des praktischen europäischen Völkerrechts und der Diplomatie zu Göttingen* contenuto in *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren* (hrsg. von FRITZ LOOS), Göttingen, Vanderhök u. Ruprecht, 1987, pp. 123-145. Un quadro che tiene conto della letteratura precedente è delineato nell'ancor utile lavoro di ARTHUR NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan, 1954², pp. 179-85 e 339.

(82) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 235.

termini che vi si presentano non sono più quelli propri di una formazione statale consolidata. In questa prospettiva la storia dell'Occidente post-romano non sempre si è lasciata comprendere attraverso la categoria della sovranità territoriale. La connessione tra sovranità e territorio è considerata da Maine relativamente recente e un lungo percorso ha dovuto essere compiuto perché emergesse chiaramente. In precedenza, l'esperienza dei regni barbarici mostra come la sovranità sia sovranità di tribù (*tribe-sovereignty*), dove il criterio di appartenenza e di sottomissione non presenta alcun rapporto con il territorio e viene pensato indipendentemente da esso. "Sovereignty was not associated with dominion over a portion or subdivision of the earth" (CS, 35). La stessa stanzialità, per quanto ormai secolare e nell'insieme stabile, mantiene sotto questa angolatura un carattere *casuale*, in quanto non connota di per sé un aggregato politico e non ne informa le relazioni. La dialettica tra regni e impero continua a svolgersi all'interno di un assetto unitario e indiviso, che i molti conflitti non mettono mai in discussione, al punto che, se un *chieftain* vuole travalicare i limiti che gli impongono le relazioni al proprio popolo ed espandere oltre la propria autorità, ha come unica via quella di proclamarsi imperatore. La stessa vicenda dell'impero carolingio e della sua divisione dopo la morte di Carlo Magno non altera questa prospettiva, dato che Carlo il Calvo, Luigi e Lotario sono ciascuno, nonostante le limitazioni *de facto* del loro potere, imperatori a titolo pieno, esattamente come era avvenuto in epoca tardoromana per gli imperatori d'Oriente e d'Occidente.

Solo con il feudalesimo si fa avanti una precisa relazione tra doveri personali, e quindi diritti personali, e proprietà della terra. "Territorial sovereignty — the view which connects sovereignty with the possession of a *limited* portion of earth's surface — was distinctly an offshoot, though a tardy one — of *Feudalism*" (CS, 34-35). Con l'avvento della dinastia capetingia, comincia a mutare il significato del titolo di Re di Francia, dato che il principe di Parigi, cumulando sulla propria persona un inusuale numero di signorie (*suzerainties*), diventa re in un senso completamente nuovo, non più perché capo dei Franchi o dei loro discendenti, ma perché è "a sovereign standing in the same relation to the soil of France as the baron to his estate, the tenant to his freehold" (CS, 37). La territo-

rializzazione delle figure di superiorità politica avvenuta nella Francia capetingia costituisce per Maine un modello cui tutte le successive esperienze si conformeranno: non solo i re normanni dopo la Conquista, in un’Inghilterra che già comunque presentava con i Sassoni una situazione di transizione, ma perfino la Repubblica di Venezia (CS, 38) ⁽⁸³⁾. Su questa base comincia a consolidarsi un sistema di quelle che poi verranno considerate le relazioni internazionali che comincia a erodere i legami feudali ed ecclesiastici e che già nel quattordicesimo e nel quindicesimo secolo trova uno sviluppo sufficientemente maturo. “If we closely examine the current pretexts of wars, and the avowed motives of alliance, it will be seen that, step by step with the displacement of old principles, the views afterwards harmonised and consolidated by Ayala and Grotius were making considerable progress, though it was silent and but slow” (CS, 38). Il difficile equilibrio tra le nuove figure di sovranità territoriale e la supremazia imperiale si rompe definitivamente solo con la Riforma, determinando una situazione dove “those views of a state system to which the Roman juriconsults were supposed to have given their sanction” (CS, 39) si presentavano come unica vera alternativa al caos in cui versava quasi completamente il diritto pubblico. Lo straordinario successo del trattato di Grozio si radica in ciò.

La “immunity from the control of every other superior” si presenta dunque agli occhi di Maine come il punto di giuntura tra teoria giusnaturalistica (giusrazionalistica) e teoria contemporanea della sovranità, con uno slittamento decisivo sulla figura di chi vada inteso come “other superior” e sull’ambito al cui interno debba essere considerata. Se la posizione austiniana insiste ad assumerne la qualificazione sull’asse del rapporto tra sovrano e sudditi — artico-

⁽⁸³⁾ Sia l’affermazione del carattere di transizione, a metà strada tra *tribe-sovereignty* e *territorial sovereignty*, dell’Inghilterra sassone, sia quella sul rapido adeguamento di Venezia impattavano due specifiche tradizioni repubblicane presenti, a varie riprese, nella storia del radicalismo britannico, optandone per una scientifica dissoluzione a favore del modello di sovranità. Sulla presenza del tema delle libertà sassoni fra Settecento e Ottocento, e l’immagine storiografica ad esso connessa, cfr. CHRISTOPHER HILL, *The Norman Yoke*, in JOHN SAVILLE (ed.), *Democracy and the Labour Movement. Essays in honour of Dona Torr*, London, Lawrence and Wishart, 1954, pp. 11-66 (in particolare 42-66).

lando quindi nei suoi termini più rigorosi la definizione di una *political society*, sulla linea di Hobbes e di Bentham —, l'originaria espressione di essa trova tuttavia luogo nella indipendenza relazionale fra stati e nell'assunzione per questi dello stato di natura. La perfezione simmetrica della costruzione groziana, quindi, se non può essere riduttivamente assunta come mero ricalco della propria peculiare situazione storica, risulta tuttavia incomprensibile senza il pieno passaggio alla sovranità *territoriale e assoluta*. Questa ne è il presupposto e senza di essa risulterebbe difficile dare ragione della applicazione groziana delle categorie romanistiche di proprietà, pensate nei termini del *dominium*, a quella dimensione politica, tradizionalmente pensata invece con le categorie dell'*imperium*. Infatti, "all that treats of *dominion*" — significativamente lo stesso termine impiegato registra questo processo storico, evidenziandolo ⁽⁸⁴⁾ — "its nature, its limitation, the modes of acquiring and securing it, is Roman Property Law — so much, that is to say, of the Roman Law of property as the Jurisconsults imagined that mankind would practise in a state of nature" (CS, 40).

La costruzione groziana, lo si è già detto, si è storicamente presentata vittoriosa, lasciando un'impronta che ha strutturato l'insieme del diritto internazionale successivo. Tuttavia, le condizioni che ne hanno permesso l'espressione non hanno avuto quella generale universalizzazione su cui teoricamente essa *deve* far conto. Così alla primitiva decisa ostilità dei giuristi imperiali ha fatto seguito — a ridosso di uno svolgimento storico che ha visto rimanere nell'area tedesca irrisolte, anche dopo la pace di Westfalia, le dinamiche conflittuali cui l'ipotesi giusnaturalistica cercava di dare risposta — una linea di pensiero che ha cercato di colmare lo scarto tra superiorità imperiale e realtà territoriali, piegando la nozione di sovranità a quelle specifiche condizioni. Nascono così le teorizzazioni sulle scale di sovranità, sulle sovranità limitate e parziali, che di

⁽⁸⁴⁾ *Dominion* pone infatti problemi di carattere storico-etimologico e storico-concettuale analoghi a quelli posti dal termine tedesco *Herrschaft*. Mi permetto di rinviare a questo proposito a quanto detto, con particolare riferimento a Max Weber, nella nota premessa alla traduzione italiana curata da GAETANO RAMETTA e da chi scrive delle *Osservazioni sui concetti di 'dominio' e 'legittimità'* di OTTO BRUNNER, apparsa in "Filosofia politica", 1 (1987), pp. 100-120.

volta in volta inseguono o armano ideologicamente i conflitti tedeschi, arrivando sin nell'Ottocento a mettere in discussione gli apparentemente pacificati assetti post-napoleonici e la loro presunta aderenza al modello giusinternazionalistico (CS, 42), che trova così confermati i limiti formalistici della propria ascendenza giusnaturalistica ⁽⁸⁵⁾. Il diritto internazionale, nonostante il suo carattere storicamente *progressivo*, continua a non essere in grado di circoscrivere scientificamente il proprio orizzonte, non potendo dichiarare *definitivamente* risolte le aporie che ad esso sono connaturate e la dimensione conflittuale di cui riferisce.

Non casualmente il testo mainiano chiude con una riflessione sugli Stati Uniti che ancora una volta ricalca i termini della teorizzazione della sesta lezione della *Province* e che probabilmente risulterebbe non chiarissima, se considerata senza riferimento alla contrapposizione austiniana tra *composite state* e *system of confederal states* ⁽⁸⁶⁾. Secondo Maine, infatti, la realtà post-rivoluzionaria degli stati nordamericani presenta, nonostante la sua caratterizzazione come confederazione, un caso in cui la sovranità sta “in the States’ Government as forming one aggregate body” e proprio per questo motivo è problematico ricondurla ai precedenti europei. La cessione da parte dei singoli stati, espressa nel testo costituzionale, di alcuni diritti sovrani all’istanza federale, da una parte, ed il mantenimento di quelli non esplicitamente indicati, dall’altra, ha dato avvio ad una lunga serie di discussioni che per alcuni aspetti possono certo ricordare i loro equivalenti sull’altra sponda dell’Atlantico. Tuttavia il quinto articolo della Costituzione americana contraddice esplicitamente la cosiddetta interpretazione *virginiana* ⁽⁸⁷⁾, attribuendo

⁽⁸⁵⁾ Cfr. CS, 42. A proposito della situazione tedesca, ma più generalmente di quella continentale, Maine registra la non tenuta delle razionalizzazioni giusinternazionalistiche degli assetti successivi al Congresso di Vienna, che si esprime anche nella difficoltà concreta di separare dal punto di vista scientifico ambiti di diritto pubblico e ambiti di diritto internazionale.

⁽⁸⁶⁾ J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 256-263. In particolare sulla contrapposizione austiniana, in esplicito confronto tra situazione tedesca e situazione americana, cfr. pp. 261-263.

⁽⁸⁷⁾ Per posizione *virginiana* o del *French party* si intende quella espressa da Jefferson e dai suoi seguaci in contrapposizione alla linea sostenuta negli opuscoli di *The Federalist*, risultata alla fine vincente. Jefferson, infatti, “appears to have devised the

pieni poteri di emendare la costituzione ai tre quarti delle *legislatures* degli Stati subordinati. “Now, whatever body has an unlimited authority to introduce amendments into Constitution, is of course empowered to detach as great a measure of sovereignty as it pleases from the separate members of the confederation, and to annex it to Central Government” (CS, 44), affermazione da cui Maine fa discendere il carattere aggregato della forma politica americana e la natura di unitaria *political society* che coerentemente essa esprime. Maine insiste, in riferimento al problema allora scottante — la guerra civile americana scoppierà solo sei anni più tardi — del rapporto tra formazione di nuovi Stati e sistema schiavistico, sulla dinamica processuale che inevitabilmente, spostando i rapporti di forza tra stati schiavisti e stati abolizionisti, avrebbe indotto una ulteriore semplificazione costituzionale nel senso di una maggiore evidenziazione del carattere indiviso della sovranità. Se la previsione politica sulla crisi americana non sembra andare oltre la generale opinione dei tempi, interessante tuttavia è notare nell’economia argomentativa del testo la connessione tra il piano della riflessione teorica e quello della concreta processualità storica, dove quest’ultima, letta dal punto di vista della *tendenza*, fornisce gli elementi da cui il primo trae chiarificazione, secondo un approccio che in *Ancient Law* troverà ulteriormente risalto proprio a proposito del contemporaneo dibattito americano sullo schiavismo (cfr. al riguardo *AL*, 163-164).

11. Un ‘benthamismo’ ragionevole

Qual è dunque il rapporto che Maine intrattiene con Austin, quando intraprende a lavorare alla stesura di *Ancient Law*? Si è visto come il pensiero di Austin venga rappresentato da Maine come il punto di maggiore maturità scientifica di una linea di pensiero che nell’autore del *Leviathan* vede la propria origine. Ma cosa si intende per maggiore maturità scientifica? La questione investe due problemi strettamente intrecciati fra loro. Il primo concerne il rapporto

doctrine, as it is termed, of state-rights - the theory, that is, that the constitution must be construed strictly, and that several states must be taken to have reserved all immediate and derivative powers not expressly transferred to the Federation” (CS, 44).

tra Austin e la scuola di pensiero di cui egli è, anche se con forti tratti di originalità, esponente prestigioso; il secondo, solo in apparenza più generale, il rapporto storico tra politico e giuridico.

Anche se Maine impiega spesso l'espressione 'teoria benthamiana' riferendosi indifferentemente a Bentham e a Austin, risulta chiaramente sia dalle esplicite indicazioni, sia dalle articolazioni argomentative del testo sopra esaminato che a quest'ultimo viene attribuita una rigorizzazione e una esplicitazione in senso propriamente giuridico, che vanno oltre la comoda — e in parte imprecisa — divisione di ruoli tra i due autori, secondo cui sarebbe stato interesse prioritario del primo il campo della *ensorial jurisprudence*, o scienza della legislazione, mentre il secondo si sarebbe invece mosso su quello della *descriptive jurisprudence*, o *jurisprudence* in senso proprio. In Austin infatti l'*analytical jurisprudence* poteva presentarsi nella sua versione scientificamente più rigorosa e nel contempo più duttile ⁽⁸⁸⁾, *mondata* dall'ingombro di quel radicalismo filosofico ⁽⁸⁹⁾ che nel secondo Bentham e nei suoi seguaci, soprattutto in James Mill, si accompagnava ad una manifesta opzione democratica ⁽⁹⁰⁾. A rafforzare questa immagine e la sua ricezione mainiana militano alcuni fattori di contesto che non possono essere sottaciuti. Non era certo indifferente che la *Province* fosse un testo specificatamente rivolto ai giuristi ed alla loro formazione, quando le opere giuridiche di Bentham — come peraltro anche il loro obiettivo polemico, i *Commentaries* di Blackstone ⁽⁹¹⁾ — si rivolgevano intenzionalmente e esplicitamente a un pubblico

⁽⁸⁸⁾ Indicativa a questo riguardo la diversità da Bentham sulla questione del ruolo dei giudici, pur all'interno di un comune e deciso rifiuto della legislazione giudiziaria. Si consideri a riguardo il saggio, importante, di WILFRID E. RUMBLE (erroneamente indicato come Alfrid Rumble), *John Austin, Judicial Legislation and Legal Positivism*, in "Western Australian Law Review", 13 (1977), pp. 77-109.

⁽⁸⁹⁾ Sulla permanente attitudine mainiana a separare *analytical jurisprudence* e *utilitarianism* ancora efficace quanto precisa I. VANNI, *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., pp. 42-51.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. da ultimo S. BUCCHI, *James Mill filosofo radicale. Analisi della mente e scienza politica nell'Inghilterra del primo Ottocento*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2001, specialmente pp. 161-192.

⁽⁹¹⁾ Non va tuttavia dimenticato che il rapporto tra Bentham e Blackstone presenta una complessità maggiore di quanto lasci trasparire la secca contrapposizione affermata dal primo, complessità che peraltro la *jurisprudence* ottocentesca registrerà *di fatto*. Per

più vasto e rispetto a questo intendevano trovare la propria funzione. Soprattutto giocava a favore il fatto che l'opera austiniiana si presentasse nel suo insieme esente da quello scenario complessivo che i testi di Bentham, considerati nel loro insieme, continuavano legittimamente a evocare ai contemporanei; era cioè esente dall'accusa di radicalismo nell'accezione di cui questo termine si colorava agli inizi della seconda metà del secolo. A ciò si aggiungeva una sicura convergenza tra il Maine articolista negli anni Cinquanta della "Saturday Review" e le mutate posizioni politiche sviluppate da Austin nell'ultima fase della sua vita ⁽⁹²⁾, convergenza che supporta, per quanto estrinsecamente, una consonanza 'scientifica' contro gli *idola fori* e che sgancia decisamente l'idea di riforma da quella dimensione democratica che aveva assunto maggioritariamente nei decenni precedenti.

Austin quindi appariva a Maine come lo sviluppo in un contesto 'non ideologico', e quindi scientifico anche in questo senso, delle acquisizioni benthamiane, permettendone un riconoscimento e una accettazione che non erano a rischio di essere fraintesi. Un analogo ragionamento risulta legittimo anche in rapporto al profilo più specificamente etico-sistematico dell'utilitarismo. Proprio la peculiarità della ascendenza teologica della nozione austiniiana di *utility*, che a rigore trovava il proprio antecedente più nel Paley della *Moral and Political Philosophy* che in Bentham, ne rendeva paradossalmente più agevole, indipendentemente dal grado di coesione interna delle varie parti del testo austiniiano, lo scorporo in una lettura della *Province* che si perimetrasse alla dimensione propriamente giuridica

la revisione storiografica dell'immagine benthamiana di questo rapporto cfr., oltre ai citati lavori di Postema e di Lieberman, J.H. BURNS, *Bentham and Blackstone: a Lifetime's Dialectic*, in "Utilitas", 1 (1989), pp. 22-40.

⁽⁹²⁾ Indicativo di questo nuovo orientamento è l'opuscolo *A Plea for Constitution*, London, Murray, 1859, dove esplicito è il suo riconoscersi all'interno dell'area *whig*. Sarà proprio questa presa di posizione pubblica a determinare il brusco raffreddamento dei rapporti fra Austin e John Stuart Mill. Cfr. al riguardo EIRA RUBEN, *John Austin's Political Pamphlets* in ELSPETH ATTWOOLL (ed.), *Perspectives in Jurisprudence*, University of Glasgow Press, 1977, pp. 20-41 e W.L. MORISON, *John Austin* cit., pp. 122-132 (che anche discute le tesi di Ruben). Significativamente Maine richiamerà l'opuscolo austiniiano e la vicenda intellettuale che esso implicava in apertura del secondo saggio (*The Nature of Democracy*) del suo *Popular Government* (PG, 56-59, ma vedi anche 165).

della nozione di legge ⁽⁹³⁾. La linea Hobbes-Bentham-Austin che Maine individua in *The Conception of Sovereignty* non gravita dunque sul benthamismo, se non come momento, per quanto — come si è visto — decisivo, della storia della sovranità in quanto elemento cardine del sistema giuridico. Essa cioè lo ricolloca al proprio interno e lo subordina a sé, fornendo ad esso i propri antecedenti, e non quelli che sono ad esso propri, e per questa via ne storicizza l'immagine. Questa storicizzazione è implicita nello scritto mainiano e garantisce nel testo del '55 la giunzione tra ciò che è stato definito come inserto e la linea principale dell'argomentazione storica. Essa muove su un duplice piano e garantisce due risultati, tra loro collegati, ma di diverso peso. Da un lato, attraverso il riferimento prioritario dato a Austin, il benthamismo vi risulta in qualche modo deattualizzato e sdrammatizzato, non più oggetto scandalo, capace di suscitare scontro e passioni civili, ma un momento di pensiero passibile di una pacata considerazione al cui interno l'opzione utilitaristica veniva ricondotta al ruolo di *una* delle opzioni possibili che si sono presentate nella storia della filosofia morale ⁽⁹⁴⁾; dall'altro il benthamismo, assunto esclusivamente nei termini della *analytical jurisprudence* e subordinato alla linea storica complessiva di cui rappresentava il momento più avanzato, veniva inscritto e ricondotto all'epocalità forte di cui esso era espressione, cioè all'orizzonte storico dell'esperienza di concentrazione e stabilizzazione statale che aveva fatto *seguito* alla emergenza di una piena e indiscussa sovranità territoriale, verso cui tendevano a convergere l'insieme delle espe-

⁽⁹³⁾ Il riferimento è ovviamente alla seconda, alla terza e alla quarta delle *lectures* della *Province*. Una fine lettura del ruolo di Paley nella genesi della formulazione austiniiana è, come già ricordato, in A. AGNELLI, *John Austin* cit., in particolare pp. 64-80. Sulla diversa strutturazione dell'*utility* in Paley e in Bentham si veda il saggio di J.E. CRIMMINS, *Religion, utility and politics: Bentham versus Paley*, contenuto nel volume, curato dal medesimo autore, *Religion Secularisation and Political Thought. Thomas Hobbes to J.S. Mill*, London, Routledge, 1989, pp. 130-152. Sull'orizzonte pienamente e intenzionalmente secolaristico della filosofia di Bentham, rispetto al quale è possibile valutare la difformità della posizione austiniiana, si veda ora, sempre di CRIMMINS, *Secular Utilitarianism. Social Science and the Critique of Religion in the Thought of Jeremy Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

⁽⁹⁴⁾ Ciò non è privo di analogie con l'approccio di William Whewell, sul cui ruolo nella formazione intellettuale del giovane Maine si tornerà più avanti.

rienze congeneri, ma processualmente più ‘arretrate’. L’assunzione mainiana del carattere *pienamente giuridico* della nozione austiniana di *sovereignty* era del tutto funzionale a questo risultato ⁽⁹⁵⁾. In questo senso, nonostante il suo titolo, il saggio del ’55 non si configura, almeno in senso ultimo, come uno scritto *di* diritto internazionale, ma piuttosto come un attraversamento del quadro giusinternazionalistico che tra sincronicità e diacronicità riorganizza la comprensione dei termini del discorso giuridico come scienza ⁽⁹⁶⁾.

12. *Uno storicismo non storicista*

L’affermazione della compatibilità tra riduzione di legge positiva a comando e differenti fondazioni morali assume sotto questa angolatura una portata maggiore della posizione pur rilevante che era stata precedentemente riconosciuta nell’economia argomentativa del testo del ’55. Non si tratta solo della possibilità di tenere fermo un elemento centrale della costruzione benthamiano-austiniana, prescindendo dai contesti filosofici che lo contornano, quanto di radi-

⁽⁹⁵⁾ Proprio in ciò JOHN DEWEY aveva visto in un suo scritto giovanile (*Austin’s Theory of Sovereignty*, in “Political Science Quarterly” IX [1894], pp. 31-52) un sostanziale travisamento dalla sovranità austiniana da parte di Maine, che la ricondurrebbe a una concezione positivista del potere. Se la notazione di Dewey, che intende enfatizzare la figura di Austin *moralista*, non è del tutto convincente sulla base del testo della *Province*, di cui sembra isolare la premessa etico-teologica, essa tuttavia coglie un aspetto dell’interpretazione mainiana che si rafforzerà nella produzione successiva ad *Ancient Law*.

⁽⁹⁶⁾ Se si considera l’insieme dell’economia argomentativa del saggio del ’55, risulta evidente come l’insistenza sul mantenere un carattere rigorosamente giuridico al concetto di sovranità sia a ciò pienamente funzionale. Un suo allentamento in senso storico-politico (in fondo disponibile all’interno dell’universo discorsivo segnato dalla lezione austiniana, si pensi alla prestazione di GEORGE CORNWALL LEWIS e alle pagine su *sovereignty* del suo *Remarks on the Use and Abuse of Some Political Terms*, London, Fellowes, 1832, pp. 33-58 e *passim*, che dà avvio a un tentativo protratto negli anni di costruire una scienza politica che tenga conto dell’architettura scientifica della *jurisprudence*) non avrebbe permesso il tipo di acquisizione complessiva cui Maine mira. In *International Law*, a distanza di un trentennio, quando si tratterà di mettere a tema i profili del diritto internazionale, Maine, pur riproponendo temi e argomenti di *CS* e *AL*, non esiterà a duplicare i piani e ad affermare che “Mr. John Austin’s definition of Sovereignty is not that of International Law” (*IL*, 58). Diverso non è solo il contesto, diverso è il *problema*.

carlo altrettanto fermamente in un orizzonte che vede quella stessa riduzione darsi fattualmente attraverso la fondamentale semplificazione politica della dimensione giuridico-normativa. In questa prospettiva, il criterio della adeguatezza diventava il metro non esterno di misurazione della correttezza della costruzione teorica. La scientificità della *analytical jurisprudence* trova fondamento nella sua capacità di descrivere e di comprendere le modalità strutturali di ciò che legittimamente può essere chiamata la modernità statale: in questo senso essa le è pienamente adeguata, non come un metodo generale che cattura un caso, ma come sua propria e specifica costellazione concettuale. Ma se questa adeguatezza è l'elemento di forza della *analytical jurisprudence*, ne sostanzia il limite la mancanza di consapevolezza storica, che, prima ancora che di sé e della propria natura, è mancata consapevolezza della realtà *storica* che essa *scientificamente* esprime.

Il piano di indagine dei primi scritti di Maine, nonostante il carattere contratto della tematizzazione e qualche incertezza di sviluppo analitico, si determina complessivamente all'interno di quest'ordine problematico. La *genes* della *jurisprudence* storica mainiana in questo senso non muove affatto da una contrapposizione alla *analytical jurisprudence*, ma al contrario da una assunzione piena delle sue linee di fondo. L'istanza della storicizzazione non nasce da una diversa opzione *metodologica* che le viene opposta dall'esterno, ma proviene dall'interno di questa assunzione, e si accompagna all'istanza determinata di dare ragione del suo carattere di scientificità⁽⁹⁷⁾.

Certo, la storicizzazione è un'operazione critico-trasformativa e non lascia zone franche: il carattere dirompente che Maine attribuisce alla complicazione romanistica non lascia dubbi a questo riguardo. Nulla sarebbe più fuorviante dunque del minimizzare le

(97) Con modalità logico-argomentative in parte diverse da quelle qui presentate e in riferimento all'insieme dell'opera mainiana, lo stretto legame tra Maine e l'orizzonte analitico è stato argomentato, in anni in cui la nuova generazione della storiografia giuridica britannica tendeva a negarlo, da I. VANNI nel suo *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., che parla di "correzione in senso realistico e positivo" a partire dall'"idea storica" come "idea dominante" (p. 41, ma cfr. tutto il quarto paragrafo su "La filosofia giuridica come filosofia del diritto positivo", pp. 36-42).

differenze forti tra gli esiti di Maine e quelli dei giuristi analitici o, peggio, attribuire al suo progetto l'impropria immagine di una storiografia 'giuridico-analitica'. Tuttavia, per meglio chiarire il senso dell'internità della storicizzazione mainiana, ci sia concesso ritornare su due punti di quanto trattato in precedenza. Il primo concerne la *jurisprudence*, il secondo la storia del diritto o meglio l'origine del diritto storico.

In *The Conception of Sovereignty and Its Importance for the International Law* lo scarto tra la linea 'hobbesiana' che sfocia in Austin e la teoria giusnaturalistico-groziana della sovranità viene superato dall'elemento dell'"immunity from the control of every other superior", che permette un raccordo *sul piano della teoria* tra le due posizioni.

In termini argomentativi l'inserito trova solo in ciò connessione con le altre parti dello scritto, lasciando meramente indicato il problema *storiografico* delle implicazioni genealogiche del loro rapporto. D'altra parte, il terreno del confronto storico in senso proprio privilegia come elemento centrale di snodo temporale la discontinuità tra *tribe-sovereignty* e *territorial sovereignty*. La ripresa romanistica che sottende le moderne costruzioni giusnaturalistiche appartiene, come si è visto, allo scenario dominato dalla presenza della sovranità territoriale e così la trasformazione della coppia *dominium/imperium* nelle figure moderne del dominio che si dà ora come potere di disposizione non più su cose, ma su persone. Ma, all'interno di queste, Maine non individua nessuna ulteriore congruenza tra le due posizioni: l'assenza intenzionale di una specifica base romanistica nella definizione hobbesiana dello stato di natura — assenza che ne enfatizza la distanza dalla tradizione groziana e da Locke, che invece a questa viene considerato appartenere — non mancherà di essere rimarcata da Maine all'inizio del quinto capitolo di *Ancient Law*, quasi a dare un maggiore rilievo storiografico allo scarto presente nello scritto precedente, nel momento stesso in cui la presunzione di una *condizione naturale* sembra accomunarle ⁽⁹⁸⁾. In

(98) "The Lockean theory of the origin of Law in a Social Compact scarcely conceals its Roman derivation...; but on the other hand the theory of Hobbes on the same subject was purposely devised to repudiate the reality of a law of nature as conceived by the Romans and their disciples" (*AL*, 114). L'affermazione tuttavia non

che ordine problematico si dispone dunque lo scarto argomentativo offerto dal testo?

Ora, la rappresentazione teorica della concentrazione del potere in “a state at once isolated and consolidated” è sicuramente cosa diversa dal tentativo della costruzione in buona parte immaginaria di una scena internazionale composta esclusivamente da individualità statali autonome. Questa costruzione, priva per di più della possibilità di appellarsi a una istanza superiore che le dia effettualità come a una sorta di “wholly exceptional jurisprudence”, secondo il paragone che in *The Conception of Sovereignty* evidenziava il rapporto di derivazione tra *jus gentium* e modello giusinternazionalistico, parla lo stesso linguaggio delle *fictiones* da cui trae origine. Il linguaggio in cui “true nature and conditions of sovereignty” si fanno strada nella rappresentazione scientifica di un concreto sistema giuridico-statale è invece del tutto diverso, quali che siano gli importi da precedenti tradizioni da cui debba emanciparsi. Nonostante l'importanza enorme attribuita alla ripresa giusnaturalistica, restano cioè per Maine preminenti la condizione-soglia che permette al sistema giuridico di esistere in quanto tale e il porsi a sua volta di questa come condizione prima del discorso scientifico; in questa prospettiva, che nella storia della *jurisprudence* e dei suoi materiali non assume il carattere di una lineare sequenza cronologica, trovano ruolo e valore gli altri linguaggi.

Il secondo punto ci obbliga a ritornare alla connessione tra nascita dei codici e dimensione pubblica indicata all'inizio di queste considerazioni, e in cui si è sottolineato l'evidenziarsi dell'elemento politico. Anche sotto il profilo delle fonti, sono legittimamente individuabili in questa elementi ascrivibili senza difficoltà all'orizzonte intellettuale benthamiano-benthamita. La contrapposizione indicata in *Roman Law and Legal Education* tra esposizione delle leggi alla “public view” e “juristical oligarchy” va certamente in questo senso, come anche la stessa precisazione che agli inizi di

impedirà a Maine di accomunarli nella critica della nozione di *stato di natura*. Va ricordato tuttavia come il passo citato, l'unico del testo in cui si fa riferimento all'autore del *Leviathan*, trovi collocazione in un contesto che privilegia un'ottica diversa da quella del '55, dove l'attenzione non è tanto alla sovranità, quanto alla genealogia delle figure giuridiche.

Ancient Law il primo di questi termini trova in quello di *publicity*, uno fra i più ricorrenti e pregnanti del lessico di Bentham sin dai suoi primi scritti ⁽⁹⁹⁾. Ma rilevante a questo riguardo è anche la lezione storiografica di cui Maine si avvale. Fonte preminente — e esplicitamente indicata — per l'individuazione della transizione tra *customary law* e età dei codici è la *History of Ancient Greece* che George Grote aveva iniziato a pubblicare dal 1845 per la Utilitarian Society e il cui ultimo volume è dello stesso anno di *Legal Education*.

È in questa che Maine trova, all'interno di uno schema “per cui la democrazia greca e la sofistica stavano al culmine della civiltà greca” ⁽¹⁰⁰⁾, i materiali storiografici che rendono possibile una generalizzazione ampia — tale da essere estesa a tutta l'area dei codici — del nesso tra crisi aristocratica, nascita della scrittura e ruolo decisivo del *popular party* e che permettono quindi di considerare le tavole romane non un evento isolabile, ma l'espressione tipologicamente più pura di un processo generale, lungo le linee di un approccio strutturale, che non rinuncerà in questo caso ad una concessione ‘diffusionistica’, riprendendo la *lectio* annalistica, ma poi anche ciceroniana ⁽¹⁰¹⁾, sulla delegazione romana inviata in Grecia a studiare le leggi di Solone e gli altri codici. La critica benthamiana ai *sinister interests*, la contrapposizione fra interessi frazionari illegittimi e interessi legittimi regolati da un diritto posto, e certo proprio perché posto, erano elementi sicuramente presenti nel modo in cui Grote guardava alla Grecia antica, trasformando la politica delle parti a Atene in una storia in cui era simboleggiato il mondo del diciannovesimo secolo ⁽¹⁰²⁾. Maine lo fa in parte proprio,

⁽⁹⁹⁾ Di G.J. POSTEMA si vedano in proposito, *Bentham and the Common Law Tradition* cit., *passim*, ma in particolare pp. 364-367, e le importanti precisazioni contenute nel successivo saggio *Bentham on the Public Character of Law*, in “Utilitas”, I (1989) 1, pp. 41-61.

⁽¹⁰⁰⁾ Così MOMIGLIANO nella sua *Introduzione alla “Griechische Kulturgeschichte” di Jacob Burckhardt*, contenuta nel *Secondo contributo allo studio alla storia degli studi classici* (1955), poi ripresa in *Sui fondamenti della storia antica*, Torino, Einaudi, 1984, p. 400.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. *De Legibus*, II, 25. Maine renderà esplicito il riferimento a questo passo nelle *Dissertations on Early Law and Custom* (ELC, 6).

⁽¹⁰²⁾ Così ancora MOMIGLIANO che in ciò accomuna Grote e Mommsen nel suo *Storiografia antica e moderna* (1980), ora in *Sui fondamenti* cit., p. 61.

espungendovi la curvatura costituzionalistico-democratica che sulle posizioni del radicalismo filosofico Grote faceva vivere nel proprio immaginario storiografico.

A ridosso dell'ampia ricerca di Grote, intellettuale di spicco del radicalismo benthamiano, ideatore fra l'altro del progetto di una edizione completa degli scritti hobbesiani sfociato poi nell'edizione Molesworth, acquista dunque ulteriore pregnanza l'impiego mainiano della nozione di *publicity*. In questione non è infatti solo il carattere palese delle leggi, ma il loro tendenziale rivolgersi a "the entire society", la cui unitarietà è colta non tanto attraverso un presunto carattere 'egualitario' dei contenuti normativi, ma a partire dalla individuata unicità del 'soggetto' normante. L'accento su "the entire society" è il risvolto di questo e precisa, chiarendolo, il significato attribuito alla *publicity*.

A questo punto risulta possibile cogliere alcuni fili che vedono convergere in un modello tendenzialmente unificabile alcuni momenti chiave della storia del diritto. Da una parte, il dominio di oligarchie che "seem to have abused their monopoly of legal knowledge" (*AL*, 15), la presunzione di un diritto noto solo ai giudici, la confusa situazione di sovraordinazioni e sottoordinazioni dei poteri nelle teorizzazioni sulle sovranità limitate e parziali; dall'altra il codice, la centralità della *legislature*, il riconoscimento delle "true nature and conditions" della sovranità: difficile non vedere una partizione che attraversa momenti del diritto e momenti del discorso sul diritto di cui non è sostenibile alcuna contiguità *storica*, ma che tuttavia allude a una trama di relazioni ben individuabile.

Il diritto esce dalla propria storia *primitiva* (dalla propria *preistoria*?) quando trova una intelaiatura politica su cui e al cui interno poter svilupparsi; garante efficace della progressiva differenziazione dei materiali normativi può essere solo un elemento politico che, essendo tale — in senso proprio — *in quanto prodotto di un primario processo di differenziazione*, è tendenzialmente solidale con essa.

Storicizzare è innanzitutto rendere ragione di queste differenziazioni, della loro determinatezza e quindi della loro non-universalità. Ma proprio per questo la storicizzazione mainiana non è storicista. Maine, proponendo la storicizzazione dell'universo concettuale della *analytical jurisprudence*, nel momento stesso in cui storicizza davvero, lo traduce in un universo di *relazioni* categoriali,

che si espongono a essere concettualmente determinate storicamente: è storia appunto di strutture e di sistemi. Ma, in questo specifico rovesciamento della concettualizzazione in categorizzazione, la matrice originaria sembra resistere con forza indubbiamente maggiore di quanto potrebbe risultare da qualsiasi sua riduzione a storiografia basata sulla mera categorizzazione degli istituti e dei materiali normativi assunti positivamente.

Ancora una volta è il primo capitolo di *Ancient Law* a fornire elementi decisivi nel dare formulazione programmatica a quanto indicano le movenze logico-argomentative dei primi scritti. Prima di iniziare a prendere in esame il diritto dei codici, abbandonando il terreno delle prime forme giuridiche, Maine intende cautelarsi contro il rischio di fraintendimenti. Bentham e Austin, egli argomenta, risolvono ogni legge in un comando da parte del legislatore, in un'obbligazione nei confronti del cittadino e in una sanzione minacciata in caso di disobbedienza; elemento primario è tuttavia il comando, nel suo rivolgersi non a un singolo atto, ma a una classe o genere di atti. "The results of this separation of ingredients tally *exactly* with the facts of mature jurisprudence"; *formalmente* basterebbe uno sforzo linguistico per proiettarli nello spazio e nel tempo, adattandoli a ogni legge di ogni genere e a ogni epoca. Tuttavia, mentre ancor oggi la dissezione operata dall'approccio analitico fatica ad essere generalmente accettata, "it is curious that, the farther we penetrate into the primitive history of thought, the farther we find ourselves from a conception of law which at all resembles a compound of the elements which Bentham determined". Infatti, "it is certain that, in the infancy of mankind, *no sort of legislature*, not even a distinct author of law, is contemplated or conceived of" (AL, 8).

Nei confronti dell'approccio analitico, nel momento stesso in cui sembrano maggiormente accentuati la presa di distanza e il rifiuto della pretesa universalità delle determinazioni che esso mette in campo, il riferimento negativo alla *legislature* trasforma la rigorosa delimitazione della sua applicabilità storica nella positiva affermazione della irrinunciabilità, per l'orizzonte di scientificità della *jurisprudence*, dei criteri propri a tale approccio.

CAPITOLO SECONDO

SULLA LOGICA DELLA RAPPRESENTAZIONE STORICA

1. Una filosofia della storia del diritto. — 2. L'epoca dei codici come problema. — 3. *Themistes*. — 4. Genere e genealogia I: comando/legge. — 5. "Customary law". — 6. Genere e genealogia II: potere/politico. — 7. Semantica del progresso I.

Ancient Law: its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas appare nel gennaio del '61 presso John Murray, uno dei maggiori editori londinesi, lo stesso che poco più di un anno prima aveva pubblicato un volume che aveva avuto un particolare successo di pubblico, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection* di Charles Darwin. Il titolo è di decisione dell'editore, prescelto tra tre diverse opzioni avanzate da Maine, che comunque — come testimonia una lettera del luglio precedente a Murray — gli avrebbe preferito il più stringato, e forse più centrato, *Ancient Law, and its Relation to Modern Ideas* ⁽¹⁾.

Il testo — pur indicando di non volere valicare la propria natura di "a study" — nella propria partizione esibisce un piano ambizioso e certamente più organizzato di quanto gli venga solitamente riconosciuto, tanto da far supporre che il rapporto con le lezioni al Middle Temple alla fine si sia invertito e che le esigenze di una loro pubblicazione siano state dominanti nello sviluppo degli ultimi corsi. La *prima* articolazione, composta all'incirca dai primi tre capitoli, copre l'arco che dall'identificazione delle forme giuridiche più remote procede alla perimetrazione di quell'area progressiva al cui interno assume carattere centrale l'esperienza romana, per delineare infine le linee di sviluppo del diritto romano e degli strumenti che ne hanno garantito i processi evolutivi all'interno dell'intelaiatura.

(1) Cfr. G. FEAVER, *From Status to Contract* cit., pp. 41-42.

tura protettiva del codice. Una *seconda* articolazione, che coincide in gran parte con il quarto capitolo, sviluppa il tema giusnaturalistico, già anticipato dalle pagine del capitolo precedente sulla nascita dell'*æquitas*, ed è interamente incentrata sulla storia *moderna* del diritto naturale e sul rapporto di implicazione genealogica che questa mantiene nei confronti di “certain philosophical theories of the Roman Jurisconsults” (*AL*, VI). Una *terza* articolazione, interamente più complessa e più estesa, è introdotta dal quinto capitolo, dedicato a *Primitive Society and Ancient Law* — è qui che con maggior forza viene avanzata la proposta patriarcalistica che contrassegnerà l'insieme della riflessione mainiana — e ripercorre nuovamente la considerazione delle forme peculiari al diritto arcaico, facendone il punto di avvio di un'ampia ricostruzione degli istituti del diritto romano messi a confronto con i loro corrispondenti moderni, scandita quasi monograficamente negli ultimi cinque capitoli, dedicati rispettivamente alla successione testamentaria (VI-VII), alla proprietà (VIII), al contratto (IX) e alle forme iniziali di penalità (X).

Dal punto di vista della sua architettura, dunque, l'organizzazione dell'opera presenta tratti ben distinti e le precisazioni che Maine ritiene di dover fornire nella breve *Preface* sono rivolte più a delimitarne il senso complessivo, precorrendo possibili obiezioni di parte romanistica — e a dare ragione dell'inconsueto spazio assunto nell'economia generale del testo da un tema specificamente filosofico come quello giusnaturalistico — che a provvedere il lettore di elementi che ne illustrino la struttura e l'articolazione (*AL*, V-VI) ⁽²⁾. Ma a complicarne l'apparente linearità interviene la materialità della scrittura. Questa, infatti, operando secondo una modalità che rispetto alle linee architettoniche della partizione dell'opera ha più dell'intarsio che del ricalco, trova uno sviluppo che, muovendo su piani differenziati, di continuo moltiplica le istanze dell'articolazione 'maggiore' attraverso repentini addensamenti del discorso che, spezzando la prevista compattezza argomentativa, fanno trasparire un'urgenza di sintesi prospettica (e di risarcimento 'sistematico') che di continuo la ridetermina. Viene così a prodursi quella *difficile*

⁽²⁾ Sull'insistenza mainiana sulla necessità di leggere *Ancient Law* fuori dai canoni della trattatistica romanistica cfr. la nota 12 del precedente capitolo.

consistenza tra piano dell'opera e scrittura, in cui si riverbera, pur senza coincidervi immediatamente, la tensione latente tra ricostruzione storica ed esplicitazione teorica che proprio lo sforzo di far coincidere *storia* e *scienza* lascia intravedere. Ciò probabilmente sta alla base della sensazione, espressa più volte, che ci si trovi dinanzi a una prestazione di carattere sostanzialmente saggistico. Questa attribuzione di saggismo — certo impropria rispetto alle intenzioni dell'autore, ma non del tutto illegittima: retrospettivamente è innegabile che *Ancient Law* abbia tutte le ragioni per figurare nella grande tradizione del saggismo ottocentesco — non è stata estranea alle modalità di una ricezione che ha spesso privilegiato una lettura d'insieme, quasi *gestaltica*, dell'opera a scapito di una considerazione analitica che si pretendeva d'estinguere nella valutazione dei singoli momenti storiografici.

È una attribuzione che, prima ancora che nella ricezione successiva, troviamo presente già nell'accoglienza dei contemporanei. “His book is in substance an essay on the growth and development of law — an essay rather than a treatise”, scrive Montague Bernard, sicuramente uno dei lettori di Maine più colti ed intelligenti, ma in fondo anche dei meno simpatetici ⁽³⁾. L'affermazione era tutt'altro che innocente. Lo stesso Maine non aveva esitato a riferirsi alla propria opera come a un *treatise* ⁽⁴⁾ e analogamente nella recensione su quella che era, o meglio era stata, la rivista del radicalismo

⁽³⁾ La recensione di BERNARD apparve, secondo l'uso anonima, sulla “Quarterly Review” (CX, July 1861, pp. 114-138, per il passo p. 118) ed è sicuramente tra le più significative, sia perché introduce con originalità chiavi di lettura che avranno seguito, come quella del rapporto diritto/linguaggio, sia perché si confronta dall'interno di una aggiornata conoscenza della comparatistica contemporanea. M. Bernard (1820-82) aveva avuto sul versante oxoniense un percorso in qualche modo simile a quello avuto da Maine a Cambridge. A Oxford deteneva la cattedra di recente istituzione di diritto internazionale e diplomazia e aveva contribuito agli *Oxford Essays* (London, Parker, 1855-8) con un saggio su *The Growth of Laws and Usages of War*. A partire dagli anni '60 avrebbe avuto un ruolo di crescente rilievo come giusinternazionalista, rappresentando più volte le posizioni e gli interessi britannici in vari organismi internazionali. In *International Law* Maine lo citerà più volte, sempre con grande rispetto, riferendosi particolarmente al suo testo forse più celebre, *An Historical Account of the Neutrality of Great Britain during the American Civil War* (London, Longmans, 1870).

⁽⁴⁾ “It does not fall within the province of this *treatise*...” (AL, 144 — cors. mio). Egualmente si esprimerà John Stuart Mill nelle pagine dedicate a Maine alla fine della

benthamita, la “Westminster Review”, aveva fatto il *pupil* di Maine al Middle Temple, Frederic Harrison, che aveva insistito ad accentuarne gli aspetti e le implicazioni giusfilosofici, indicandola fin dalle prime battute come “a really scientific book upon the principles of law” (5).

Non si trattava certo di una *querelle* sulla tipologia letteraria dell’opera e Bernard non tardava a mettere a nudo quale fosse la reale posta in gioco. Nella sua recensione, per molti versi attenta e impegnata, il termine di confronto era nondimeno costituito dal *System* e dalla *Geschichte* di Savigny, assunti per l’appunto nella loro differenza. “It should never be forgotten” — leggiamo in conclusione del suo resoconto — “that the science of jurisprudence, regarded as a whole, comprises not only a study of what the law is and has been, but of what it would be if the principles to be extracted from it were correctly worked out — an inquiry which has generally been carried on under the obnoxious name of the Law of Nature, with the disadvantage to be placed on an unsound foundation, and pursued upon a perverse method. The difference between a book which embraces only one of these inquiries and a book which comprehends both, is the difference between the ‘History of Roman Law in the Middle Ages’ and the ‘System of Modern Roman Law,’

sua recensione delle lezioni austiniiane sulla “Edinburgh Review”, CXVIII (1863), pp. 439-452, come pure nella recensione a *Village Communities in the East and West* sulla “Fortnightly Review” (May 1871), poi ripresa in *Dissertations and Discussions*, vol. IV, London, Longman, 1875, pp. 130-153.

(5) “Westminster Review”, vol. LXXV no. CXLVIII, n. s. vol. XIX no. II, pp. 457-477. A sostegno della valenza complessiva di un testo in fondo di dimensioni modeste Harrison ricordava come “law is precisely one of those fields of thought in which few governing ideas can succeed in transmuting an entire system. We have only to consider how very few have been the principles on which complicated superstructures of technical rules have been built”. Ma richiamava anche il legame dell’opera con la didattica e “so large part... played in the history of law by didactic lectures”, testimoniata da una lunga serie di giuristi, dalle scuole medievali italiane e francesi alla recente produzione universitaria tedesca ed americana fino ai casi autoctoni di Blackstone e di Austin (pp. 462-3). Maine ebbe espressioni altamente elogiative per la recensione di Harrison (come anche per quella — finora senza attribuzione — apparsa sullo “Scotsman”) e anche in considerazione dei loro rapporti è opportuno tenerla presente, cfr. M.E. GRANT DUFF, *Sir Henry Sumner Maine: A Brief Memoir of his Life. With Some of his Indian Speeches and Minutes*, London, Murray, 1892, p. 20.

the two great works of Savigny earlier and his later life... It is unscientific and illogical to confound these inquiries together” (6). L’attribuzione di saggismo (7) alla fine si rivelava solidale con un giudizio che collocava l’opera, quali ne fossero i meriti, all’interno di un non valicato perimetro storico-ricostruttivo, negandole quelle incursioni su di un terreno *lato sensu* dommatico che apparivano “its peculiar temptations”. La lettura di Bernard finiva così per rinsertare il testo mainiano in un orizzonte che in gran parte gli era estraneo e da ultimo si trasformava in una sorta di letto di Procuste che, obliterando temi come centralità del codice e questione codificatoria, ne rifrangeva un’immagine mutila in aspetti teoricamente decisivi.

Se tuttavia nel caso della recensione della “Quarterly Review” i termini del confronto restavano, per quanto critici, ben piantati sul terreno della *scienza* giuridica, non altrettanto si può dire per le vie su cui, magari con assoluto favore, nei decenni successivi *Ancient Law* è stata recepita. La stessa rinnovata presenza scientifica di Maine sulla scena britannica ed europea *dopo* il suo rientro dalla settennale esperienza indiana, se per un verso darà sviluppo e preciserà alcuni degli elementi presenti nell’opera del ’61, per un altro esimerà dall’approfondirne le soluzioni e gli esiti problematici *specifici*, favorendone un’assimilazione e una risoluzione all’interno dell’orizzonte proprio delle opere successive, dove ai tratti di continuità tematica della ricerca mainiana si sommerà la necessità di

(6) Anche se continuava: “but it would be a great *practical* mistake to lose sight of their intimate connection with each other” (cit., pp. 136-8 — cors. mio). Non si trattava solo di contrastare quelle che Bernard chiamava le ‘tentazioni’ di Maine: si riverberavano anche dissensi solo in parte impliciti a proposito del diritto delle genti e dell’interpretazione del nodo groziano. Ma a Bernard non erano estranee anche preoccupazioni proprie del giurista di *common law*: si considerino le perplessità in tema di *judicial interpretation* (pp. 121-4).

(7) “There is not much novelty or depth of research, but there is a remarkable skill in picking out and weaving together scattered and broken threads, an intimate knowledge of Roman law, pretty extensive general reading, and what may be allowed to call French facility of generalisation combined with the just observation of an English man of science” (cit., p. 124).

interagire con una situazione intellettuale e *disciplinare* che negli anni si era andata modificando (8).

Per contro, proprio una costante attenzione al peculiare rapporto tra piano e scrittura offerto dal testo risulta imprescindibile per il recupero analitico dei quadri concettuali entro cui si dispone il suo sviluppo e, quindi, un po' paradossalmente, anche per la riappropriazione del significato determinato di molte delle tesi che hanno contribuito alla sua rapida fortuna ed alla sua prolungata influenza. Perché una lettura 'non saggistica' si renda disponibile, recuperare i contesti propri degli anni '50 è necessario, ma non sufficiente. Essa richiede che si guardi alla disseminazione di istanze prospettiche presenti nel testo non come a una mera ridondanza tonale, funzionale da ultimo al primato di una rivendicazione di natura *metodologica*, ma che se ne assuma il portato per così dire strutturale. *Ancient Law* in questo modo può offrire un'immagine di sé decisamente più complessa e stratificata, al cui interno la questione del metodo storico e quella del suo 'oggetto', proprio perché lontane dal trovare una lineare composizione in termini di piano, possano e debbano essere affrontate simultaneamente, nel loro intreccio costitutivo.

1. *Una filosofia della storia del diritto*

“Historical Method” e “Comparative Method” sono termini che da più di centocinquant'anni continuano ad echeggiare nelle pagine della letteratura mainiana e hanno segnato in profondità, già immediatamente dopo la pubblicazione di *Ancient Law* — in un intrico non sempre facile da dirimere — l'immagine dell'opera e della ricerca di Maine. Ha ragione Stephen G. Utz a scrivere: “The very

(8) Che uno studioso fornito di indiscusso credito come il prevosto del King's College di Cambridge, NOEL ANNAN, possa affermare in una sua celebrata conferenza (*The Curious Strength of Positivism in English Political Thought*, London, Oxford University Press, 1959, p. 14) che *Ancient Law* “was inspired by Maine's experience in India and it was an Anglo-Indian who proved to be in some sense the sole contemporary analogue to Durkheim and Pareto”, quando è notorio che la settennale esperienza di Maine in India come *Legal Member* dell'Indian Council ha inizio con il suo arrivo a Calcutta solo nel novembre del 1862, è solo la testimonianza estrema e caricaturale di tale, lunga omologazione.

diversity of inspiration Maine imparted... seems to work against our ability to read him as a legal theorist" (9). Ma non si tratta solo di ricezione e d'influenza, la stessa autorappresentazione dell'autore ne è coinvolta.

Per quanto in *Ancient Law* il primo termine compaia solo poco volte e il secondo neppure una, l'insistenza con cui l'anonimo recensore sulla "Saturday Review" indicava nell'applicazione del metodo storico allo studio del diritto e nella possibilità, finalmente raggiunta nei suoi elementi basilari, di una *comparative jurisprudence*, gli elementi innovativi che caratterizzano un'opera definita a tutto tondo senza rivali (10), presenta sicuramente tratti di solidarietà con l'ampia messa a punto da parte dello stesso Maine dieci anni più tardi nella prima *lecture* ("The East, and the Study of Jurisprudence") di *Village-communities in East and West* (V, 3-28) e che ha uno dei propri baricentri nella seguente affermazione: "The enquiry upon which we are engaged can only be said to belong to Comparative Jurisprudence, if the word 'comparative' be used as it is used in such expressions as 'Comparative Philology' and 'Comparative Mythology'" (V, 6) (11). Sarebbe dunque poco prudente volerne sminuire o, peggio, negare la prestanza interpretativa.

Va tuttavia considerato come alla letteratura mainiana non sia stata estranea la tentazione di ricondurre questa solidarietà in un'immediata e diretta traducibilità delle indicazioni offerte da *Ancient Law* nei termini dalla sistemazione del '71, argomentandone conte-

(9) S.G. UTZ, *Maine's Ancient Law and Legal Theory*, in "Connecticut Law Review", vol. 16 (1984), pp. 821-852; la cit. è da p. 823.

(10) "Saturday Review", 16 febbraio 1861, pp. 167-169. Come si ricorderà, alla rivista Maine aveva collaborato stabilmente proprio fino al febbraio del '61 ed è quindi certo attendibile l'ipotesi, anche in assenza di attribuzione, di una qualche 'prossimità' tra autore e recensore. Dall'analisi di questa *review* muove A. CASSANI nel suo saggio, dal titolo decisamente simpatetico, *Un trionfo del metodo storico: 'Ancient Law' di Henry Sumner Maine*, in "Giornale critico di storia della filosofia", LXIV (1985), pp. 429-460.

(11) Il passo continua: "We shall examine a number of parallel phenomena with the view of establishing, if possible, that some of them are related to one other in the order of historical succession. I think I may venture to affirm that the Comparative Method, which has already been fruitful of such wonderful results, is not distinguishable in some of its applications from the Historical Method" (*ibidem*).

stualisticamente la legittimità ⁽¹²⁾. Il parallelismo tra filologia comparata e *comparative jurisprudence*, che l'anonimo recensore sulla "Saturday Review" aveva felicemente instaurato nella sua valorizzazione della 'sponda' indiana dell'indagine, si espone così a essere trasformato, non senza azzardo, in un legame di derivazione, quasi a suggerire di leggere l'atteggiamento simpatetico di Maine nei confronti del metodo filologico come se questo costituisse qualcosa pronto "to be using... as a justification of his own method" ⁽¹³⁾. Questa opzione interpretativa — forse mai attribuibile a tutto tondo a un singolo autore, ma certamente incombente su parte cospicua della letteratura — si presta a non poche obiezioni. Innanzi tutto pare difficilmente condivisibile, anche optando per un'interpretazione marcatamente 'continuista' del pensiero mainiano, presentare come punto di partenza ciò che comunque non potrebbe essere colto altrimenti che come un punto d'arrivo — non interessa se necessario o meno — di un processo intellettuale comunque complesso, omologando così il Maine che elabora la sua prima opera a partire dalle lezioni al Middle Temple al Maine che, alle soglie degli anni '70, dopo l'esperienza *sul campo* fatta in India e la risistemazione anche intellettuale che ne è conseguita, si trova a spenderne e a ripensarne le acquisizioni.

Ancient Law è un testo degli anni '50, letteralmente *costruito* nel

⁽¹²⁾ Ciò risulta tanto più sottolineato quanto maggiore è il rilievo assegnato al ruolo che la figura intellettuale di Maine viene ad assumere negli anni successivi. L'esempio più rilevante in questo senso è quello offerto da J.W. Burrow e Stefan Collini, che in *The clue to the maze: the appeal of the Comparative Method* (in STEFAN COLLINI, DONALD WINCH e J.W. BURROW, *That noble science of politics. A study in nineteenth-century intellectual history*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 207-246) parlano di un vero e proprio ciclo intellettuale connesso al metodo comparativo come metodo storico, alla cui origine andrebbe individuato appunto Maine: "The acknowledged mentor of the generation dominated by the promise of the comparative method — a generation whose major works belong, for the most part, to the last three decades of the nineteenth century — was Sir Henry Maine" (p. 210, ma vedi anche ss.). Ma se prendiamo in esame *Comparative Politics* di EDWARD A. FREEMAN (London, Macmillan, 1872), giustamente ritenuto uno dei momenti culminanti di tale ciclo, vediamo che la posizione attribuita a Maine risulta decisamente più appartata. Sarà invece Maine a riferirsi a Freeman, quando si tratterà di esemplificare il senso dell'approccio comparativo oltre la filologia e la mitologia (VC, 9-10).

⁽¹³⁾ J.W. BURROW, *Evolution and Society* cit., p. 148.

corso di questo decennio seminale per molte delle costruzioni di pensiero che terranno la scena dei decenni successivi. È da qui che vanno viste svolgersi linee di convergenza e divergenza che, a partire da una comune sensibilità post-illuminista, solo più tardi si espliciteranno e si *ricosceranno* in una tendenza comune. Ciò è senz'altro vero anche per l'approccio comparatistico al linguaggio e alla mitologia. In questa prospettiva va considerata la questione del rapporto di Maine con Max Müller, uno studioso tedesco trapiantato in Inghilterra, e con l'elaborazione comparatistica che, in un'originale torsione della tradizione filologica su di un asse speculativo di matrice kantiana, egli va approntando a ridosso delle proprie ricerche sul sanscrito e sulle culture dell'India arcaica ⁽¹⁴⁾. Un certo parallelismo tra la ricerca di Müller e quella di Maine — ma *non* una derivazione metodologica — era stato avanzato da Bernard nella sua recensione sulla “Quarterly Review” sotto il segno di un'analogia tra storia linguistica e storia giuridica ⁽¹⁵⁾. Ma questa si inscriveva appunto all'interno di una strategia argomentativa in cui centrale era

(14) Friedrich Max Müller (1823-1900), antico uditor di Schelling e traduttore in inglese di Kant, autore di una *History of Ancient Sanskrit Literature* (London, Williams & Norgate, 1859), fu professore a Oxford e a lungo si occupò di ricerca folklorica, lungo le linee di un approccio filologico in cui confluivano marcati interessi filosofici e teologici. Anche se in India non si recò mai, i suoi studi del pensiero religioso del sub-continente asiatico ne fecero un elemento di assoluto rilievo nel vittoriano Pantheon anglo-indiano. Su di lui si vedano l'ampio lavoro monografico di CRISTIANO CAMPORESI, *Max Müller: la malattia del linguaggio e la malattia del pensiero*, Firenze, Le Lettere, 1990, e il saggio, importante, di GREGORY SCHREMPF, *The Re-education of Friedrich Max Müller: Intellectual Appropriation and Epistemological Antinomy in Mid-Victorian Evolutionary Thought*, in “Man”, n.s. 18 (1983), pp. 90-110, che analizza con cura le dinamiche e le oscillazioni di un pensiero irrisolto tra idealismo e positivismo. Alla riscoperta dello spessore e del ruolo intellettuale di Max Müller hanno contribuito negli ultimi decenni, sul versante storico, J.W. BURROW, *The Uses of Philology in Victorian England* in ROBERT ROBSON (ed.), *Ideas and Institutions of Victorian Britain. Essays in honour of George Kitson Clark*, London, Bell & Sons, 1967, e, su quello antropologico, MALCOM CRICK, *Max Müller*, in “Journal of the Anthropological Society of Oxford”, 1/III (1972), pp. 1-11. Ma il nome di Müller è sempre stato presente sia agli studiosi del mito — si pensi al Cassirer del secondo volume della *Philosophie der symbolischen Formen* e a Marcel Detienne —, sia ai linguisti (ad esempio a W.D. WHITNEY, che con lui polemizzò in un opuscolo [*Max Müller and the Science of Language*, New York, Appleton, 1892], e, tramite l'influenza di quest'ultimo, a Ferdinand de Saussure).

(15) Cit., pp. 117-8.

il riferimento ‘normativo’ alla *Historische Schule*. In realtà il lungo saggio intitolato *Comparative Mythology*, che Müller pubblica nel '56 negli *Oxford Essays* ⁽¹⁶⁾, la pubblicazione oxoniense cui collaborò anche Bernard, è davvero parallelo a quello pubblicato lo stesso anno nei *Cambridge Essays* da Maine e della cui importanza si è detto in precedenza. Ma è un parallelismo di tipo diverso: di formazioni e di ricerche, che non implica comunicazioni ad oggi positivamente non verificabili e i cui momenti di *potenziale* risonanza devono piuttosto aprire il terreno alla ricerca dell'identificazione di autonomi incroci problematici ⁽¹⁷⁾.

Diversamente, ciò che il privilegiamento della filologia sembra adombrare è la possibilità di utilizzare per Maine un ricalco fin troppo aderente dei rapporti tra *Historische Schule* e filologia romantica, in un rischioso fraintendimento dei loro specifici profili ⁽¹⁸⁾. Questa connessione tra diritto e linguaggio infatti tende a scartare l'intera questione della dimensione imperativa della legge — che richiederebbe, lungo una linea che va da Tooke a Bentham, di misurarsi con un approccio linguistico certamente diverso da quello

⁽¹⁶⁾ Lo si veda ripreso in MAX MÜLLER, *Chips from a German Workshop. Essays on Mythology, Tradition, and Customs*, vol. II, London, Longmans, 1867, pp. 1-144.

⁽¹⁷⁾ In realtà una prossimità ‘ambientale’ tra Maine e Müller — che stranamente a mia conoscenza non è stata mai impugnata dai fautori della connessione ‘metodologica’ — è ricostruibile a partire dalla comune collaborazione alla “Saturday Review”, cfr. M.M. BEVINGTON, *The Saturday Review* cit., *passim*. Ma un esame serrato del saggio mülleriano del '56, che identifica nel mito la manifestazione di “un linguaggio ‘mitologico’ come risultato dalla natura metaforica degli atti di nominazione” e al cui centro sono le vicissitudini dell'etimologia popolare (cfr. MARIA PATRIZIA BOLOGNA, *Ricerca etimologica e ricostruzione culturale. Alle origini della mitologia comparata*, Pisa, Giardini, 1988, pp. 36-60), non lascia molto spazio a chi voglia rinvenirne lasciti diretti in *Ancient Law*. Comunque, nella *Rede Lecture* del '76, a proposito di *comparative mythology* Maine ricorderà Grote, non Müller, vedi *supra*. Più complesso il discorso a proposito della mülleriana patogenesi del mito in rapporto alla teoria mainiana della deriva degenerativa del *custom*, su cui comunque sarà necessario tornare più avanti. Nonostante alcune anticipazioni, l'effettiva messa a fuoco del mito come “a disorder of language” sarà fornita da Müller solo nella seconda serie delle *Lectures on the Science of Language* tenute alla Royal Institution nel 1863 (London, Longman, 1864).

⁽¹⁸⁾ Un profilo sintetico del dibattito tedesco di primo Ottocento è in GIULIANO MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in “Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere ‘La Colombaria’”, XL (1975), pp. 231-256.

romantico ⁽¹⁹⁾ — e neutralizza l'unico *esplicito* terreno comparativistico presente nel testo del '61, che — come vedremo — non è innanzi tutto quello tra le diverse configurazioni all'interno di una realtà fondamentale uniforme, com'è la "customary law", bensì quello tra sistemi giuridici storicamente *diversi*, ma *comparabili* proprio perché *sistemi*, e tra le condizioni della loro produzione ⁽²⁰⁾. Più generalmente, inoltre, il privilegiamento della filologia tende a semplificare lo spettro dei frequenti rimandi alle scienze della natura che il testo del '61 offre, azzerando il problema che complessivamente la loro presenza solleva.

Ciò che meno convince è la supposizione che sia possibile fornire ad *Ancient Law*, attraverso riferimenti che — per quanto capaci di evidenziare incroci e convergenze di modelli culturali e di profili intellettuali affatto *legittimi* — per Maine sono essenzialmente e esplicitamente di carattere *analogico*, un *generale* orizzonte epistemologico che provenga dall'esterno delle strutture problematiche che ne costituiscono l'oggetto d'indagine. Difficile dunque non concordare con Raymond Cocks che puntualizza bruscamente: "The Comparative Method is *not* discussed at any length in *Ancient Law*. Maine never paused to consider all its implications; he never gave the method a thorough examination independently of the other issues which attracted attention. There is no sustained elaboration of all its possible links with science, philology, legal practice, Roman Law, Indian customs and the other topics to which he devoted substantial space. In *Ancient Law* elements such as these are integrated into debates about legal change which relate more than anything else to Maine's vision of the proper role for educated,

⁽¹⁹⁾ Si veda a questo proposito l'eccellente contributo di EMMANUELLE DE CHAMPS, *The Place of Jeremy Bentham's Theory of Fictions in Eighteenth-century Linguistic Thought*, in "Journal of Bentham Studies", 2 (1999), leggibile al sito <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-project/journal/nldechmp.htm>.

⁽²⁰⁾ Non è casuale per l'insieme di tale approccio una sostanziale subalternità all'immagine che di Maine fornisce a fine secolo Vinogradoff, in un momento in cui massima è la rivalutazione di impronta *germanistica* della *common law*. Cfr. la nota 40 del capitolo precedente. Va inoltre tenuto presente come per Maine la *ancient law* presenti, al di là di notevoli articolazioni e diversità, una sostanziale *omogeneità*: nei suoi confronti il terreno della comparazione è quindi innanzi tutto quello concernente la sua *trasformazione*.

cultured layman or lawyer engaged in legal and social reform. But in itself, his interest in the Comparative Method would never have induced Maine to write *Ancient Law*... It was only in later years that Maine himself made many references to the 'Method' (21).

Sciolta dall'intreccio comparativistico, la questione del metodo storico ritrova la sua prospettiva. La relativa scarsità di indicazioni offerta dal testo evidenzia una situazione decisamente più sfumata e ci restituisce l'impossibilità di dare un profilo univoco e di per sé evidente all'iterazione mainiana del rimando (o meglio dell'*appello*) come a qualcosa di pre-dato, rendendo praticabile la domanda su di che cosa esso consti e di quali determinazioni effettivamente si sostanzii. Il riferimento all'"Historical Method" si presenta infatti come una questione non isolabile da quella dei problemi che vengono contestualmente sollevati nei luoghi della sua incidenza, a rischio di risolverlo tautologicamente nella mera affermazione della centralità della dimensione storica (22). Difficile attribuire ad esso una improbabile autonoma valenza *metodologica*.

L'alto grado d'indeterminatezza che fa da contrappunto alla forza retorico-argomentativa del richiamo all'"Historical Method" sembra dunque sollevare, piuttosto che esaurire, all'interno del testo

(21) R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine. A Study* cit., p. 203.

(22) Espressioni di diffidenza non mancheranno anche da recensori prossimi a Maine come J. FITZJAMES STEPHEN, che nella recensione congiunta della seconda edizione della *Province* austriana e di *Ancient Law*, apparsa sotto il titolo *English Jurisprudence* sulla "Edinburgh Review", CXIV (1861) no. 232, pp. 456-486, scrive: "Mr. Maine several times uses in reference to his own investigations the phrase 'Historical Method', and his book has been represented by several of his critics as an exemplification of a process which they described by that name. Indeed with persons who delight to dress their thoughts in semi-technical language, such phrases as the 'Historical,' the 'Inductive,' and the 'Analytical' methods have of late obtained considerable popularity. These phrases, no doubt, have their use, but they greatly obscure the general purport of speculation, which is first to discover the truth, and secondly to render it serviceable to mankind. It is not uncommon to write of historical and analytical methods as if were two independent roads to the same result, one of which was proved by experience to be right, and the other wrong" (p. 484). Stephen nell'affermare la necessaria complementarietà di approccio storico e approccio analitico sembra temere che un criterio di spiegazione storica si sovrapponga, risolvendolo in sé, a un criterio veritativo dove positività e giudizio etico si integrano. Stephen mostra qualche disagio per la tensione cui Maine sottopone l'impianto positivistico, anche se concorda con lui nel separare quest'ultimo da ogni sistematica utilitaristica.

la questione, sfaccettata e difficilmente maneggiabile, del rapporto tra storia e scienza. Scienza che per Maine — è opportuno ribadirlo — significa innanzi tutto *jurisprudence*, discorso scientifico sul diritto, nei confronti del quale una storia del diritto, pur basata positivamente sull'osservazione, non potrebbe essere *in quanto tale* che una condizione necessaria, ma non sufficiente. Quando Maine, caratterizzando una posizione che è anche la propria, afferma l'esistenza di una “wide-spread dissatisfaction with existing theories of jurisprudence, and so general conviction that they do not really solve the questions they pretend to dispose of, as to justify the suspicion that some line of inquiry necessary to a perfect result has been incompletely followed or altogether omitted by their authors” (*AL*, 115), è appunto l'assetto della *jurisprudence* come scienza a essere chiamato in causa⁽²³⁾. Da questa prospettiva, l'“Historical Method” è più del supporto che alla teoria può fornire una *legal history* capace di resistere al fascino delle razionalizzazioni intellettualistiche, più cioè di un canone storiografico avveduto: è l'istanza attraverso cui una scienza *già costituita* può pervenire a quel “perfect result” che continua a mancarle, perché non consapevole della *propria* storicità in rapporto alla storicità del proprio oggetto. Proprio in relazione al “*method which is to pursue*” Harrison scrive, con un' enfasi che al suo *tutor* non è concessa: “The *history of law* having been completed, it remains to sketch *the philosophy of its history*”⁽²⁴⁾. Appunto perciò gli elementi di critica e anche di polemica che in *Ancient Law* investono sia istanze della *analytical jurisprudence*, sia l'insieme delle teorie giusrazionalistiche del “Natural State and Natural Law” non sono accorpabili *linearmente* sotto un registro comune che si accontenti di notarne l'antagonismo nei confronti dell'“Historical

(23) Anche l'indicazione di una possibile eccezione storicamente rappresentata da Montesquieu è da intendersi in questo orientamento.

(24) Nella sua recensione apparsa sulla “Westminster Review” cit. (corsivi nell'originale). L'insieme del passo recita: “This task of completing, as it were, the annals of legislation having been on the whole satisfactorily accomplished, there remains the further task of comparing and explaining the development so variously recorded — in short, of laying down the theory of the movement which has hitherto been observed and chronicled. The *history of law* having been completed, it remains to sketch *the philosophy of its history*. It is this which, as we understand his purpose, Mr. Maine has set himself to do” (p. 460).

Method”. Non in misura maggiore, almeno, di quanto quest’ultimo, nella sua piena integrazione nel progetto mainiano di una *jurisprudence* storica e quindi in un’accezione ampiamente ‘demetodologizzata’, non riceva determinazione dai piani differenziati su cui questo stesso antagonismo trova espressione.

Nei medesimi termini sembra porsi la questione del rapporto tra *jurisprudence* e scienze — in particolar modo quelle scienze naturali, ai cui canoni di scientificità in *Ancient Law* si trova più di un rimando —, questione che costituisce per così dire l’altra faccia di quella dell’“Historical Method”. L’idea della contiguità delle scienze all’interno di una concezione che con qualche genericità può essere definita positivista è in Maine sicuramente riconoscibile, anche a non voler sopravvalutare la portata dell’allocuzione del 1865 davanti al Senato accademico dell’università di Calcutta, in cui la congruità di verità storica e verità scientifica viene apertamente rivendicata (25). Proprio questa contiguità — che si nutre di termini disciplinarmente interscambiabili (come quello di ‘uniformità’ (26) e

(25) “It is now affirmed, and was felt long before it was affirmed, that the truth of history, if it exists, cannot differ from any other form of truth. If be truth at all, it must be scientific truth. There can be no essential difference between the truths of the Astronomer, or the Physiologist, and of the Historian. The great principle which underlies all our knowledge of the physical world, that Nature is ever consistent with herself, must also be true of human nature and human society which is made up of human nature. It is not indeed meant that there are no truths except of the external world, but that all truth, of whatever character, must conform to the same conditions, so that if indeed history be true, it must teach that which every other science teaches, continuous sequence, inflexible order, and eternal law” (V, 265-266). L’occasione — è bene tenerlo presente per evitare enfasi indebite — è la presentazione accademica delle discipline che sono oggetto di insegnamento presso l’Università indiana. Maine si riferisce, in sequenza, al diritto, alla medicina e al blocco delle cosiddette *Arts*: “classics, mathematics, history, physical sciences, and (*what does not seem a correct term*) moral sciences” (V, 262 — *corsivi miei*).

(26) WILLIAM WHEWELL nella sua *History of the Inductive Sciences from the Earliest to the Present Times* (London, Parker, 1847²) aveva significativamente parlato, cogliendo la rilevanza per i paradigmi scientifici degli importi transdisciplinari, di discipline *palaeological* indicando con tale espressione l’estensione alle scienze umane dell’uniformismo che a partire dalla pubblicazione nel 1830 dei *Principles of Geology* di CHARLES LYELL costituiva la posizione dominante nelle scienze della terra. Su ‘primitivismo’ e ‘uniformismo’ in relazione a Maine (*uniform* e *uniformity* sono termini ricorrenti in *AL*) si veda J.W. BURROW, *Evolution and Society* cit., pp. 110-113.

quello, divenuto progressivamente centrale verso la metà del secolo, di ‘evoluzione’ (27)), e che poco spazio sembra lasciare a un effettivo approfondimento epistemologico per quella distinzione tra *moral sciences* e *natural sciences* che nel medesimo contesto aveva segnalato John Stuart Mill (28) —, se permette una sorta di *koinè* intellettuale, non produce affatto un *paradigma scientifico* unitario. Proprio perciò gli importi dalle scienze presenti in *Ancient Law* richiedono di essere compresi e valutati in funzione del loro ruolo locale, come elementi analogici o, forse più propriamente, come elementi metaforici che si precisano in rapporto alla loro dislocazione nella narrazione mainiana, e non all’opposto fatti confluire per l’assegnazione di un’improbabile supremazia (29).

Continuare a insistere sul ‘metodo’ come chiave interpretativa rischia un’improduttiva radicalizzazione di un’ambivalenza effettiva del testo con un duplice risultato paradossale. Da un lato, concen-

(27) Del resto, anche dopo la rivoluzione scientifica darwiniana, la nozione di evoluzione continua a mantenere concettualizzazioni molto diverse. Se il modello, in ultima istanza lamarckista, di “interazionismo ambientale”, che in Spencer trova la sistematizzazione più coerente, continuerà *nonostante Darwin* ad essere per molti aspetti prevalente, lo scambio tra discipline non sarà — come non era stato in precedenza — a senso unico. Cfr. da ultimo i lavori di ANTONELLO LA VERGATA, specialmente l’ampia ricerca *L’equilibrio e la guerra della natura. Dalla teologia naturale al darwinismo*, Napoli, Morano, 1990, ma va tenuto presente anche l’eccellente *Biologia, scienze umane e “darwinismo sociale”. Considerazioni contro una categoria storiografica dannosa*, in “Intersezioni”, 1/II (1982), pp. 77-97.

(28) Ciò — come noto — avverrà soprattutto in Germania, dove il termine *Geisteswissenschaften* apparirà per la prima volta, appunto come traduzione dell’inglese *moral sciences*, nella versione tedesca di I. Schiel del sesto libro (“On the logic of the moral sciences”) del *System* milliano.

(29) In questo senso la crescente incidenza di un lessico ‘darwinista’ nelle opere successive a *Ancient Law* non va in alcun modo sopravvalutato. Tale considerazione tuttavia non può essere spinta ad escludere, come fa KENNETH E. BOCK, *Comparison of Histories: The Contribution of Henry Maine*, in “Comparative Studies in Society and History”, 16 (March 1974), pp. 232-262, la presenza di una specifica dimensione evoluzionistica della prestazione mainiana. Il contributo di Bock ha sicuramente il merito di porre in dubbio più di un luogo comune della letteratura. Esso insiste tuttavia su di una delimitazione antiuniversalistica della riflessione mainiana che non ne valuta a fondo il carattere specificamente connesso alla nozione di sistema giuridico, risolvendola in un attacco alla generalizzazione storica, paradossalmente assai simile a quello sferrato alla fine del secolo, con ragioni certo più solide, contro Maine da Maitland.

trandosi sugli sfondi dell'argomentazione mainiana, essa privilegia come caratterizzanti quei materiali di *Ancient Law* che invece ne costituiscono, quale che sia la loro rilevanza, lo stratificato retroterra intertestuale, in cui è sedimentata una pluralità di apporti disciplinari diversi, che semmai andrebbe scandagliata nella rielaborazione che ne ha permesso la trasposizione sul piano propriamente storico-giuridico. Dall'altro, l'insistenza sull'appello metodologico si risolve nell'evocazione di un orizzonte virtuale, sempre ulteriore agli enunciati del testo, che finisce per collocare quest'ultimo in un'infelice dimensione di propedeuticità. Emerge così la necessità di ricondurre la questione a quella della dimensione complessiva dell'opera, indagandola innanzi tutto a partire dai suoi presupposti propri e ripercorrendone unitariamente l'assetto argomentativo.

2. *L'epoca dei codici come problema*

Agli inizi del capitolo precedente si è posto l'accento sulla solidarietà esistente nel testo mainiano tra l'assunzione tipologica delle tavole romane e il tracciato narrativo che coglieva nel nesso inestricabile di crisi degli assetti oligarchico-aristocratici, comparsa della scrittura e insorgenza demotica il riferimento diacronico di tale opzione. Le XII tavole costituivano il caso 'riuscito' e in quanto tale massimamente compiuto di un'esperienza giuridica della quale partecipava, pur in modi differenziati e parziali, l'intera sequenza diacronica che permetteva di instaurare quella relazione tra codice e *publicity* che del codice è, come si è visto, un tratto costitutivo e caratterizzante. All'interno di una connessione tesa ad indagare le strutture concettuali sottostanti alla nozione di codice, tale sequenza forniva i primi elementi che contribuivano a definirne determinazioni e copertura semantica, permettendo di intravedere la linea di sutura tra narrazione storica e costruzione teorica.

In *Ancient Law* tuttavia l'opposizione tra "customary law" e diritto scritto apre su di una più ampia rappresentazione storica, attraverso cui lo schema fin qui indicato trova una dilatazione complessiva che lo complica, quasi a indicarne un'insufficienza che ne renda necessaria un'integrazione di carattere sincronico. *Dopo* aver parlato delle tavole e averne sottolineato il carattere esemplificativo, Maine traccia nel primo capitolo un rapido quadro delle

forme giuridiche ad esse precedenti. Il linguaggio è volutamente prudente e non solo le scelte lessicali, ma tutto l'andamento dell'esposizione sono attenti a farsi carico della difficoltà di non indurre il lettore nella trappola di fraintendere, dietro termini che gli si presentano immediatamente perspicui, perché appartenenti al suo mondo storico, una realtà arcaica che al contrario male sopporta tale evidenza e nei cui confronti è necessario uno sforzo per evitare i rischi di assimilazioni nominalistiche. Si tratta di un numero di pagine certo assai limitato, ma della cui densità è necessario pienamente farsi carico, sia per il ruolo che svolgono nell'economia complessiva dell'opera, sia per il fatto che parte rilevante della produzione successiva mainiana — soprattutto della più tarda — può essere letta di volta in volta come puntualizzazione, difesa o rettifica di quanto in esse era sostenuto per la prima volta.

Punto di partenza della ricostruzione è Omero. È un avvio obbligato, ma è nondimeno una scelta: risolvendosi a utilizzare soltanto fonti *scritte*, Maine avvalora in senso forte, quasi esclusivo, l'idea di una base scritturale del documento. La convinzione che a fondamento dell'indagine debba esserci qualcosa che, anche se non ha avuto origine nella scrittura, attraverso la sua mediazione ci è pervenuto, struttura un canone storiografico cui Maine si atterrà sempre, ma che resterà implicito fino a quando la sua — solo apparente — evidenza dovrà essere difesa dalla crescente aggressività degli approcci antropologici ed etnografici ⁽³⁰⁾. Il riferimento ai

⁽³⁰⁾ Il riferimento alla natura delle fonti ritorna pressante nella difesa che Maine, negli ultimi anni della propria vita, attua contro le critiche portate alla "patriarchal theory", in particolare dallo scozzese John Ferguson McLellan e dall'americano Lewis Morgan. Cfr. ad esempio l'importante saggio *Theories of Primitive Society*, che forma il settimo capitolo di *Dissertations on Early Law and Custom* (ELC, 192-231), e la recensione (anonima, ma di sicura attribuzione a Maine, cfr. M.E. GRANT DUFF, *Sir Henry Sumner Maine* cit., p. 67), del volume postumo di McLellan *The Patriarchal Theory* (London, Macmillan, 1885), apparsa sulla "Quarterly Review", CLXII (1886), pp. 181-209. In particolare J.F. McLENNAN (1827-1881), anch'egli studioso di sicura formazione giuridica (era stato segretario della Scottish Law Amendment Society e si era occupato di statistica criminale), aveva puntato ad integrare nel suo *Primitive Marriage. An Inquiry into the Origin of the Form of Capture*, Edinburgh, Black, 1865 (cfr. in particolare i capitoli I e VIII) documentazione storica e osservazione diretta delle popolazioni 'selvagge' lungo le linee di un'argomentazione che forzava le barriere della storia scritta — quelli che egli chiama i confini della filologia — a favore della congettura

poemi omerici sta in questa prospettiva e sarà coerentemente ribadito in tutta la produzione successiva: in essi va riconosciuto il *terminus a quo* di ogni indagine sul mondo arcaico, almeno fino a quando sviluppi ulteriori delle conoscenze filologiche — Maine ha in mente gli avanzamenti allora in corso nella padronanza del sanscrito — non permettano di decifrare, rendendole scientificamente disponibili, fonti più remote.

Ora, in Omero, secondo la lettura di Maine, non c'è *nomos*. “So great and famous a term in the political vocabulary of the later Greek society” non trova ancora riscontro nei poemi ⁽³¹⁾, dove invece si parla solo di *themistes*. Queste sono da intendersi come sentenze giudiziali, proferite *di volta in volta* dai re primitivi sotto l'ispirazione di un dio, e, sebbene se ne possa ragionare come degli elementi più arcaici collegabili al diritto, non possono essere considerate leggi in alcun senso proprio, ma solo “separate, isolated judgements”, non collegate reciprocamente “by any thread of principle” (*AL*, 5). Le *themistes* cioè non presuppongono l'esistenza di una consuetudine o di un diritto ad essa connesso, ne sono piuttosto — e ciò ne costituisce l'elemento di maggior rilievo — il *presupposto* per quanto remoto: il loro progressivo trovare un assetto nel corso

di forme di aggregazione umana promiscua, più arcaiche della famiglia, quali l'orda. Tale costruzione, che avrebbe contrassegnato l'intera stagione del dibattito antropologico incentrato sul legame totemico, l'aveva condotto a una contrapposizione al 'patriarcato' di *Ancient Law* che negli scritti successivi si sarebbe approfondita, assumendo i toni di una vera e propria polemica scientifica, cfr. il capitolo 13 (*Patriarchs — or Matriarchs?*) del libro di G. FEAVER, *From Status to Contract* cit., che bene documentata la triangolazione, a volte burrascosa, tra Maine, Lewis Morgan e McLennan e, sul punto, il saggio di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, 'Ancient Law' e 'Primitive Marriage': una pagina di storia delle istituzioni primitive nell'Inghilterra vittoriana, in “Sociologia del diritto”, IX (1982), pp. 65-84, ora ripreso in *Modelli di stato e di famiglia* cit.

⁽³¹⁾ Maine segue, sulla scia di Grote (vedi *infra* nota 42), la lezione, prevalente non solo ai suoi tempi, che in *Od.* I, 3, come pure nel verso formulare più volte ricorrente di *Od.* VI, 121, legge *noos* e non *nomos*. Tra i maggiori, forniscono elementi per la ricostruzione dello *status quaestionis* rispettivamente, da un punto di vista giuridico, CARL SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Berlin, Duncker & Humblot, 1960², che vi dedica uno specifico paragrafo (*Nomos bei Homer*, pp. 45-47) e, da un punto di vista storico-filologico, MARCELLO GIGANTE, *Nomos Basileus* (1955), Napoli, Bibliopolis, 1993², pp. 44-45, entrambi con ampi riferimenti alla letteratura.

del tempo, attraverso il loro ricorrere con le medesime modalità di fronte alle medesime circostanze, si presenta innanzi tutto come “a habit”, piuttosto che come “a custom” (AL, 8). Solo con il declino della monarchie eroico-sacrali e con la sequenza di eventi che può essere approssimativamente letta come un’usurpazione della supremazia regia da parte di “that council of chiefs which Homer repeatedly alludes to and depicts”, ha inizio un ciclo storico che, non incontrando elementi controtendenziali, sfocia nella dominazione di quella che in termini moderni verrebbe considerata come “a political aristocracy” (AL, 10). La figura del re scompare o viene depotenziata fino a scemare in un ruolo meramente funzionariale o *esclusivamente* religioso, come testimoniano rispettivamente il re arconte ateniese e il *rex sacrificulus* romano, mentre la “*undefnied* supremacy over law and legislation” (cors. mio) che le apparteneva si trasferisce a figure differenti, come quella del *prætor* romano ⁽³²⁾. Si determina così la situazione già nota, al cui interno viene istituzionalizzato il dominio di un numero limitato di famiglie unite da una *supposta* parentela di sangue e dove Maine riconosce il passaggio dal *custom* a ciò che può essere chiamata in senso più proprio una “customary law”. Anche se non ci si trova di fronte a una conformazione giuridica vera e propria, “Customs and Observances now exist as a substantive aggregate” (AL, 12): coloro che detengono il potere, se non rivendicano più un’*ispirazione* divina, sono tuttavia in grado di affermare al suo posto un monopolio conoscitivo esclusivo sulle regole e sui principi sulla cui base è possibile dirimere e governare i conflitti che sorgono nella comunità. È questo ciclo storico che a sua volta trova fine con la sequenza rivoluzionaria che trae origine dalle città costiere dell’Asia minore, per investire successivamente l’insieme di

(32) “The powers heretofore accumulated in the hands of a single person were parcelled out among a number of elective functionaries, the very name of the kingly office being retained and imposed on a personage known subsequently as the Rex Sacrorum or Rex Sacrificulus. As part of the change, the settled duties of the supreme judicial office devolved on the Prætor, at the time the first functionary of the Commonwealth, and together with these duties was transferred the undefnied supremacy over law and legislation which always attached to ancient sovereigns, and which is not obscurely related to patriarchal and heroic authority they once enjoyed” (AL, 62).

quella che Maine denota come l'area 'occidentale' ⁽³³⁾. Qui ha inizio l'epoca dei codici.

Fino a quest'ultima fase, il processo presenta un profilo omogeneo che non sembrava richiedere delimitazioni. Gli stadi indicati, nonostante la diffrazione cronologica in cui trovano riscontro nelle diverse situazioni ⁽³⁴⁾, si presentano dotati comunque di una certa universalità, supportata dalle esemplificazioni riscontrabili al di fuori dell'Occidente mediterraneo: "There is some evidence that the races which were subsequently united under the Persian monarchy, and those which peopled the peninsula of India, had all their heroic age and their era of aristocracies" (AL, 11). La qualificazione indoeuropea, che qua e là affiora nel testo, sembra più funzionale a fornire un contesto a sostegno della documentazione che a istituire un dispositivo di esclusività ⁽³⁵⁾. "The important point for the jurist is that these aristocracies were universally the depositaries and administra-

⁽³³⁾ Maine usa l'aggettivo "western" per l'insieme delle esperienze che hanno avuto luogo nell'area settentrionale del Mediterraneo. Nella loro identificazione *occidentale* gioca la predisposizione a sussumerle nella loro integralità come termine della contrapposizione tra Oriente e Occidente.

⁽³⁴⁾ "In Greece, in Italy, on the Hellenised sea-board of Western Asia, these codes all made their appearance at periods much the same everywhere, not, I mean, at periods identical in point of time, but similar in point of the relative progress of each community" (AL, 14).

⁽³⁵⁾ Il riferimento indoeuropeo gioca in realtà un ruolo nell'insieme modesto in *Ancient Law*. Confrontando Bachofen con Maine, EVA CANTARELLA scrive: "Quasi paradossalmente, Bachofen si rivela dunque più etnocentrico di altri, il cui orizzonte scientifico è meno aperto del suo: ed è sintomatico, per fare un esempio, il caso di Maine. In Maine infatti la limitazione, tutt'altro che programmatica, dell'interesse storico ed etnologico agli indoeuropei, è adeguamento inconsapevole all'orizzonte culturale dell'epoca", *J.J. Bachofen tra storia del diritto romano e scienze sociali*, in "Sociologia del diritto", IX (1982), p. 132. Se l'aggettivo 'inconsapevole' è certo infelice, si tratta comunque di una formulazione che può ragionevolmente essere condivisa: l'indicazione di un'area indoeuropea, che sicuramente trova crescente incidenza negli scritti mainiani dopo il '70, continua tuttavia a definire, anche se con enfasi maggiore, uno spettro 'omogeneo' di comparazione, al cui interno sia possibile definire gradi diversi di progresso e di stazionarietà, e non concede molto a interpretazioni assolutizzanti. Per Maine comunque il termine di indoeuropeo manterrà un significato etno-linguistico di carattere descrittivo, che accomuna assieme popoli diversi come quelli del subcontinente indiano e quelli europei, senza indulgere a una sua reinterpretazione in senso gerarchico-razziale. Lo stesso Müller che "per primo discorre nel '61 di 'razza ariana'" si ritrarrà indignato di fronte alle ambigue contaminazioni di linguistica e antropologia

tors of law” (*AL*, 11-12). A questo punto il quadro unitario si rompe. Rispetto ai codici che aprono “another sharply defined epoch in the history of jurisprudence” (*AL*, 13) e di cui le tavole romane sono “the most famous specimen”, le ‘codificazioni’ asiatiche sono non solo relativamente tarde, ma anche tardive. Non si tratta solo del loro prodursi in momenti temporali più recenti, ma della loro collocazione all’interno della dinamica evolutiva. Significativamente esse esibiscono tratti diversi rispetto alle esperienze occidentali. Nella loro genesi non c’è traccia di una rottura *politica* e la loro comparsa non intacca un monopolio giuridico che continua a essere saldamente in mano a gruppi ristretti. Non solo l’elemento della “publicity” manca completamente, anche il loro ruolo è differente.

Maine indica come esempio più rilevante la compilazione bra-minica che va sotto il nome di Leggi di Manu (o Menu, secondo una modalità scritturale che varierà tra *Ancient Law* e le opere successive). È la prima volta che egli rimanda a un testo che sarà presente sempre, in un modo o nell’altro, in tutta la sua produzione successiva, e di cui potrà essere considerato tra i maggiori esperti. Ma non è un esempio ‘specialistico’. Il *Manava Dharmasastra*, o *Manusmurti*, tradotto in lingua inglese e pubblicato per la prima volta in Europa nel 1796 col titolo *Institutes of Hindu Law or the Ordinances of Menu, according to the Gloss of Culluca, Comprising the Indian System of Duties, Religious and Civil* (London, Sewell), era certamente uno dei maggiori e più noti riferimenti per la conoscenza della tradizione indiana presenti alla cultura britannica della prima metà dell’Ottocento. In maniera decisiva vi aveva contribuito William Jones (1746-1794), un intellettuale di formazione umanistica che era entrato nella professione legale come *barrister* ed era riuscito a farsi nominare giudice nei territori della East Indian Company con l’intenzione di coniugare l’attività giudiziaria con il proprio interesse per le lingue orientali. Convinto che le popolazioni del Bengala dovessero essere governate secondo quella che egli credeva essere la loro “antica costituzione” — una convinzione che condivideva con

del dibattito di fine secolo, cfr. l’informata rassegna di ANDREA ORSUCCI, *Ariani, indo-germani, stirpi mediterranee: aspetti del dibattito sulle razze europee*, in “Cromohs”, 3 (1998), <http://www.unifi.it/riviste/crohmos/3-98/orsucci.html>.

Burke, di cui fu corrispondente ⁽³⁶⁾ —, si era posto l'obiettivo che riteneva imprescindibile per l'amministrazione britannica in India, di investigare e sistematizzare le fonti tradizionali del diritto locale in "a complete digest of Hindu and Muslim Laws, on the great subjects of Contracts and Inheritances" e in questo senso aveva scritto a Lord Cornwallis, *Governor General* della Compagnia dal 1786 al 1793 ⁽³⁷⁾, proponendogli di diventare il Giustiniano dell'India, con l'implicito corollario di riservare a sé il ruolo di Triboniano. In questa prospettiva Jones lasciò da parte il suo studio del persiano e, in età già avanzata, affrontò quello del sanscrito. Se si tiene presente che la pubblicazione del *Manava Dharmasastra* si iscrive pienamente in questo progetto, diventa comprensibile come la questione della sua attendibilità documentaria fosse indissolubilmente collegata a quella della sua 'attualizzazione', cioè al suo ruolo di riferimento 'tradizionale' per la giurisdizione nelle aree indiane della Compagnia ⁽³⁸⁾. Egualmente si spiega come il variare delle sue

⁽³⁶⁾ La contrapposizione tra la posizione di Edmund Burke e l'ottocentesca egemonia utilitaristica costituisce enfaticamente l'esito del lavoro, utile, ma nell'insieme poco convincente, di UDAY SINGH MEHTA, *Liberalism and Empire. A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999 (si vedano contrastivamente F. G. WHELAN, *Edmund Burke and India. Public Morality and Empire*, Pittsburgh, Pittsburgh U.P., 1996 e GUIDO ABATTISTA, *Adam Smith e la natura dell'impero britannico alla fine del XVIII secolo*, in RAFFAELLA GHERARDI (a cura di), *Politica, consenso, legittimazione. Trasformazioni e prospettive*, Roma, Carocci, 2002, pp. 140-154).

⁽³⁷⁾ Cfr. GIORGIO BORSA, *La nascita del mondo moderno in Asia Orientale*, Milano, Rizzoli, 1977, pp. 109-117.

⁽³⁸⁾ Fondamentale a questo proposito BERNARD S. COHN, *Law and Colonial State in India* in J. STARR-J.F. COLLIER (eds.), *History and Power in the Study of Law*, Ithaca (N.Y.), Cornell U.P., 1989, pp. 131-152, come pure il precedente *The Command of Language and the Language of Command*, in RANAJIT GUHA (ed.), *Subaltern Studies IV*, Delhi, Oxford U.P., 1985, pp. 276-329. La datazione proposta da Jones per il cosiddetto codice di Manu, che ne faceva risalire il testo a circa quattordici secoli prima dell'era cristiana, era stata tuttavia contestata quasi subito ed egualmente era avvenuto per il suo tentativo di dare una qualche consistenza storica alla figura di Manu. Già nel 1817 sull'orizzonte complessivo dell'interpretazione di Jones era intervenuto criticamente James Mill nella sua fortunatissima *History of British India* (si vedano al riguardo DUNCAN FORBES, *James Mill and India*, in "Cambridge Journal", V (1951-1952) no. 1, pp. 19-33 e l'ampia analisi che dedica all'opera GUIDO ABBATISTA nella seconda parte del suo *James Mill e il problema indiano. Gli intellettuali britannici e la conquista dell'India*, Milano, Giuffrè,

interpretazioni abbia accompagnato nel corso del diciannovesimo secolo le diverse sensibilità e i diversi indirizzi nell'amministrazione giudiziaria e nell'individuazione di spazi possibili per la legislazione coloniale ⁽³⁹⁾.

Mentre per le tavole romane il riferimento primario era costituito da un elemento di positività — esse *effettivamente* registrano “the existing customs of the Roman people” (AL, 18), il *Manava Dharmasastra* consisteva in gran parte in “an ideal picture of that which, in the view of Brahmins, *ought* to be the law”. Più prossimo ad un ‘codice’ di doveri religiosi e dominato da una dimensione di doverosità, esso non organizza la vita *reale* dei popoli cui si intende rivolto ⁽⁴⁰⁾. La credenza condivisa di una sua origine remotissima e

1979). Secondo J.D.M. DERRETT (*Sir Henry Maine and Law in India: 1858-1958*, in “The Juridical Review”, IV (1959), pp. 40-55) Maine proprio attraverso la lettura dell'opera di Mill approda alla conoscenza delle *Leggi di Manu*, datandone l'origine all'incirca tra il primo secolo a.C. e il terzo secolo d.C. Ma è bene ricordare che le *Leggi di Manu* avevano avuta ampia notorietà, diventando una stabile icona non solo per la cultura anglo-indiana, ma anche per tutto l'orientalismo europeo ottocentesco fino a Nietzsche (cfr. ANNEMARIE ETTER, *Nietzsche und das Gesetzbuch des Manu*, in “Nietzsche Studien”, 16 [1987], pp. 340-352). Sembra quindi scarsamente fondata la tesi sostenuta da Frederick Pollock, che “the existence of books called by the names of Manu and Narada was hardly known outside Anglo-Indian official circles except to few students of Sanskrit”, quasi a suggerire per questa via una *specific* competenza ‘indiana’ di Maine già al tempo di *Ancient Law* (cfr. la *Note C Early Forms of Law: “Written” and “Unwritten” Law: Early Codes* della sua edizione di *Ancient Law*, London, Murray, 1906, pp. 22-25). Basti considerare che i riferimenti presenti in *Ancient Law* non sono né più estesi, né più approfonditi di quelli utilizzati, ad esempio, tre anni prima da Henry Thomas Buckle nel primo volume (1857) della sua enciclopedica *History of Civilization in England*. A William Jones, “even more of a jurist than a scholar”, e alla sua lettura delle *Leggi di Manu* Maine dedicherà vent'anni più tardi un ampio sguardo retrospettivo nelle pagine del primo capitolo (*The Sacred Laws of the Hindus*) di ELC, 1-26.

⁽³⁹⁾ Sulle vicissitudini del paradigma utilitaristico in India resta punto di riferimento insostituibile, nonostante gli ampi sviluppi critici che il tema ha avuto in tempi recenti, il lavoro di ERIC STOKES, *The English Utilitarians and India* (1959), Delhi, Oxford U.P., 1989².

⁽⁴⁰⁾ “The Hindoo code, called the Laws of Menu, ... undoubtedly enshrines many genuine observances of Hindoo races, but the opinion of the best contemporary orientalist is, that it does not, as a whole, represent a set of rules ever actually administered in Hindostan” (AL, 17-18). È un giudizio, che, ricondotto su di un terreno descrittivo di carattere quasi sociologico, sarà iterato nella seconda *lecture* di *Village Communities* (VC, 51-56), nel misurare la crescente distanza tra le effettive consuetudini

semidivina pone questo testo su un piano radicalmente diverso da quello in cui si dispongono le esperienze dei primi legislatori: “Brahminical India has not passed beyond the stage at which a rule of law is not yet discriminated from a rule of religion” (AL, 23). Più le due realtà vengono confrontate, più le due raccolte mostrano differenze tali da poter essere comprese come autentiche polarità oppositive.

Tuttavia un problema si pone. Se le tavole decemvirali e le cosiddette leggi di Manu esemplificano *tipi* diversi e contrapposti di esperienze normative, la copertura semantica che assicura loro la collocazione sotto un termine comune, si presenta come una copertura debole, da cui è pressoché impossibile derivare una classificazione unitaria. Più di due decenni dopo, all'inizio del saggio su *The King, in His Relation to Early Civil Justice*, Maine non avrà esitazioni a dismettere ogni connessione terminologica tra codici e sistemazioni orientali. “The monuments of jurisprudence which lay claim to the highest antiquity are those of the Hindus, one which has long been vaguely known to Europeans under the name of the Code of Manu. Many similar collections of ancient Indian rules have of late been discovered and some been translated, *but it is to be observed that none of them deserved to be called Codes*” (ELC, 160-1, cors. miei). C'è da dubitare che si tratti di maggiore consapevolezza. Perché allora Maine nelle pagine del '61 insiste in un utilizzo disinvolto del termine *code*, quando quanto converge su d'una sua determinazione concettuale muove in senso esattamente contrario? Posta all'altezza di *Ancient Law* la domanda si può scansare come puntigliosamente oziosa, solo se la si intende centrata esclusivamente sul singolo termine. Ma a essere in questione è l'endiadi “epoch of codes”, il senso complessivo cioè della comparazione che complica l'asse diacronico, evidenziando la presenza di una polarità sincronica. Per tentare di sciogliere questo nodo sarà opportuno ripercorrere più da presso le scansioni del tracciato fino a qui esposto.

del mondo agrario e le reinterpretazioni sistematizzanti di origine bramini, mano a mano che ci si allontana dalle grandi città, dove risiedevano le Corti superiori di instaurazione coloniale che le avevano assunte come riferimento giurisdizionale.

3. Themistes

Innanzitutto, la questione delle *themistes*. Sulle orme di Vico Maine ritiene che la poesia omerica, per quanto possa avere esagerato alcuni tratti della “heroic age”, fornisca una descrizione di una condizione arcaica che non è ancora “wholly idealised”. Se i suoi resoconti non sono degni di attendibilità fattuale, le sue descrizioni presentano il vantaggio di non essere “tampered with moral or metaphysical conceptions”, come invece avverrà per altre fonti egualmente celebri, ma relativamente più tarde che narrano dei tempi remoti “under philosophical or theological influences” (*AL*, 3). Dell’età eroica invece Omero ci parla restando su di un piano che in qualche modo di essa ancora partecipa e, proprio per questo motivo, la sua esposizione non necessita della mediazione interpretativa di una griglia ‘intellettuale’. Nel quinto capitolo Maine spinge oltre la propria valorizzazione della fonte omerica, estendendone l’attendibilità al di là dell’ambito storicamente e geograficamente determinato che vede la nascita dei poemi. In bilico tra sapere e memoria, la dimensione *mitica* della poesia, contrariamente al carattere selettivo (ed escludente) dell’elaborazione intellettuale, si mostra in grado di accogliere e di conservare tracce *attendibili* di gradi di incivilimento che già ai contemporanei appaiono ormai radicalmente estranei, perché meno ‘avanzati’ sul terreno dalla *civilisation* ⁽⁴¹⁾. Non si tratta di mera trasfigurazione. La loro disumanizzazione, il diniego cioè della loro contiguità antropica, sta al cuore del *compromesso* poetico che media, invece che espungerla, la memoria di un passato sentito ormai come irricognoscibile e altro. “The almost physical loathing which a primitive community” — come resta quella omerica — “feels for men of widely different manners from its own expresses itself by describing them as monsters, such as giants, or even (which is almost always the case of Oriental mythology) as demons. However that may be, the verses condense in themselves the sum of hints which are given us by legal antiquities” (*AL*, 125). Maine commenta in questo modo i passi omerici del libro IX dell’Odissea sui “Ciclopi violenti e privi di

(41) Sulla stima mainiana delle diverse fonti documentarie cfr. *AL*, 120-1.

themistes” (42), che costituisce uno degli esempi che gli permettono di indicare una condizione in cui le famiglie vivono isolate, senza contesti urbani e senza rapporti reciproci sostanziali e durevoli, in una condizione dove “law is the parent’s word” (cors. mio). La successiva comparsa delle *themistes* accompagnerà il formarsi di un legame ‘sociale’ che comincia a connettere un certo numero di famiglie in aggregati più ampi, di cui esse tuttavia continuano a costituire le unità basilari (AL, 126). Prima della comparsa di leggi vere e proprie, viene dunque indicata una lunga condizione primitiva dell’umanità, di cui tuttavia il testo mainiano allude una relazione al giuridico, che, per quanto opaca e definita principalmente tramite negazioni, avrà nel suo discorso un ruolo fondamentale.

Le “legal antiquities” devono rispondere della propria qualificazione. Quando Maine afferma che “the earliest notions connected with the conception... of a law or rule of life, are those contained in the Homeric words ‘Themis’ and ‘Themistes’” (AL, 4), non sembra tanto individuare l’avvio di una fase, quanto piuttosto indicare un processo, che, sebbene difficilmente determinabile per la ricostruzione storica, ha nelle *themistes* il proprio esito, un esito tuttavia che già si dispone a germinare in altro attraverso la loro stabilizzazione consuetudinaria in “habit”. La lettura mainiana — lo si è accennato sopra — vede le *themistes* caratterizzate da un’ispirazione divina, rendendo ragione per questa via della relazione tra *Themis* e il suo plurale *themistes*. La mentalità arcaica iscrive teologicamente l’evento del responso: in un’epoca in cui l’antropomorfizzazione in un *agent* costituisce l’orizzonte esplicativo degli eventi e delle regolarità della natura, anche ciò che accade nel “moral world”, come la formulazione di un giudizio da parte di un re, viene visto come il prodotto di un agente divino che lo ha ispirato. “The divine agent, suggesting judicial awards to kings or gods, the greatest of kings, was

(42) Essi “non hanno assemblee di consiglio, né *themistes*...e ciascuno comanda sui figli e sulle mogli, incuranti gli uni degli altri” (IX, 112; 114-115). Cito dalla traduzione di AURELIO PRIVITERA (Milano, Fondazione Lorenzo Valla, 1981), che rende *themistes* con “leggi”, secondo un’abitudine generalmente condivisa non solo nelle traduzioni italiane. Un orientamento di segno decisamente opposto a quello proposto da Maine è rappresentato da ERIC A. HAVELOCK, che in *The Greek Conception of Justice from Its Shadow in Homer and Its Substance in Plato*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1978, rende *themistes* con *traditions*.

Themis” (AL, 4). Le *themistes* omeriche rinviano dunque a figure di re eroico-sacrali che si rappresentano più come *giudici* che come *law-makers* (43). La comparsa di una regolarizzazione tradizionale in “custom” le è susseguente e viene fatta espressamente corrispondere a “a conception posterior to that of Themistes or judgments”. L’uso del superlativo (“the earliest notions...”) non precisa quindi un dato meramente cronologico, ma allude a un’iniziale acquisizione di forma all’interno di un processo che solo in forza del proprio complessivo svolgimento autorizza una tale identificazione. “When we go forward to the state of society in which the early legal conceptions show themselves as formed, we find that they still partake of the mystery and spontaneity which must have seemed to characterise a despotic father’s command, but that at the same time, inasmuch as they proceed from a sovereign, they presuppose a union of family groups in some wider organisation” (AL, 125). È un’asserzione che stabilisce una genealogia e che potrà essere enfatizzata alla fine del quinto capitolo all’interno di un considerazione che ha come oggetto il calco che il potere paterno ha impresso nell’istituzione romana della *patria potestas* e quindi sull’insieme delle relazioni su cui insisterà il diritto delle persone, quando si tratterà di considerare il ruolo delle *themistes* in senso prospettico. Maine in questo caso si mostra meno prudente e non esita a mettere direttamente in rapporto *themistes* e diritto civile: “The Civil laws of State first make their appearance as the Themistes of a *patriarchal sovereign*, and we can now see that these Themistes are probably only a developed form of the *irresponsible* commands which, in a still

(43) La presenza di Grote è in queste pagine più forte di quanto sia solitamente riconosciuto e va certo oltre la breve citazione a proposito dei re-giudici. È GROTE infatti, nel cap. XX (*State of Society and Manners Exhibited in Grecian Legend*) della prima parte della sua *History of Greece* cit., a indicare *Od. IX*, 114 ss. come punto di partenza per la comprensione del significato di *themis*, aprendo una linea di ragionamento che Maine farà propria. Ed è sempre lui a insistere sullo stretto legame offerto dai poemi omerici tra natura della regalità e natura dell’assemblea, che determina lo scenario su cui *themistes* e *dikai* si presentano come emanazioni di *a person*, sia essa Zeus o un re. In Grote tuttavia tale legame tiene un ruolo centrale (si considerino al riguardo le pp. finali del § 1 e quelle iniziali del § 2) che organizza lo sviluppo dell’indagine storica nel suo insieme, mentre l’elaborazione mainiana segue una linea differente, concentrandosi sulle determinazioni imperative delle *themistes* e sulla loro implicazione genealogica.

earlier condition of the race, the head of each isolated household may have addressed to his wives, his children and his slaves” (*AL*, 166-167 — cors. miei). Con un lessico costantemente a rischio di scivolare nell'ossimoro, ciò che è sottolineato qui è la continuità formale, *categoriale*, del comando, in cui viene risolta, e in parte obliterata, l'interrogazione sulle modalità della comparsa d'un'istanza di verticalità politica da una condizione di orizzontalità contrassegnata da una pluralità di realtà patriarcali. Nello stesso movimento di pensiero nelle righe immediatamente successive l'accento verterà sui limiti che a lungo, anche in una condizione storica consolidata, le *leggi* come 'comandi politici' — o, se si vuole, 'espressi da un capo politico' — troveranno nel loro vincolare non individui, ma famiglie o, meglio, capi di singole famiglie, al cui interno è la legge parentale, cioè il comando paterno, a seguitare a imperare. L'arco narrativo che dai Ciclopi *athemistoi* arriva a “a patriarchal sovereign” trova così la propria spesa nella necessaria individuazione logico-storica di un punto di emergenza di una rudimentale sfera civile che, quali che ne siano gli elementi fattuali, preclusi alla conoscenza positiva, si determina come scarto progressivo nell'uniformità degli aggregati umani composti originariamente — come sarà più tardi ribadito con una formula incisiva contro chi gli vorrà opporre l'ipotesi dell'orda primitiva — di “Patriarchal (or Cyclopean) families” (*ELC*, 219).

L'interpretazione delle *themistes* offerta in *Ancient Law* continuerà a suscitare attenzione, anche dopo che Maine nei successivi lavori ne avrà smussato, pur con qualche esitazione e persino con reticenza, i termini, concedendo di riportarne l'orizzonte all'interno della dipendenza “from pre-existing custom or usage” (*EHI*, 35 e *ELC*, 163) ⁽⁴⁴⁾. Nel corso degli ultimi decenni dell'Ottocento essa

⁽⁴⁴⁾ Cfr., nello stesso orientamento, anche la *Preface* alla quinta edizione (1873), come pure quella alla decima (1883), di *Ancient Law*. Che Maine avesse mostrato disponibilità ad attenuare e in parte a modificare la propria posizione sulle *themistes* non era sfuggito all'attenzione di Icilio Vanni, che mette lucidamente a fuoco questo punto. Cfr. il suo *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., pp. 58-59 e 67. Meno nitidi e intenzionalmente 'compositivi' gli argomenti di Frederick Pollock, che non sembra cogliere lo spessore teorico che la questione sottende. Cfr. la *Note B Customary Law in Homer* della già citata edizione commentata del 1906, pp. 20-21. Nondimeno va rilevato che da tale concessione — che è soprattutto un riconoscimento agli sviluppi della ricerca

verrà fatta oggetto di una contestazione particolarmente serrata ⁽⁴⁵⁾, per essere poi quasi del tutto dimenticata nella letteratura del secolo successivo ⁽⁴⁶⁾.

etnogiuridica dopo il '60 — Maine non trae quelle che pur potevano sembrare agli occhi di molti inevitabili conclusioni e, registrandola quasi come una problematizzazione laterale, continua caparbiamente ad iterare la propria interpretazione dei versi omerici. Una ripresa della più tarda versione interpretativa delle *themistes* è in ROBERT BONNER-GERTRUD SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, vol. I, Chicago, Chicago U.P., 1930, p. 35.

⁽⁴⁵⁾ Oltre ai riferimenti bibliografici indicati da Pollock nelle pagine citate nella nota precedente, è da tenere presente in ambito italiano la discussione aperta da MAFFEO PANTALEONI con il suo *Una questione di diritto preistorico. La teoria delle themistes*, in "La Rassegna Nazionale", VIII (1882), pp. 3-24 e successivamente ripresa dal romanista VITTORIO SCIALOJA sull'"Archivio giuridico", XXVIII (1882), pp. 539-542. Lo scritto di Pantaleoni svolge un'accurata disamina delle tesi cui approda la lettura omerica di Maine — da quella dell'assenza del *nomos* all'attribuzione alle *themistes* del significato di "comandi arbitrari" (p. 12), alle inferenze patriarcalistiche tratte dal riferimento ai Ciclopi e alla loro condizione —, dandone un giudizio sostanzialmente negativo sul piano storico-filologico e derivandone la conclusione che "dopo l'esposizione... fatta della civiltà giuridica nell'Iliade e nell'Odissea non possiamo fare altrimenti che assegnare a un periodo ante-Omerico quella forma primordiale del costume di cui egli parla. Quindi in una tabella che segnasse i periodi di svolgimento del pensiero giuridico essa dovrebbe tenere il primo posto, quale ipotesi scientifica di somma perspicacia ed anche probabilità, mentre il periodo omerico terrebbe il secondo posto quale prima base veramente storica; farebbe poi seguito il periodo delle *retraï*" (p. 24). Pantaleoni quindi, mentre contesta a Maine la legittimità testuale della sua interpretazione, sembra tuttavia volerne salvare il valore di congettura scientifica, adombrando così da parte sua una qualche simpatia per l'opzione patriarcalistica. Lo studioso italiano, nel proprio tentativo di dare ragione delle scelte di Maine, suggerisce giustamente che alla base della considerazione delle *themistes* come comandi arbitrari si trovi la convinzione della correttezza dell'immagine offerta da Grote nella sua *History of Greece* della giurisdizione dei re omerici (p. 14). È una convinzione condivisa anche da J.F. McLENNAN — il futuro autore di *Primitive Marriage* — nella voce *Law* scritta per l'ottava edizione (1857) della *Encyclopedia Britannica* (Edinburgh, Black, vol. XIII, pp. 253-279). Al riguardo è stato sollevata una questione di anticipazione e derivazione tra Maine e McLellan da P. STEIN, *Legal Evolution* cit., pp. 82-86, che ha ricevuto una ragionevole correzione in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Ancient Law*' e '*Primitive Marriage*' cit., pp. 70-72.

⁽⁴⁶⁾ Non ci sono, a mia conoscenza, riprese significative nella letteratura specifica. Un quadro bibliografico approssimato può essere desunto, oltre che dalla voce *themis* redatta da KURT LATTE per la *Pauly-Wissowa*, da MARTIN S. RUIPÉREZ, *Historia de themis en Homero*, in "Emerita. Revista de linguística y filología clásica" XVIII (1960) 1, pp. 99-123 e da MARINELLA CORSANO, *Themis. La norma e l'oracolo nella Grecia antica*, Galatina, Congedo, 1988, soprattutto pp. 45-58.

Ma ci saranno eccezioni significative. Agli inizi degli anni '30 del secolo appena concluso, Harold Laski non mancherà di sottolineare, in una lettera al giudice della Corte Suprema americana Oliver Wendell Holmes, la valenza liberatoria della tesi mainiana: "I also read, for my lectures here, Maine again. It does strike me after ten years as quite obviously a masterpiece... All which reminds to me to say that he and Frank and others put in my head the notion that most legal writers exaggerate enormously the place of custom in law. I should like bet that commercial practice apart about two-thirds is the outcome of judicial selection and that *themistes* are what gives custom its sharpness and not *vice versa*" (47). Il rifiuto di attribuire carattere originario al *custom* ha tuttavia una valenza più complessa di quella evocata dal riferimento laskiano alla valutazione giudiziaria (ulteriormente sottolineata dal richiamo alla tesi di Jerome Frank del diritto come creazione continua di giudici (48)), come pure le conseguenze che vi sono implicate possiedono caratteri certo più complessi della mera messa in discussione della posizione storica del diritto consuetudinario o di un improbabile accenno alla cosiddetta legislazione giudiziale.

Torniamo al primo capitolo di *Ancient Law*. "The 'Themistes' have too, it should be remarked, the characteristic which, in the view

(47) *Holmes-Laski Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935* (ed. MARK DEWOLFE), London, Geoffrey Cumberlege - Oxford U.P., 1953, vol. II, pp. 1311-12. La risposta del novantenne Holmes sarà pronta: "I have made much about Maine's *Ancient Law* the same remarks that you do" (*ibidem*, p. 1340). Non è il solo riferimento a Maine che troviamo in un carteggio quasi ventennale, iniziato con l'arrivo negli Stati Uniti dell'allora giovanissimo studioso britannico. D'altra parte Maine era stato un autore ben presente nella formazione di entrambi e il loro appartenere a generazioni diverse ben mostra la continuità della sua presenza intellettuale. Holmes (1841-1935), universalmente riconosciuto come il fondatore della scuola americana del realismo giuridico, aveva incontrato Maine nel '66 durante il suo viaggio in Europa ed era restato in contatto con lui, inviandogli i suoi primi lavori giuridici (CATHERINE DRINKER BOWEN, *Yankee from Olympus. Justice Holmes and His Family*, Boston, Little & Brown, 1944, pp. 229-230 e 273). Sul rapporto tra Maine e il realismo giuridico holmesiano interviene S.G. UTZ, *Maine's Ancient Law and Legal Theory* cit., alle pp. 839-844.

(48) J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1931. Il giudice Frank (1889-1957) ha rappresentato la posizione più estremizzata (e consapevolmente provocatoria) del *legal realism*.

of Bentham and Austin, distinguishes single or mere commands from laws. A true law enjoins on all the citizens indifferently a number of acts similar in class or kind... A *command* prescribes only a single act, and it is to commands, therefore, that ‘Themistes’ are more akin than to laws. They are simply adjudications on insulated states of fact, and do not necessary follow each other in any orderly sequence” (*AL*, 9). Maine aveva appena posto in guardia il lettore dal proiettare su una scena arcaica categorie come quelle della *analytical jurisprudence* che sono al contrario il prodotto di una *mature jurisprudence*. Eppure si risolve a impiegare una caratterizzazione che, contestualizzandosi proprio rispetto a quelle categorie, si determina secondo una modalità che sembra mettere in mora la condizionalità in cui la proposizione si vorrebbe iscritta. La risoluzione degli “awards... divinely dictated to the judge” nei comandi di un re li mette in diretta relazione al “despotic father’s command” della famiglia isolata e indipendente, e getta un ponte che connette momento iniziale e momento finale del processo che conduce all’unione delle famiglie sotto i comandi di “a sovereign”. Anche qui viene stabilita una genealogia. Attribuendo alla infondatezza di un dio ispiratore la determinatezza di un comando che non sanziona *nulla*, perché *nulla*, né legge, né costume, lo precede, Maine pone una questione di *genere*, che non si limita alla problematica storica, ma investe la struttura concettuale del discorso giuridico. È su questo versante che risulta dunque necessario indagare.

4. *Genere e genealogia I: comando/legge*

In un passaggio importante del primo capitolo del *Fragment on Government* ⁽⁴⁹⁾, la nota *o*, Bentham aveva fornito — nel contesto della polemica contro l’uso blackstoniano della nozione di *natural society* — un elenco di diciotto tra definizioni e puntualizzazioni che doveva servire a indicare il grado di divergenza o di convergenza dei *governments* rispetto al cosiddetto *state of nature*. Esso iniziava con la definizioni di *habit* (“A *habit* is but an assemblage of *acts*: under

(49) J. BENTHAM, *A Fragment on Government* cit. pp. 40-42 (§ 12).

which name I would also include, for the present, *voluntary forbearances*”) per finire con la distinzione tra *submission* e *subjection* che nel linguaggio contemporaneo delle retoriche politiche chiamava in causa la questione della legittimità. Punto medio di tale elencazione era — preceduta dalla distinzione tra espressione di volontà verbalmente esplicita e espressione tacita — la definizione di comando: “A *parole* expression of the will of a superior is a *command*”. Sottolineando il carattere *verbale* del comando Bentham poteva poi passare *direttamente* a costruire la contrapposizione tra *statute law*, che consisteva appunto di comandi, e *common law*, per la quale sembrava al contrario adeguato far uso — “were we at liberty to coin words after the manner of the Roman lawyers” — del termine “quasi-commands”. Più della definizione come tale, e delle sue implicazioni per la critica della *common law* — elementi, come noto, ricorrenti nell’insieme della riflessione benthamiana ⁽⁵⁰⁾ —, interessa qui la serie in cui essa è inserita, la sua organizzazione. Infatti, la sequenza indicata da Bentham mostra abbastanza chiaramente di essere orientata secondo un criterio ordinatore che assume a proprio riferimento la nozione di *obedience*. Essa articola in forma classificatoria un ragionamento che ha certamente carattere logico e non storico, ma che nondimeno resta ‘storicamente’ coinvolto in forza del presunto carattere storico attribuito all’oggetto della polemica in cui essa trova formulazione. L’*habit* può figurarvi come punto di avvio, *prima* della definizione di *command*, perché è pensato innanzi tutto, come esplicitamente suggerisce l’andamento del testo in corpo maggiore, come “habit of obedience”. Bentham cioè punta a porre in primo piano la *possibilità*, non meramente ideale, di una coestensione di leggi e obbedienza *razionale*, che è in qualche modo allusa in quella che egli definisce “the notion of all *lawful*, that is, all *commendable* government”. La priorità data all’obbedienza è coerente con questa scelta ed è in questa prospettiva che il *Fragment* non necessita di insistere argomentativamente sul tema del comando più di quanto sia strettamente necessario per chiarire il concetto di legge ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ad esempio *An Introduction* cit., cap. XVII, § XXIX.

⁽⁵¹⁾ Non senza unilateralità, G.J. POSTEMA ha insistito sull’elemento di *razionalità* implicito nello schema utilitaristico che sottende la considerazione benthamiana del

Se Bentham e Austin non presentano sulla questione cruciale del *rapporto* tra legge e comando alcuna differenza significativa, l'esposizione sistematica della *Province* austiniana presenta tuttavia a proposito del comando una diversità di accento, che, se non permette troppo semplici contrapposizioni ⁽⁵²⁾, trova, rispetto al *Fragment*, una differente modalità di sviluppo e una conseguente diversità di ruolo. In Austin infatti l'affermazione cardine di matrice benthamiana che ogni legge è un comando, ma non ogni comando è una legge, è la base su cui viene esplicitata una relazione che è tra *genere* e *specie*. “Il concetto di comando” — osserva Arduino Agnelli — “è il primo ad essere sottoposto ad analisi da Austin in quanto lo stesso concetto di legge non ne è che una specificazione in quanto esso è ritenuto la chiave per le scienze della giurisprudenza e della morale” ⁽⁵³⁾. Il comando è la significazione di un desiderio, la cui peculiarità consiste nel fatto “that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire” ⁽⁵⁴⁾. La realtà del *potere*, e non la sua espressione formale in termini imperativi, è l'elemento per cui il comando si differenzia da altre significazioni di desiderio. Austin richiama a titolo d'esem-

rapporto comando/obbedienza: “Law, then, on Bentham’s view, is a command. But no expression of will regarding the actions of others in itself yields any reason to act. If commands give reason, it is because there is always the probability of suffering a sanction for failing to comply, or because there are independent utilitarian reasons for performing the prescribed act... Law must be conceived in such a way that rational obedience is possible... Laws do not seek to block normal rational deliberative processes of rational being. They do not seek to remove from the subject the prerogative of deliberation and decision on the merits. They merely address additional, perhaps compelling, reasons for complying” (*Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 326).

⁽⁵²⁾ Non pare accettabile — neppure sulla base di un più ampio spettro testuale — la posizione di G. Postema (*op. cit.*, pp. 327-328) che individua in Bentham una concezione della legge che, poggiando solo su *ragione* e *sanzione*, rifiuterebbe la nozione di autorità e su questa base si contrapporrebbe a quella austiniana, in una lettura secondo cui i rapporti di Austin con il precedente hobbesiano vengono riduttivamente ricondotti sotto l'accusa di importazione di “Hobbesian authoritarianism into classical positivism”.

⁽⁵³⁾ ARDUINO AGNELLI, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, cit. p. 161, ma si consideri tutto il § 2 del quarto capitolo (“La concezione imperativistica del diritto”, pp. 161-175).

⁽⁵⁴⁾ J. AUSTIN, cit., vol. I, p. 89.

pio la frase, riportata da Tacito (*Historiae* 4, XLVI), di un luogotenente di Vespasiano di fronte a una petizione dei soldati: “*Preces erant, sed quibus contradici non posset*”. Questo elemento è ulteriormente sottolineato dal modo in cui viene precisata la correlazione tra *command* e *duty* tramite il concetto di sanzione⁽⁵⁵⁾. La sanzione per Austin non può essere ricondotta a “reward”, come invece, a suo avviso, suggeriscono Locke e Bentham, perché non è da questa che deriva “the enforcement of obedience”; non è, cioè, il punto di vista e il *calcolo* di colui cui viene richiesto di acconsentire ad un desiderio, a strutturare il concetto di comando, bensì quello di colui che *ha* il potere. La connessione inseparabile di *comando*, *dovere* e *sanzione* pone l’obbedienza come termine ultimo e non permette che ragioni e modalità di quest’ultima assolvano un ruolo categoriale in qualche misura autonomo. L’effettività del comando è pienamente sussunta nella sua definizione concettuale, nello stesso modo in cui l’effettività della legge andrà concettualmente considerata parte integrante della sua positività.

Da questa impostazione Austin fa derivare la partizione tra quei comandi che sono leggi e quei comandi che per brevità chiamerà “the ambiguous and inexpressive name” di comandi particolari od occasionali. Le leggi ordinano in generale una classe di atti, i comandi occasionali atti specifici o individuali. La partizione non è ancora, in quanto tale, giuridica, ma tali sono gli esempi addotti al riguardo: “Now the lawgiver determines a class or description of acts; prohibits acts of the class generally and indefinitely; and commands, with the like generality, that punishment shall follow transgression. The command of the lawgiver is, therefore, a law or rule. But the command of the judge is occasional or particular”, anche se solitamente è in funzione dell’imposizione di leggi. “For he orders a specific punishment, as the consequence of a specific offence”⁽⁵⁶⁾.

Ciò che Austin delinea nella prima *lecture* della *Province* asso-

(55) Sulla stratificazioni del concetto austiniiano di sanzione e in particolare di sanzione *giuridica* fa il punto, da un punto di vista segnato dalla filosofia analitica del linguaggio — e nei limiti di tale approccio — COLIN TAPPER, *Austin on sanctions*, in “The Cambridge Law Journal”, 24 (1965), pp. 271-287.

(56) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 94.

miglia molto a una sintetica *teoria generale del comando*, che, se certo si presenta finalizzata, nelle proprie movenze interne, al giuridico, è tuttavia a questo preliminare e *logicamente antecedente*. Le ragioni di ciò sono palesemente di natura teoretica e non le sono estranee le inclinazioni di carattere teologico che diventeranno evidenti nella partizione tra leggi divine e leggi umane messa in atto nella seconda *lecture* (57). È infatti proprio questa preliminarità logico-analitica al giuridico, che, una volta che se ne traducano le articolazioni, dislocandole su di un piano storico, risulta ben sovrapponibile allo schema mainiano che fa emergere il giuridico dal comando. Come è noto, nella *Outline* del '31, Austin si era riferito alla propria *jurisprudence* nei termini di “a philosophy of positive law”, forzando nella propria prospettiva l'espressione coniata da Hugo (58). Maine più volte per la propria *jurisprudence* storica adombra, e comunque dà segni di apprezzare, l'espressione “philosophy of history of law” (59).

In *questo specifico senso* Maine trova nella declinazione austriana dell'*analytical jurisprudence* il proprio referente, come risulta dal senso della successione instaurata da Maine, dal predominio della *parola* paterna nella famiglia patriarcale alla nascita dei codici. L'interpretazione delle *themistes* viene ad assolvere in ciò un ruolo decisivo, assicurando l'anello di congiunzione che trasforma il *genere* della classificazione austriana nell'ambito la cui dinamica assicura il processo di differenziazione e di specializzazione e in cui il comando passa dall'*indistinto* della famiglia patriarcale al *discreto* della condizione civile. Se infatti è possibile intendere le sentenze giudiziali dei re omerici come comandi, esattamente nel senso sopra considerato di comandi particolari o occasionali, ne consegue che, da un lato, esse si ricollegano, come si è visto, ai comandi patriarcali, dall'altro inscrivono la “customary law” all'interno di un orizzonte che alla sua origine pone non la consuetudine, ma il comando (60).

(57) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 103-122. A questo proposito si veda quanto indicato alla nota 91 del capitolo precedente.

(58) Cfr. J. Austin, *Lectures* cit., vol. I, p. 32.

(59) Cfr. la già ricordata recensione di F. HARRISON sulla “Westminster Review”. Ma anche *AL*, 69: “If the philosophy of legal history were better understood in England, ...”.

(60) Abbastanza stranamente, non è mai stato notato come l'argomentazione

Nella regolarizzazione delle *themistes* è quest'ultimo che assume regolarità ed è quest'ultimo che diventa "habit": non solo ne risulta una plateale inversione dell'approccio della tradizione di *Common Law*, ma la stessa opzione austriana della priorità categoriale del comando trova nella *dislocazione storica* attuata da Maine una radicalizzazione impensabile per la *Province*, dove la tradizionale posizione storica del *custom* si presenta — nella sua traduzione in *positive morality* — invariata ⁽⁶¹⁾. Il genere così diventa *genealogia* e il comando si pone come l'*originario* del giuridico.

Se quest'esito colloca Maine su un terreno che è ormai lontano da quello indicato dall'*analytical jurisprudence*, tuttavia è il medesimo nucleo concettuale che presiedeva alla categorizzazione austriana che in esso viene riproposto a garantire la possibilità stessa della storicizzazione come assunzione della irriducibile storicità delle relazioni giuridiche.

mainiana presenti su questo punto una certa somiglianza con il modo in cui ROBERT FILMER aveva affermato nel XXVII capitolo ("The King is Author, Interpreter, and Corrector of Common Law") del *Patriarcha* il carattere derivato della *common law*: "Customs at first became lawful only by some superior power which did either command or consent unto their beginning. And the first power which we find (as is confessed by all men) is Kingly power, which was both in this and in all other nations of the world long before any laws or any other kind of government was thought of. From whence we must necessarily infer that the Common Law itself, or common customs of this land, were originally the laws and commands of Kings at first unwritten" (cito dall'edizione Laslett, *Patriarcha and Other Political Works of Sir Robert Filmer*, Oxford, Blackwell, 1949, pp. 106-107). Al riguardo cfr., fra i pochi a prestare attenzione alle figure del giuridico in Filmer, il lavoro di JAMES DALY, *Sir Robert Filmer and English political Thought*, Toronto, University of Toronto Press, 1979, pp. 88-100 e *passim*. Se una derivazione della posizione mainiana da Filmer non è certo sostenibile, ne è plausibile invece una presenza intrigante che va oltre il giudizio sbrigativo sull'ingombro che il *mito politico* della società patriarcale ha rappresentato nella letteratura politica inglese a partire dalla seicentesca contrapposizione Filmer/Locke (*AL*, 123 e 346), ingombro che ne suggerisce una complessiva *innominabilità* (cfr. tuttavia in *AL*, 310, pur all'interno di questo quadro, il rapido cenno alle "doctrines which claimed a divine parentage for Imperative Law"). Maine tuttavia non manca di ricordare che al confronto sulle tesi filmeriane si deve una, seppure superficiale, dimestichezza della cultura inglese con i tratti principali del mondo patriarcale.

⁽⁶¹⁾ J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 101-102. Il testo austriano sembra tuttavia proteso a non omologare "custom" e "customary law", articolando una distinzione che Maine — come abbiamo visto — recupera sul piano storico.

5. “Customary law”

Certamente è coerente con questa impostazione il fatto che *Ancient Law* limiti la trattazione della natura della “customary law” ai punti che sono stati indicati in precedenza (l’esclusività del suo carattere di diritto non scritto enfatizzata polemicamente contro ogni identificazione con la *case-law* dell’esperienza inglese, esclusività che ne fa il monopolio conoscitivo di un gruppo o di una casta) e che la colloca in un momento ben determinato della rappresentazione storica. Maine dunque non si pone il problema di fornirne una definizione di carattere generale, che ne misuri la diffrazione dalla determinazione concettualmente rigorosa di legge fornita dall’approccio analitico, né del resto sembra essere nella necessità di farlo.

Nell’opera del ’61 infatti la “customary law” in nessun modo corrisponde ad una realtà passibile di un approccio finalizzato a esigenze classificatorie od orientato a una costruzione tipica. Essa individua piuttosto una grande fase di *transizione*, delle cui interne specificità e differenze, *oltre che del cui esito*, non riferisce tanto il diritto, quanto la storia delle configurazioni del potere. È in questa connessione che gli è possibile mantenerne, nella comune derivazione genealogica, il carattere universalistico, pur indicando gli elementi confliggenti che contribuiscono a rendere ragione della sopravveniente polarizzazione. Si tratta di un punto che merita di essere sottolineato, anche perché permette di rendere ragione dell’intreccio di continuità e discontinuità che la successiva revisione nella concezione mainiana del diritto consuetudinario presenta.

Ciò che veniva posto in primo piano nella solidarietà di dominio oligarchico-aristocratico e diritto consuetudinario era la riproduzione di un corpo di regole che assicuravano la stabilità nella vita della comunità: in ciò Maine coglie gli elementi che permettono alle aristocrazie di trovare una sorta di giustificazione storica e di interpretarne il ruolo, fermo restante il discorso sui *sinister interests*, secondo uno schema funzionale, che come tale ne impedisce, nonostante tutto, una sbrigativa riduzione alle sole *usurpation* e *tyranny*.

Ma proprio ciò permette di valutare appieno il significato che per Maine viene ad assumere la vittoria del “popular party”: nonostante l’iniziale cautela, su cui si è riferito in precedenza, che

accompagna l'aperta indisponibilità alle curvature ideologiche della storiografia radicale, esso sembra crescere e precisarsi man mano che la riflessione mainiana prende corpo. In precedenza si è parlato di rottura politica, perché è sul terreno di una forte discontinuità delle configurazioni del potere che essa si sostanzia. La messa in crisi del dominio aristocratico è un evento di portata eccezionale, tale da orientare l'insieme della prospettiva storica e da incidere radicalmente sullo schema che la rappresenta. I suoi effetti vanno oltre gli esiti che determinano immediatamente per lavorare costantemente negli snodi epocali del mondo che ne è stato partecipe: "The one object of ancient democracies" — scrive Maine nella terza *lecture* ("Kinship as the basis of society") di *Early History of Institutions* riannodando il filo con i suoi primi testi — "was in fact, to be counted of kin to the aristocracies, simply on the ground that aristocracy of old citizens, and the democracy of new, lived within the same territorial circumscription. The goal was reached in time both by the Athenian Demos and by the Roman Plebs; but the complete victory of the Roman popular party was the source of influences which have not spent themselves at the present moment, since it is one of the causes why the passage from the Tribal to the Territorial conception of Sovereignty was much more easy and imperceptible in the modern than in the older world" (*EHI*, 75-76).

Mentre in Occidente il dominio oligarchico viene messo in crisi dall'elemento demotico, in Oriente esso tende a rafforzarsi e consolidarsi in modello sociale. Maine è prudente nell'affermare le *cause* di questa diversità e si limita a richiamare per le estese realtà politiche della Persia e dell'India "a known social law that the larger the space over which a particular set of institutions is diffused, the greater is its tenacity and vitality" (*AL*, 17). Ciò che tuttavia sembra avere maggior peso nel suo ragionamento è il fatto che le nuove oligarchie, mentre nell'area definita come occidentale hanno acquisito potere attraverso una rottura relativamente netta con l'assetto precedente e si sono caratterizzate essenzialmente in senso *politico-militare*, nell'area orientale non hanno scalzato completamente la figura regale, ma al contrario hanno ottenuto potere attraverso un compromesso con quest'ultima, di cui hanno ereditato, perpetuandolo, il carattere sacrale, istituzionalizzandosi sempre più come oligarchie *religiose* (*AL*, 10-11 e 17).

Alla comune caratterizzazione universalistica non corrisponde in termini giuridici dunque una comune caratterizzazione nella *natura* delle forme di dominio e le notazioni mainiane sull'opposizione di *politico-militare* e *religioso* anticipano quanto sarà precisato a proposito dell'epoca dei codici, registrando i due diversi esiti del processo di differenziazione del potere e l'incidenza che essi a loro volta avranno sul successivo sviluppo ⁽⁶²⁾. L'accesso alla scrittura ne metterà in evidenza rilevanza e conseguenze.

“The religious oligarchies of Asia,” scrive Maine, “either for their own guidance, or for the relief of their memory, or for the instruction of their disciples, seem in all cases to have ultimately embodied their legal learning in a code; but the opportunity of increasing and consolidating their influence was probably too tempting to be resisted. Their complete monopoly of legal knowledge appears to have enabled them to put off on world collections, no so much of the rules actually observed as the rules which the priestly order considered be proper to be observed” (*AL*, 17). Le sistemazioni scritte che si producono in Oriente si pongono quindi sotto il segno di una marcata continuità con l'istanza essenzialmente *riproduttiva* del diritto consuetudinario. Ma con una differenza di fondo: quest'istanza riproduttiva ora si pone innanzi tutto come istanza *autoriproduttiva*, secondo una linea che — attraverso la dilatazione dello spettro normativo — ne trasforma il carattere da conservativo in conservatore.

Vengono così in primo piano due fattori decisivi. Il primo è endogeno al “custom” e viene indicato da Maine come una vera e propria *legge* del suo sviluppo. Gli usi che una comunità si dà nella propria condizione iniziale hanno, almeno nel loro insieme, un certo grado di validità funzionale al suo benessere e proprio il mantenimento della loro integrità costituisce la principale garanzia nei suoi primi passi nell'incivilimento, fino a quando, se non altro, il sorgere di nuovi bisogni e di nuove necessità non imponga la richiesta di nuove risposte. Una crescente possibilità di deriva nel patologico sembra tuttavia inerire a questa fase: “The customs are obeyed by

⁽⁶²⁾ Il predominio dell'elemento religioso non cesserà di penetrare in profondità nella vita delle comunità orientali, modellandone le forme giuridiche: si vedano le notazioni in tema di successione testamentaria tra gli Indù (*AL*, 191-194).

multitudes who are incapable of understanding the true ground of their expediency, and who are therefore inevitably to invent superstitious reasons for their permanence. A process then commences which may be shortly described by saying that usage which is reasonable generates usage which is unreasonable” (*AL*, 19). Questa autentica *degenerazione* che implica lo svuotamento e la perdita delle funzioni *reali* per cui le regole comunitarie sono state disposte, diventa evidente con l’estendersi della loro portata lungo linee analogiche. Proprio l'*analogia*, che nei sistemi giuridici maturi si rivelerà operare come uno strumento logico decisivo — “the most evaluable of instruments in the maturity of jurisprudence”, lo definisce Maine —, risulta devastante nei confronti di un corpo di regole ancora primitivo, estendendo il campo di applicazione di prescrizioni e divieti e riconducendo, attraverso una riduzione della funzione a rito, il nuovo che si fa avanti alla fissità della loro invarianza⁽⁶³⁾. È questo il metro su cui va misurato il *ritardo* che Maine riconosce nelle sistemazioni scritte orientali. Queste ultime intervengono infatti, coerentemente con il contesto che le produce, *dopo* che una deriva perversa si è già determinata. Invece di rappresentare una controtendenza nei suoi confronti, ne accentuano gli effetti, dandole una stabilità istituzionale.

Trova così spiegazione non solo la permanenza di pratiche irrazionali che il caso indiano presenta, ma lo stesso strutturarsi di

(63) È a questo proposito che è stata avanzata una connessione con la teoria mülleriana della patogenesi della mitologia (J.W. BURROW - S. COLLINI, *The clue to the maze* cit., p. 217). Se questa come indicazione *puntuale* non regge, pure va riconosciuto un qualche valore suggestivo alla deriva metaforica della nominazione che Müller pone alla base della costruzione mitologica nell’ottava *lecture* del secondo volume (*Metaphor*) delle *Lectures on the Science of Language* (cit., pp. 334-383) e che va oltre il rapporto tra *polionymy* e *synonymy* delineato in *Comparative Mythology*. Gli slittamenti metaforici di cui parla Müller e le deviazioni analogiche di cui argomenta Maine, se non sono sovrapponibili, sembrano effettivamente partecipare di un comune universo ideativo. Analogamente, quando Müller afferma: “As an affection of disorder of language, mythology may infect every part of intellectual life of man” (p. 413), il tono non è molto diverso da quello che impiega Maine parlando del sistema castale. Sgombrato il campo dall’ipoteca derivativa, restano motivi per un’attenzione che andrebbe forse sviluppata su uno spettro contestuale più ampio di quello, pur adombrato legittimamente nel caso di Müller, di un’ascendenza, o di un lascito, di carattere teologico (cfr. C. CAMPORESI, *Max Müller* cit., pp. 35-74, in particolare sulla connessione liberal-anglicana p. 53).

una morfologia sociale in sé patologica come il sistema castale — la casta è “the most disastrous and blighting of human institutions” (AL, 20) —, in cui degenera irrimediabilmente quella divisione della comunità prodottasi con il dominio aristocratico-oligarchico e che pure aveva potuto trovare nel principio di conservazione un’iniziale giustificazione storica alla propria perpetuazione (64).

Il secondo fattore che viene messo in evidenza è strettamente connesso al primo e — anche se Maine non ne dà mai piena formulazione — assolve un ruolo teorico decisivo nel supportare l’insieme delle articolazioni dello schema generale. Quando Maine sostiene che il codice che i romani si danno con le tavole decemvirali *organizza* i costumi realmente esistenti, intende non solo misurarne lo scarto con “[the] ideal picture” su cui si basa la compilazione bramini delle *Leggi di Manu*, ma anche affermarne l’antecedenza alla deriva perversa cui il protrarsi *ultra tempora* della *customary law* è pericolosamente esposta.

Il codice romano infatti “relatively to the progress of the Romans in civilisation, ... was a remarkably early code, and it was published at the time when Roman society had barely emerged from that intellectual condition in which civil obligation and religious duty are inevitably confounded” (AL, 18). Questo riferimento alla separazione di “civil obligation” e “religious duty” è importante e merita particolare considerazione, tanto più che, appena due pagine prima del passo citato, Maine si era espresso in termini che sembravano andare in senso affatto contrario. Considerando le ‘codificazioni’ nel loro insieme, aveva scritto: “Quite enough too remains of these collections, both in the East and in the West, to show that they mingled up religious, civil, and merely moral ordinances, without any regard to differences in their essential character; and it is

(64) Abbastanza stranamente questo aspetto della trattazione mainiana non è stata tenuto presente da quanti hanno giustamente indagato il tema della degenerazione, vedendovi una delle figure di maggior rilievo delle retoriche ottocentesche. Si veda ad esempio il lavoro di DANIEL PICK, *Faces of degeneration. An European disorder c. 1848 - c. 1918*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989. Un interessante esempio di permeazione dell’idea mainiana di deriva patologica all’interno di un approccio positivista di carattere naturalistico è coglibile nel lavoro giovanile di GUGLIELMO FERRERO, *I Simboli in rapporto alla Storia e Filosofia del Diritto, alla Psicologia e alla Sociologia*, Torino, Bocca, 1893, che rielabora la sua tesi di laurea con Giuseppe Carle sul *Simbolismo in diritto*.

consistent with all we know of early thought from other sources, the severance of law from morality, and of religion from law, belonging very distinctly to the *later* stages of mental progress” (*AL*, 16 — cors. mio). La contraddizione in realtà è solo apparente: non sono tanto i singoli materiali normativi, i contenuti delle disposizioni — inseparabili in quanto tali dall’insieme delle rappresentazioni culturali della comunità — a determinare la fuoriuscita dalla “intellectual condition” indicata sopra, quanto la caratterizzazione del soggetto che, attraverso la scrittura, pone le leggi. In questione qui non è un’inattendibile anticipazione della ripartizione per ambiti — tutta moderna — di obbligazione morale e obbligazione giuridica, ma la differenziazione di quel potere, che, appartenente nella sua indifferenza originaria all’*Urvater*, ai cui comandi sottostà l’insieme delle possibili relazioni della famiglia primitiva, isolata e totalmente auto-centrata faticosamente perviene alla condizione di legislatura *civile*, attraverso la sacralità della figura di un re-eroe che comanda su di un’unione di gruppi familiari e attraverso le ambivalenze della *transizione* aristocratica, che se ne fa erede. Come il comando è l’originario del giuridico, il potere è l’*originario* del politico e ad esso — come *genere* — quest’ultimo, nelle proprie specifiche forme storiche, appartiene.

Quanto nel processo di differenziazione si presenterà come *politico* è in effetti già implicito nelle determinazioni che *Ancient Law* offre del potere patriarcale⁽⁶⁵⁾. Indicativamente, quando Maine cercherà di delinearne la realtà arcaica, tracciandone una sorta di anatomia, sarà l’elemento *rappresentativo* e non quello immediatamente proprietario a dare ragione della posizione che “the eldest male parent” detiene in quanto “absolutely supreme in his household” (*AL*, 124, ma cfr. anche 146-147, dove si parla appunto di “representative ownership” e 183-185, dove si definisce la famiglia come “a corporation” e il patriarca come “its representative, or, we might almost say, its Public officer”). Attraverso l’istituto della *patria potestas* il diritto romano — nella complessa dialettica tra *pater familias* e realtà corporata della *familia*, dove la genealogia agnaticizia bilancia le opposte esigenze di pluralizzazione e di identità (*AL*,

⁽⁶⁵⁾ Cfr. a questo proposito, con particolare attenzione per la ricezione, la *Note K The Patriarchal Theory* nella già citata edizione Pollock di *Ancient Law*, pp. 176-183.

138-146) — continuerà a perpetuarne l'istanza sotto un solo termine della "grande dicotomia pubblico/privato" ⁽⁶⁶⁾. La mancanza di una conoscenza diretta, storica, di "family-organisations", che non siano *imperia in imperio*, rende certo difficile intendere la realtà arcaica del potere patriarcale, se non attraverso le impronte che questo ha lasciato in formazioni successive.

Tuttavia, laddove si prendano in considerazione i momenti in cui sembrano trasparire le tracce più remote, come nell'istituto della *primogenitura* — istituto che è estraneo all'antichità greca e romana e la cui comparsa nell'occidente romanico avverrà, con un profilo molto specifico, solo con il feudalesimo (*AL*, 107-108 = *CS*, 35-36) ⁽⁶⁷⁾ —, si dovrà prendere atto che al loro interno la preminenza o l'autonomia dell'elemento proprietario rispetto a quello politico non è mai rinvenibile. Questo è vero, ad esempio, per la successione di primogenitura negli aggregati clanici dei Celti e per il ruolo che essa assume in India in alcuni casi (*AL*, 231-235). Infatti, "although in India the possessions of a parent are divisible at his death, and may be divisible during his life, among all his male children in equal shares, and though this principal of the equal distribution of *property* extends to every part of the Hindoo institutions, yet wherever *public office* or *political power* devolves at the decease of the last Incumbent, the succession is nearly universally according to the rules of Primogeniture" (*AL*, 233) ⁽⁶⁸⁾. Quale sia il modello che Maine ha in mente, risulta chiaro quando egli si risolve infine a dare una formulazione esplicita alla propria ipotesi, affrettandosi a sottolinearne la fondata ragionevolezza storica, dichiarandola non congetturale ("no presumptuous"). Tutte le indicazioni traibili dal

⁽⁶⁶⁾ Riprendo l'espressione da Bobbio. Cfr. NORBERTO BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 145-163 e *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1981), ora in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 3-22, in particolare pp. 7-9.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta appunto delle pagine di *The Conception of Sovereignty* riprese in *Ancient Law* e dedicate alla territorializzazione del dominio politico.

⁽⁶⁸⁾ "Comparing these Indian successions with some of ruder social organisations which have survived in Europe almost to our day, the conclusion suggests itself, when Patriarchal power is not only *domestic*, but *political*, it is not distributed among all the issue at the parent's death, but is the birthright of the eldest son" (*AL*, 334).

diritto romano e dalle altre fonti sulla successione di primogenitura puntano infatti a individuare una forma di dipendenza familiare ancora più remota, in cui noi abbiamo a che fare con una struttura parentale agnatzia, la cui ramificazione familiare viene mantenuta *organicamente* unita (“held together in one organic whole”), e che, già pensabile nei termini di una struttura corporata (“corporation”), costituisce una “independent society”, governata da “[the] eldest male of the oldest line” (*AL*, 234).

Possiamo anche accettare di non gravare il denso lessico impiegato da Maine con i molti interrogativi ai quali, solo qualche decennio più tardi, avrebbe potuto essere sottoposto da parte delle nuove generazioni della *legal history* (Pollock, Vinogradoff e soprattutto, con importanti distinguo, F.W. Maitland), in particolare a proposito di una gestione a ragione ritenuta troppo ‘disinvolta’ del tema corporativo (e rappresentativo). Ancora una volta tuttavia l’esplicito rimando alla terminologia austriana, all’opera nell’espressione “independent society”, fornisce un’indicazione che permette di indagare le coordinate al cui interno muove la rappresentazione storica mainiana.

6. *Genere e genealogia II: potere/politico*

Lo sforzo di sottolineare la profonda diversità della famiglia allargata del mondo primitivo da ciò che con il termine *famiglia* intendevano gli uomini e le donne del suo tempo è certamente uno dei punti di forza della ricerca mainiana e trova una delle principali linee di sviluppo proprio nel rifiuto della universalizzazione storica e culturale non solo dello specifico modello familiare contemporaneo, ma anche della posizione peculiare che quest’ultimo tiene nell’insieme delle relazioni sociali e politiche. Sarebbe dunque fuorviante — e, a rigore, erroneo — imputare a Maine di aver voluto vestire in queste pagine la propria congettura sulla famiglia patriarcale dei panni giuridici propri di una rappresentazione da *mature jurisprudence*. È necessario invece porsi il problema di che cosa significhi e quali implicazioni abbia che l’espressione di questa diversità ancora una volta converga su un orizzonte terminologico concettualmente così determinato, come quello appunto cui allude l’espressione “independent society”.

Già nel capitolo precedente è stata richiamata la definizione austiniiana di *political and independent society*. Il testo della *Province* incontra per la prima volta il tema della famiglia a ridosso di questa. La famiglia esemplifica innanzi tutto il caso contrastivo di una *society* che è *natural*, cioè non *political* — come possono essere gli aggregati indipendenti di persone che cooperano in *state of nature*, che non sono cioè membri, sovrani o sudditi di una *political society* ⁽⁶⁹⁾ —, pur essendo *dependent*. Essa è composta di membri che vivono in stato di *subjection*, sono cioè sudditi, ma che nel caso specifico della famiglia vengono “considered as private persons”. Una famiglia è quindi “a society consisting of parents and children, living in a state of subjection, and considered in those characters” ⁽⁷⁰⁾. Nello spettro della classificazione austiniiana essa viene in questa determinazione a collocarsi all’estremo opposto della *political and independent society*, assumendone simmetricamente, ma negativamente, le qualificazioni e la sua ‘naturalità’ corrisponde chiaramente ad una classificazione giuridica, non pre-giuridica. Ora, è evidente qui che lo scarto tra la famiglia che opera esemplificativamente in Austin e quella patriarcale di cui parla Maine già indica che si tratta di oggetti *affatto* diversi, la cui diversità esprime, nella forma più radicale, quella che divide la ottocentesca e borghese famiglia *nucleare* dalle altre forme storiche di aggregazione su base parentale.

Più intrigante e complesso si presenta lo snodo successivo. Il testo della *Province* incontra il tema della famiglia ancora una volta, ma in una diversa determinazione, e cioè come *natural and independent society*. Si tratta del passo in cui Austin pone un corollario che intende limitare in senso antiformalistico il portato della nota definizione che lega strettamente sovranità e indipendenza politica. Se quest’ultima è definita dalla relazione di “habitual obedience” da parte della maggioranza della popolazione nei confronti del sovrano, perché la definizione abbia senso, la relazione deve tuttavia effettuarsi su una scala di grandezze che permetta ai termini di trovare un’adeguata corrispondenza di realtà. “It must not fall short of a *number* which can not be fixed with precision, but may be called

⁽⁶⁹⁾ J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 225.

⁽⁷⁰⁾ J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 226.

considerable or not extremely minute” (71). E qui Austin mette in campo l’esempio — di diretta ascendenza hobbesiana (72) — di una singola (“unique”) famiglia di selvaggi, in condizione di assoluta estraneità nei confronti di qualsiasi altra comunità e, quindi, in una piena condizione di non sudditanza, al cui interno è pure rinvenibile una relazione di abituale obbedienza da parte della madre e dei figli nei confronti del padre. Dato che “it would (I believe) be esteemed in a state of nature”, deve essere sicuramente considerata indipendente, ma non per questo può essere definita una *political society*. Per Austin si tratta appunto di una *natural and independent society*. Anche in questo contesto, nonostante il soggetto dei comandi sia chiaramente indicato, il termine *natural* continua ad indicare una qualificazione in sé insufficiente e va inteso innanzi tutto come non *political* (73).

La “single family of savages” di Austin ha tratti proprî di una proiezione della struttura familiare nucleare a lui contemporanea su una scena dove però i suoi membri non sono più considerabili —

(71) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 231.

(72) *Leviathan*, Part I, Chap. 13: “For the savage people in many places of *America*, except the government of small Families, the concord where of dependeth on naturall lust, have no government at all; and live at this day in that brutish manner, as I said before” (p. 63 dell’edizione stampata da Andrew Crooke a Londra nel 1651 = p. 187 dell’edizione MacPherson, Harmondsworth, Pelican Books, 1968). Per la contestualizzazione storica dell’esempio americano di Hobbes, cfr. i lavori, entrambi importanti, di SERGIO LANDUCCI, *I filosofi e i selvaggi 1550-1780*, Bari, Laterza, 1972, (in particolare il cap. II dedicato a “Lo stato di natura”, pp. 93-183) e di GIULIANO GLIOZZI, *Adamo e il nuovo mondo. La nascita dell’antropologia come ideologia coloniale: dalle genealogie bibliche alle teorie razziali (1500-1700)*, Firenze, La Nuova Italia, 1977, pp. 411-412 (ma più generalmente tutto il § 5 del cap. I della parte III, “Istanze ideologiche del mercantilismo inglese”, pp. 411-419).

(73) Si ricordi come per Hobbes (ma non per il vittoriano Austin) il potere paterno non sia affatto naturale, bensì convenzionale. Per un primo approccio al tema della famiglia in Hobbes sono utili R.W.K. HINTON, *Husband, Fathers and Conquerors*, in “Political Studies” 15 (1967), pp. 291-300 e 16 (1968), pp. 55-67 e R. CHAPMAN, “*Leviathan*” *Writ Small: Thomas Hobbes on the Family*, in “American Political Science Review” 59 (1975), pp. 76-90 (che tiene conto, anche utilizzando Maine, del diritto romano arcaico, pp. 82-84). Ma si tengano presenti anche le osservazioni di C. PATEMAN, “*God Hat Ordained to Man a Helper*”: *Hobbes, Patriarchy and Conjugal Right*, in M.L. SHANLEY-C. PATEMAN (eds.), *Feminist Interpretations and Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 53-73.

almeno in senso proprio — *private*, proprio perché la relazione di sudditanza politica le è stata sottratta: anche qui l'ipotetico *state of nature* è un “negative state”. Una citazione di Tacito suggella il significato di questa esemplificazione e la funzione argomentativa che essa assolve: “La puissance politique comprend nécessairement l'union de plusieurs familles” (74). Allo stesso modo Hobbes aveva affiancato al proprio esempio *americano* l'affermazione che la vita in stato di natura era pienamente percepibile in una condizione dove fosse assente il timore di un potere comune, come “which men that have formerly lived under a peacefull government, use to degenerate into, in a civill Warre” (75).

Nessuno dei casi presi in esame nella *Province* sembra dunque attagliarsi pienamente alla famiglia patriarcale presa in considerazione da Maine in *Ancient Law*. Questa sembra infatti collocarsi in uno strano rapporto con la classificazione di Austin: non vi rientra, ma nel contempo non le è estranea. Solo l'introduzione di una complicazione temporale dello schema categoriale può compiutamente renderne ragione. Il suo carattere di “independent society” *tout court* non le permette di coincidere con nessuno dei termini della coppia *political society/natural society*: non ha bisogno di determinazioni ulteriori, proprio perché precede sia la pensabilità

(74) Austin non cita la fonte, ma si tratta di *De l'esprit des lois* I, 3 (“Des lois en général. Des lois positives”). L'intero passo, introdotto dalla definizione — ripresa dal napoletano Gravina — di *État politique* come riunione di tutte le forze particolari, recita: “La force générale peut être placée entre les mains d'un seul, ou entre les mains de plusieurs. Quelques-uns ont pensé que, la nature ayant établi le pouvoir paternel, le gouvernement d'un seul était le plus conforme à la nature. Mais l'exemple du pouvoir paternel ne prouve rien. Car, si le pouvoir du père a du rapport au gouvernement d'un seul, après la mort du père, le pouvoir des frères ou, après la mort des frères, celui de cousins germains ont du rapport au gouvernement de plusieurs. La puissance politique comprend nécessairement l'union des plusieurs familles” (cito da MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, Paris, Seuil, 1964, pp. 531-532). Sul significato che assume il concetto di *État politique* in Montesquieu, cfr. il lavoro, ancora significativo, di LOUIS ALTHUSSER, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1959 (in particolare il secondo e il terzo capitolo) e, in prospettiva differente, l'indagine sviluppata da ALBERTO POSTIGLIOLA, soprattutto in *La città della ragione. Per una storia filosofica del Settecento francese*, Roma, Bulzoni, 1992, pp. 45-108.

(75) *Leviathan*, loc. cit.

della coppia austiniana sia la priorità logica che la struttura, e ne costituisce, anche categorialmente, la precondizione *storica*.

La formulazione esplicita di ciò che la definizione della famiglia patriarcale sottende, e che in *Ancient Law* è assente, sarà fornita da Maine solo una quindicina d'anni più tardi e proprio a ridosso delle pagine della *Province* qui richiamate. Nella lunga e ambivalente riflessione, cui, alla metà degli anni Settanta, sottoporrà la teoria austiniana della sovranità — e sul cui insieme sarà opportuno ritornare — Maine fa appunto riferimento all'esempio della “single family of savages” per trattare quei casi, in cui specifiche condizioni, come appunto dimensioni numeriche insufficienti, minano la rivendicazione di una universale pertinenza dello schema di sovranità e di fronte ai quali questa deve recedere in forza della propria palese inadeguatezza, pena una *reductio ad absurdum* (EHI, 377-379). Il ragionamento mainiano in realtà non contesta il testo austiniano, anzi sembra mimarlo fin nei dettagli; i limiti che esso pone sono esattamente gli stessi posti da Austin ed è solo attraverso una diversità di enfasi che si punta a reintegrare la centralità di ciò che nello spettro della costruzione austiniana era stato marginalizzato, perché valutato irrilevante. Nelle pagine ora in esame Maine è lontano dalle considerazioni che lo hanno portato a definire la sua famiglia arcaica in termini di *independent society* — nel momento in cui sta scrivendo le sue tesi sono ben note e rispetto ad *Ancient Law* hanno già ricevuto precisazioni importanti — e non gli interessa ripercorrere da presso la costruzione categoriale della *Province* sulla questione specifica delle *natural societies*. A questo proposito gli basta indicare la permanenza in Austin, anche se in una strategia in parte diversa da quella hobbesiana, della “theoretical possibility” dello *state of nature*. Ciò che invece gli preme affermare positivamente — a costo di piegare al proprio ragionamento il testo della *Province*, accorciandone i movimenti — è piuttosto l'eccedenza rispetto a quest'ultimo della *propria* posizione patriarcalistica. Di fronte all'esplicita percezione austiniana dell'esito paradossale in cui rischia d'incorrere un uso scarsamente ‘realistico’ del lessico della sovranità, il commento di Maine incalza: “I believe I shall be able to point out to you the significance of this appeal to our sense of absurdity, generally a most dangerous criterion; but at present I merely ask you to note the seriousness of the admission, since the

form of authority about which it is made, the authority of the Patriarch or Paterfamilias over his family, is, *at least according to one modern theory*, the element or germ out of which *all permanent power of man over man* has been gradually developed” (EHI, 379; *corsivi miei*). È fuori dubbio che con l’espressione “one modern theory” Maine intenda la propria: per quanto l’assimilazione di *patriarch* e *paterfamilias* non sembri del tutto congrua alla *lectio* storiografica mainiana e riveli uno spostamento dell’asse di indagine in senso comparatistico, l’affermazione della relazione tra *potere* e *politico*, centrata sull’antecedenza logico-storica del modello patriarcale già al lavoro in *Ancient Law* strutturandone lo schema di rappresentazione storica — si presenta qui con una nettezza perfino maggiore di quanto fosse legittimo concludere in precedenza.

7. *Semantica del progresso I*

L’epoca dei codici sconta nel carattere problematico della propria definizione lo scarto indotto dall’asimmetria che i processi di differenziazione producono nella simmetria originaria di potere e comando. L’unitarietà della periodizzazione giuridica, mantenuta da Maine — nonostante o forse proprio in forza dello squilibrio di cui è costretta farsi carico — viene infatti ad assolvere un ruolo fondamentale nell’affermazione della continuità di un asse genealogico centrale, in riferimento al quale diventa possibile identificare — a partire dal riconoscimento di una *condivisa* appartenenza — una *normalità* evolutiva in grado di designare le alternative che da essa dipartono nei termini di una *patologia*.

Se l’accezione debole dell’espressione “epoch of codes” rende possibile un mantenimento anche oltre la “customary law” di una scena generale, ciò avviene al prezzo di una progressiva riduzione dell’accesso alla scrittura — nel momento stesso in cui esso sembra inevitabilmente accrescere la propria rilevanza — a elemento meramente *tecnico*, quasi di *eccepiente*. Tuttavia, proprio il diritto *scritto* impone alla scienza di assumere — e *iuxta propria principia* — la realtà dispiegata di una distinzione che traspone su un piano pienamente storico la reciproca implicazione di normale e patologico. Intersecando i processi di differenziazione di comando e potere, la deriva nel patologico, nella cui crescente possibilità Maine aveva

individuato una legge inerente allo sviluppo del “custom”, raggiunge ora una condizione di irreversibilità che si traduce nella strutturazione di realtà che per la *jurisprudence* si pongono come sempre meno omologabili.

“It may seem at first sight” — scrive Maine — “that no general propositions worth trusting can be elicited from the history of legal systems subsequent to the codes. The field is too vast. We cannot be sure that we have included a sufficient number of phenomena in our observations, or that we accurately understand those we have observed. But the undertaking will be seen to be more feasible, if we consider that after the epoch of codes the distinction between stationary and progressive societies begins to make itself felt” (*AL*, 13). La *difficile* consistenza della duplice caratterizzazione dell’epoca dei codici sembra trovare in questo passaggio la propria soluzione. L’introduzione del tema del *progresso* permette di mettere in comunicazione i diversi piani argomentativi sviluppatasi attorno alle necessità contrapposte di dare alle nozioni di codice e di sistema giuridico una determinazione concettuale in grado di costruirne una definizione tipologica; e contemporaneamente di mantenere una copertura semantica debole, capace di inglobare le ‘codificazioni’ orientali in funzione della unitarietà della periodizzazione *specificamente* giuridica, e di tradurre la loro reciproca non consistenza nella subordinazione al primo del secondo, inscrivendolo sotto il segno di una “distinction”. Se l’opposizione tra “customary law” ed epoca dei codici si era infatti precisata nello sviluppo concettuale della nozione di codice, tuttavia le implicazioni che esso comportava per il secondo termine dell’opposizione non erano state condotte a piena e rigorosa conseguenza. Ciò che si configurava come una vera e propria dilazione, finalizzata ad assolvere — come si è tentato di mostrare — un preciso ruolo nell’economia complessiva della rappresentazione storica, trova ora il proprio risarcimento: proprio quegli elementi, la cui considerazione era stata come messa tra parentesi, tornano così in primo piano. Il discorso sull’evoluzione delle forme giuridiche perviene a determinarsi come *teoria del progresso e delle sue condizioni*.

La fine della “customary law” conclude un’intera fase della storia umana, anche se non la conclude per tutta l’umanità: “When primitive law has once embodied in a Code, there is an end to what

may be called its *spontaneous development*. Henceforward the changes effected in it, if effected at all, are effected deliberately and *from without*" (*AL*, 21 — *corsivi miei*). Maine si limita ad enunciare questo primo termine senza esplicitarlo. Ma è su di esso che l'intera proposizione viene a gravitare, anche se al "deliberately" che lo precede Maine si affretta ad aggiungere che non si può escludere il fattore della innovazione volontaria dallo spettro dei mutamenti che è ragionevole ipotizzare i "customs" abbiano subito "during the whole of the long — in some instances the immense — interval between their declaration by a patriarchal monarch and their publication in writing". Anche di tali modificazioni non siamo comunque più in grado di cogliere l'aspetto soggettivo. Le modalità di pensiero e le sensibilità che vi hanno presieduto ci sfuggono e quindi con esse il ruolo, comunque limitato, che può avervi giocato ciò che Maine chiama "set purpose" (*AL*, 21). La specificità — oltre che l'intelligibilità — del carattere volontario che è alla base del mutamento giuridico va dunque trovata, sul terreno del diritto dei codici, in una determinazione topologica: nell'*aver luogo* di una decisione che interrompe la spontanea dimensione riproduttiva del normativo, "from without".

In che senso dall'esterno? È impossibile non vedere come in tale formulazione i fili di giuridico e politico inevitabilmente si riannodino. Al cuore dell'affermazione mainiana, infatti, non sembrano essere tanto le modalità 'tecniche' di sviluppo dei codici, quanto l'orizzonte generale in cui questi ultimi si costituiscono e *lavorano*. Se teniamo soprattutto presente che ciò che in realtà i codici fanno, non è tanto la sussunzione di tutto il normativo, di *tutta* la "primitive law" — se lo facessero, essi probabilmente perderebbero ogni valenza progressiva —, quanto la costruzione di un *framework*, un'intelaiatura, allora l'esternità indicata da Maine si presenta come l'esatto opposto di quell'internità che contraddistingue un diritto di cui una *frazione* della società può detenere il monopolio, pretendendo, attraverso di essa, di coincidere con la sua totalità. L'accento è proprio sulla *rottura* di questa illusoria coincidenza: chi decide il diritto si presenta *giuridicamente* come 'parte a sé' in rapporto e di fronte a "the entire society".

Nel rimando reciproco di *code* e *legislature*, in cui emergono quelle che l'*analytical jurisprudence* definisce *laws* in senso proprio,

c'è lo spazio di una discontinuità che la comparazione assume a proprio criterio, riconoscendovi il presupposto di una più generale rottura in grado di controvertere, coniugando espansivamente stabilità e innovazione, le linee centripete lungo cui si realizza la riproduzione meramente autoconservativa di un aggregato politico e di una cultura. Considerando l'insistenza con cui in *Ancient Law* e in genere nell'insieme dell'opera di Maine trova rilevanza il tema dell'apporto *esterno* — basti pensare alla trattazione della vicenda complessiva della “natural law” tra diritto romano e *English law* —, è difficile sottrarsi alla conclusione che la connessione argomentativa tra connotazione del mutamento giuridico e identificazione dell'area progressiva — nella sua accezione più larga — ricavi la propria forza dal lavoro del codice e dall'impatto che questo produce sul medesimo assetto che lo ha espresso ⁽⁷⁶⁾.

Torniamo al punto da cui queste considerazioni sono partite: la distinzione tra società progressive e società stazionarie.

“Progress”, “civilisation”, “development” sono termini che nel testo mainiano si scambiano di continuo, assumendo e perdendo generalità nel loro intersecarsi, tanto che si è parlato, non senza ragioni, di una singolare reticenza di Maine rispetto ai principali problemi che essi evocano. “He certainly knows what can prevent progress... But most of what he writes about progress is particularly full of self-qualification or expressed in the vaguest terms relating to national character, race, and so on. In so far Maine is precise in this context he writes about progress with reference to analogies or parallels” ⁽⁷⁷⁾. Pure, nel passo che organizza nella rappresentazione storica il passaggio dalla fase che si estende fino all'epoca dei codici alla storia del *sistema* giuridico dei Romani, le analogie e i paralleli di Maine presentano un profilo sufficientemente eloquente. Sempre che si interroghi il testo correttamente: come la considerazione mainiana del potere patriarcale non è una teoria della condizione primitiva dell'umanità, ma una teoria dell'*origine* delle forme giuri-

⁽⁷⁶⁾ Il rapporto tra l'elemento strutturale e quello diffusionistico resta in Maine costantemente sbilanciato a favore del primo, il solo che renda possibile il determinarsi di un effetto cumulativo.

⁽⁷⁷⁾ R.C.J. COCKS, *Sir Henry Maine. A Study* cit., p. 57.

diche e politiche, così la considerazione mainiana del progresso non è né una teoria del progresso umano *tout court*, né una teoria delle sue *cause*. Sarebbe tuttavia riduttivo e fuorviante limitarla — fatto salvo l'esplicito richiamo allo sfondo problematico di una causazione multifattoriale — a una teoria del *legal change* in senso 'locale'. Maine, introducendo la partizione tra società progressive e società stazionarie e ponendo quindi in primo piano la relazione tra progresso e forma giuridica, inizia a configurare l'orizzonte di una teoria *giuridica* del progresso, dotata, nei confronti delle alternative disponibili nel dibattito contemporaneo, di un autonomo e specifico profilo.

“If, however, Maine stood in the Victorian tradition in his belief in social progress, this belief was in many ways more realistic than the faith in the inevitability of knowledge and power which has the foundation of Victorian optimism” (78). Per Maine infatti il progresso è innanzi tutto un bene scarso. I suoi contemporanei — egli è convinto — difficilmente percepiscono in tutta la sua portata la radicalità della distinzione tra progressivo e stazionario. Per il diffuso ottimismo di mezzo secolo nulla era più comune che riferirsi ai popoli di altre culture, specie non europee, come a *concorrenti*, certo in posizione più arretrata, più sfortunati, più deboli su varie basi, perfino decisamente inferiori e incapaci della meta, ma comunque concorrenti, reali o immaginari, partecipi di una medesima unica corsa. Questa opinione 'popolare' non mancava di trovare il proprio corrispettivo in una tradizione intellettuale in cui “the overwhelming evidence” dell'abisso che separava il mondo occidentale dal resto del pianeta era stemperata all'interno di una concezione articolata per stadi del processo civilizzatore, dotata comunque di caratteri universalistici: per quanto radicalmente diversi si presentino tra loro gli stadi del processo, essi appartengono ad un percorso che è sostanzialmente unico, anche se i vari popoli lo percorrono con vicende e soprattutto con celerità diverse (79). La

(78) BRIAN SMITH, *Maine's Concept of Progress*, in “Journal of History of Ideas”, 24 (1963), p. 407.

(79) Concorre a ciò il farsi senso comune dell'eredità della *conjectural history* e più generalmente della teoria stadiale dello sviluppo della civilizzazione proposta dall'illuminismo scozzese. Cfr. l'ormai classico lavoro di RONALD MEEK, *Social science and the*

difficoltà dell'uomo europeo del diciannovesimo secolo a immaginare una realtà altra da quella che lo circonda, se non negando contiguità antropologica perfino ai popoli del proprio stesso 'ceppo', concorre con una concezione a-storica del processo civilizzatore, che nega la reale alterità del proprio passato, nel costruire una visione del mondo destinata inevitabilmente a scontrarsi con il dato duro che delle società progressive "nothing is more remarkable than their extreme fewness" (AL, 22).

Il progresso per Maine non è una corsa universalmente partecipata, che a ogni stazione esibisce i propri vincitori e i propri perdenti. Una volta raggiunta una certa stabilità delle proprie istituzioni e data loro una completezza esteriore ("external completeness") "by their embodiment in some permanent record", la stragrande maggioranza del genere umano non mostra alcun particolare desiderio di migliorare la propria condizione. Certo, questo non significa immobilismo assoluto: rivolgimenti avvengono qua e là, qua e là "a primitive code, pretending to a supernatural origin, has been greatly extended, and distorted into the most surprising forms by the perversity of sacerdotal commentators" — l'esempio indiano ritorna di continuo, iterato quasi ossessivamente, a indicare il polo di disvalore —, ma questi episodi non sono in grado di alterare il carattere *stazionario* della maggior parte delle società umane.

C'è un punto nello sviluppo evolutivo di queste, in cui si presenta una strozzatura forte, che discrimina a partire dal carico storico-evolutivo con cui vi si arriva: dove i processi di differenziazione di potere e comando ritrovano una propria simmetria, dove si

ignoble savage, Cambridge, Cambridge U.P., 1976 e il saggio di ROGER L. EMERSON, *Conjectural History and Scottish Philosophers*, contenuto negli *Historical Papers 1984* della Canadian Historical Association, Ottawa, 1984. Maine tuttavia non si mostra estraneo a un recupero *locale* dell'approccio stadiale: "The rudiments of the social state, so far as they are known to us at all, are known through testimony of three sorts — accounts by contemporary observers of civilisations less advanced than their own, the records which particular races have preserved conceding their primitive history, and ancient law. The first kind of evidence is the best we could have expected. As societies do not advance concurrently, but at different rates of progress, there have been epochs at which men trained to habits of methodical observation have really been in a position to watch and describe the infancy of mankind." (AL, 120, dove viene sottolineata la validità documentaria di Tacito nei confronti dei popoli germanici).

rende possibile la comunicazione tra innovazione politica e innovazione giuridica, questa strozzatura viene superata, la fine dello sviluppo spontaneo si risolve in un mutamento che trova, proprio perché determinato “deliberately” e “from without”, una propria regola e in forza di essa ne prelude altri. È il salto, appunto, *dall'evoluzione al progresso*. Un salto che è un portato evolutivo anch'esso, certo, e quindi ‘normale’, ma tuttavia salto vero e proprio, l'aprirsi, come si è detto, di una scena dotata di una nuova e specifica legalità storica. Dove ciò non avviene, “there has been material civilisation, but, instead of the civilisation expanding the law, the law has limited the civilisation” (*AL*, 23).

Già Thomas Henry Buckle, quattro anni prima, nel primo, fortunatissimo volume della sua *History of Civilization in England*, aveva distinto — con in mente i medesimi referenti storico-geografici presenti nel discorso mainiano — tra *civilizations* che non riescono a trascendere le *natural laws*, restandone dominate, e *civilizations* al cui interno assolvono invece un ruolo preminente quelle che egli chiama *mental laws*, e che sole sono capaci, emancipatesi dalle rigide necessità imposte dall'ambiente, di oltrepassare il livello di un accumulo materiale che — disponibile nelle congiunture favorevoli — indica l'apice dello sviluppo possibile per le altre.

Il monocausalismo naturalistico buckliano, pur così lontano dalla linea maestra del ragionamento di Maine nella sua esclusione di una ragione *politica* progressiva, metteva in atto una ristrutturazione originale del tema della civilizzazione, fornendo così l'immediato antecedente cronologico di una messa in forma di portata enciclopedica dei motivi di pensiero che da circa un secolo convergevano sulla questione del progresso ⁽⁸⁰⁾. La sottolineatura dell'eccezion-

⁽⁸⁰⁾ Dell'impatto sui contemporanei della *History of Civilization in England* — di cui Buckle (1821-62) riuscì a pubblicare solo i primi due volumi (London, Parker, 1857-1861) testimonia l'esistenza stessa dell'undicesimo capitolo del libro sesto del *System of Logic* che Mill aggiunge nelle edizioni successive alla pubblicazione dell'opera di Buckle, proprio in considerazione dell'ineludibile mutamento che a suo avviso essa induceva nella trattazione scientifica della storia. Ma la risonanza di Buckle trova diffusione anche oltre il Canale, come documentano la immediata traduzione tedesca e la severa recensione critica *Die Erhebung der Geschichte zum Rang einer Wissenschaft* che, appena un anno dopo, gli dedica J.G. DROYSEN nell'“Historische Zeitschrift”, bd. IX (1863), pp. 1-21, per perdurarvi — del “famigerato caso di Buckle”, esempio testimo-

lità storica di quest'ultimo era certamente un elemento di convergenza, come pure la considerazione *prima facie* della contrapposizione tra *superstition* e *understanding* ⁽⁸¹⁾, come termini capaci di individuare per l'area stazionaria e l'area progressiva le rispettive modalità di sviluppo cognitivo sociale. Non di meno, nella *History of Civilization* proprio questi elementi assumevano una curvatura scienziata che si evidenziava nella priorità che, nell'ambito delle *mental laws*, Buckle accordava positivisticamente alle *intellectual laws* rispetto alle *moral laws*, spingendosi a dare di queste ultime un'immagine statica, quasi astorica. "... If we contrast this stationary aspect of moral truths with the progressive aspect of intellectual truths" — egli scrive nel quarto capitolo del primo volume — "the difference is indeed startling. All the great moral systems which have exercised much influence have been fundamentally the same; all the great intellectual systems have been fundamentally different. In reference to our moral conduct, there is not a single principle now

niale del marasma indotto dal *plebeismo* inglese nella morale e nella storia, parlerà ancora, più di venti anni dopo, il Nietzsche genealogista — anche quando rapidamente essa scemerà in Gran Bretagna; cfr. in questo senso, LOUIS ÉTIENNE, *Le positivisme dans l'histoire*, "Revue des deux Mondes", XXXVIII — seconde periode t. 74 (1868), pp. 375-408 [importante per le precisazioni sul carattere non comtiano del positivismo di Buckle] e PASQUALE VILLARI, *Tommaso Errico Buckle e la sua storia della civiltà*, in "La Nuova Antologia", seconda serie vol. XL (1883), pp. 5-34. Sull'insieme della ricezione ottocentesca dell'opera di Buckle e sul suo rapido oblio, il riferimento resta il lavoro di JOHN MACKINNON ROBERTSON, *Buckle and His Critics: A Study in Sociology*, London, Sonnenschein, 1895. Interventi più recenti sono B. SEMMEL, *H.Th. Buckle: the liberal faith and the science of history*, in "British Journal of Sociology", III (1970), pp. 370-386 e il volume di ECKARDT FUCHS, *Henry Thomas Buckle. Geschichtsschreibung und Positivismus in Deutschland*, Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 1994, che *via* Buckle tende a individuare una linea di pensiero alternativa allo storicismo nell'affrontare il compito di una scienza storica. Analogamente, su Buckle si era soffermata ANTONELLA CODAZZI dedicandogli il terzo capitolo ("Un altro esempio di storiografia positivista: H.Th. Buckle") del suo *Hippolyte Taine e il progetto filosofico di una storiografia scientifica*, Firenze, La Nuova Italia, 1985, pp. 142-177.

⁽⁸¹⁾ Si vedano soprattutto nella seconda metà del secondo capitolo le pagine dedicate alle attitudini dei primitivi verso i fenomeni naturali e al ruolo della paura nel difficile equilibrio tra stimoli immaginativi e attitudini intellettive, al cui interno Buckle rimanda di continuo contrastivamente a Grecia e ad India (nell'edizione tedesca in lingua inglese, segno anch'essa della fortuna continentale dell'opera, pubblicata a Leipzig nel 1865 dall'editore Brockhaus alle pp. 109-137 del volume primo).

known to the most cultivated Europeans, which was not likewise known to the ancients. In reference to the conduct of our intellect, the moderns have not only made the most important additions to every department of knowledge that the ancients ever attempted to study, but besides this, they have upset and revolutionized the old methods of inquiry; they have consolidated into one great scheme all those resources of induction which Aristotle alone dimly perceived; and they created sciences, the faintest idea of which never entered the mind of the boldest thinker antiquity produced” (82). In questa connessione, il sapere scientifico diventa necessariamente l’elemento a partire dal quale l’oggettivazione delle esperienze storiche e la loro collocazione prospettica diventavano possibili.

L’impianto del lavoro di Buckle si organizzava quindi coerentemente in una sequenza di priorità che non poteva certo risultare idonea ad accogliere l’istanza di storicità di cui Maine intendeva farsi carico (83). Il percorso complesso che nelle pagine di Maine collega faticosamente scienza e sapere storico, difficilmente può arrestarsi all’individuazione di un indicatore ‘semplice’, come in ultima istanza è quello — propugnato da Buckle — dello sviluppo delle conoscenze scientifiche, e non interseca mai l’opzione di una oggettiva-

(82) H.T.H. BUCKLE, *History* cit., pp. 166-167 del primo volume dell’edizione Brockhaus sopra indicata.

(83) Il nome di Buckle è complessivamente assente nelle opere di Maine. Ma la presa di distanza è evidente, come mostra l’unica, illuminante, eccezione offerta dalla Rede Lecture del ’75: “... there is a good instance of the common limitation of English ideas about India to its coast in a work which was famous in our own day. Mr. Buckle, in the General Introduction to his ‘History of Civilization,’ has derived all the distinctive institutions of India and the peculiarities of its people from their consumption of rice. From the fact, he tells us, that the exclusive food of the natives of India is of oxygenous than carbonaceous character, it follows by an inevitable law that caste prevails, that oppression is rife, that rents are high, and that custom and law are stereotyped. The passage ought to be a caution against overbold generalisation; for it happens that the ordinary food of the people of India is not rice” (V, 213-214). Le caustiche osservazioni di Maine sono rivolte al brano con cui nel secondo capitolo della *History* prendono avvio le considerazioni sull’India (nella ed. cit., pp. 64-65). Proprio il passo sull’alimentazione reca in nota: “This is evident from the frequent and familiar mention of it in that remarkable relic of antiquity, the Institutes of Menu”. La critica alla “overbold generalisation” passa significativamente per una critica di un approccio ‘ingenuo’ alle fonti storiche che ne pretende un’immediata trasparenza per il contemporaneo lettore occidentale.

zione direttamente ‘positiva’ delle rappresentazioni che di sé dà una realtà storica determinata. La stessa impossibilità — da Maine mai esplicitamente affermata, ma allusa più volte ⁽⁸⁴⁾ — di riconoscere alle *moral sciences* uno statuto scientifico è strettamente connessa a ciò, determinandosi in una prospettiva esattamente opposta a quella di Buckle. È interessante notare, infatti, come il rifiuto che Maine oppone all’identificazione di *analytical jurisprudence* e utilitarismo etico presenti a questo proposito un preciso risvolto nel metodo di approccio storiografico, che trova, in un denso passaggio all’inizio del quinto capitolo di *Ancient Law*, la propria non occasionale esplicitazione.

In questione è ciò che Maine indica, con espressione decisamente inusuale, come “the historical theory of Bentham”. In vari punti dell’opera benthamiana, egli vede affiorare, anche se in modo oscuro e non esplicito, una teoria storica, che non deriva dall’indagine iniziata con il *Fragment* e portata poi a compimento (“completed”) da Austin, e che da essa è del tutto distinta (*AL*, 117), anche se a partire da essa ne viene posta l’esigenza ⁽⁸⁵⁾. Una volta riconosciuto il valore specificamente *analitico* della riduzione di ogni legge a un comando di particolare natura, “the whole question remains open as to the motives of societies in imposing these commands on themselves, as to the connection with each other, and the nature of their precedence on those which preceded them, and which preceded them, and which they have superseded” (*AL*, 117-118). La risposta che, nella lettura di Maine, Bentham avanza, verte sull’utilità generale e quindi su di un momento centrale della sua costruzione etica: la storia del mutamento che gli assetti normativi (legali) delle varie società incontrano nella loro successione e connessione

⁽⁸⁴⁾ Si veda a titolo di esempio la citazione riportata sopra da *V*, 162. Ma si tornerà sull’argomento a proposito della sola *moral science* che ha mostrato un reale progresso scientifico, la *political economy*. Mette bene a fuoco la distanza di Maine dall’intellettualismo di Buckle il saggio di J.W. BURROW, *Henry Maine e l’idea vittoriana di progresso*, in “Ricerche di storia politica”, 1989 4, pp. 7-22.

⁽⁸⁵⁾ Né, si può aggiungere, deriva da un improbabile tentativo di dare valenza sistematica a quei momenti della riflessione benthamiana che tendono a venire a patti, moderando lo stereotipo illuministico, con le concrete determinazioni dell’iniziativa legislatrice, come ad esempio nell’*Essay on the Influence of Time and Place in Legislation* (*The Works of Jeremy Bentham* ed. by J. BOWRING, vol. I, Edinburgh, Tait, 1838-43).

diacronica, è innanzi tutto storia della diverse modalità con cui esse — cioè benthamianamente le parti che al loro interno detengono il potere — si sono rappresentate “the general expediency” e “the greatest good”. Questa posizione tende a scavalcare ogni possibile contrapposizione di morale e scienza, integrando la prima nella seconda, e si presenta come l’applicazione storica di una *scienza* etica, che — se, in forza del proprio autoriconoscersi come tale, può porsi a base della legislazione — è in grado nel contempo di fornire un criterio alla considerazione del processo storico, valutativamente orientato. Nella saldatura di scienza, etica e storia, il criterio con cui lo schema utilitaristico oggettiva *la propria società*, può essere legittimamente esteso, fino a valere come metacriterio per gli schemi di oggettivazione delle diverse società storiche e quindi come fondamento della teoria storica stessa.

La critica avanzata da Maine non approccia *direttamente* questa linea di riflessione, pure logicamente coerente con l’impostazione attribuita a Bentham, e apparentemente ripiega su una messa in discussione della portata esplicativa della nozione di utilità generale in quanto tale, anche se lungo una linea che si concentra in massima parte sull’elemento volontaristico-progettuale del mutamento ⁽⁸⁶⁾. Egli infatti imputa alla scelta di basare l’indagine del mutamento sull’utilità, un effetto esattamente contrario a quello della chiarificazione analitica. La posizione di Bentham non può tanto essere considerata in sé falsa, quanto incapace di andare oltre la mera reiterazione dei termini del problema: essa costruisce un circolo vizioso di rimandi tautologici, che non permettono di pervenire alle effettive determinazioni che sono necessarie alla comprensione. “For that which seems expedient to a society, or rather to the governing part of it, when it alters a rule of law is surely the same thing as the object, whatever it may be, which it has in view when it makes the

⁽⁸⁶⁾ Su etica e legislazione, in una prospettiva diversa da quella qui sostenuta, cfr. Vanni, *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., pp. 47-48, che rilevando come Maine “[faccia] della legislazione e della morale due mondi affatto distinti, e [accolga] nell’una ciò che respinge nell’altra, e in termini di pressoché disdegnosa riprovazione”, isola tuttavia l’affermazione dallo specifico spazio problematico in cui essa trova significato e la assolutizza in una critica in cui la rivendicazione della *propria* prospettiva filosofica prevarica la comprensione analitica.

change”. Utilità e massimo bene appaiono quindi essere solo nomi differenti per indicare l’impulso che induce il mutamento: “When we lay down expediency as the rule of change in law or opinion, all we get by the proposition is the substitution of an express term for a term which is necessarily implied when we say that a change takes place” (*AL*, 118).

Contrariamente a quanto ha inteso Pollock, la critica di Maine non ha di mira nella posizione benthamiana il momento intenzionale in quanto tale e quindi il ruolo che nel mutamento svolgono “actors and promoters”, né vede in essa un truismo, perché fuorviata dall’incomprensione che per Bentham “the reasons professed or admitted for making particular changes are often not the real or the most operative reasons” ⁽⁸⁷⁾ e quindi la razionalità dell’“expediency” può benissimo presentarsi difettiva. Ciò che invece Maine contesta è l’assunzione stessa dello schema dell’utilità come misura di oggettivazione delle rappresentazioni al cui interno quelle ragioni sorgono e si sostanziano. Il dispositivo di riduzione viene a valere metastoricamente e la sua iterazione ne afferma una categorialità, che — se ha a che fare non con determinazioni relazionali, ma con rappresentazioni — si limita a una loro tautologica indicazione, senza riuscire ad afferrarne comprensivamente la specifica realtà storica. Maine apparentemente assume qui la critica che sul piano etico era stata portata al calcolo benthamiano, imputato di non riuscire a tener conto della complessità del rapporto tra motivazioni e azioni e di conseguenza di operare nei suoi confronti una riduzione impropria, ma solo per dislocarla sul terreno che gli è proprio. In realtà, ciò che Maine pone al centro della propria trattazione della “historical theory of Bentham” è l’accusa rivolta al fondatore della *analytical jurisprudence* di venir meno, una volta che si passa dal piano analitico al piano storico, alla conclamata distinzione di

⁽⁸⁷⁾ Cfr. la Note I: “Montesquieu, Bentham and Historical Method” nell’edizione da lui curata di *Ancient Law* cit., pp. 174-176. Pollock fraintende l’oggetto dell’argomentazione di Maine e si sente quindi in dovere di difendere Bentham, la cui “historical theory” gli appare “to be not quite so unfruitful as Maine’s criticism supposes”. Del tutto fuorvianti le indicazioni di Cassani che, commentando questi passi nell’antologia mainiana da lui curata, *Società primitiva e diritto antico* cit., p. 104, rimanda alla critica di Macaulay a James Mill, quasi che la critica a quella che Maine chiama “the historical theory” benthamiana ne fosse la mera riproposizione sul piano storiografico.

jurisprudence e legislation e di risolvere attorno a un criterio etico, trasformato surrettiziamente in criterio storico, le aporie che incontrava in lui il problema delle concrete determinazioni storiche delle relazioni giuridiche.

C'è nel testo di *Ancient Law* una presenza, discreta, ma non per questo meno significativa, che non è mai stata non solo studiata, ma neppure rilevata e che invece andrebbe attentamente ricostruita, non fosse altro per il fatto che parte delle considerazioni che esso presenta sulla storia delle *dottrine* morali mostrano di esserne in qualche modo dipendenti (cfr. *AL*, 347-8, ma, soprattutto, l'insieme delle ripetute considerazioni sulla casuistica). È quella di William Whewell, vescovo anglicano e antagonista di John Stuart Mill nella famosa disputa degli anni '40 su induzione e deduzione nella logica delle scienze, ma autore, seppure relativamente meno noto, di un tentativo di etica sistematica che, lungo una linea di pensiero analoga a quella sviluppata per le scienze naturali, faceva perno sull'intuizione⁽⁸⁸⁾. Maine aveva iniziato alla fine dell'estate del 1844 la sua *tutorship* alla Trinity Hall, dove William Whewell era *Master e Professor of Moral Philosophy*, rimanendo poi a Cambridge come *Regius Professor* di Civil Law fino al '54. Gli anni della sua permanenza a Cambridge, da studente prima e poi come membro del corpo accademico, coincidono con gli anni in cui Whewell produce le principali opere come moralista⁽⁸⁹⁾ e estende i propri interessi alla

(88) Sull'insieme dell'ampia e multiforme attività di Whewell, cfr. — *in primis* — la voce omonima, redatta da LESLIE STEPHEN, sul *National Biography Dictionary*. Se la figura di Whewell *epistemologo* è stata oggetto di indagine abbastanza frequente, anche in Italia (oltre ai vari contributi di SILVERIO MARCUCCI a partire da *L'“idealismo” scientifico di William Whewell*, Firenze, Le Monnier, 1963, cfr. da ultimo il lavoro di GIORGIO LANARO, *La teoria dell'induzione in William Whewell*, Milano, Angeli, 1987), altrettanto non può essere detto per il Whewell *moralista*. Un tentativo organico di collocare Whewell nel dibattito etico post-utilitaristico, riannodando le linee di derivazione e di influenza, è nel terzo capitolo (“The Cambridge Moralists”) della prima parte del lavoro di J.B. SCHNEEWIND, *Sidgwick's Ethics and Victorian Moral Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 89-121, ma in particolare pp. 101-116, dove vengono parzialmente riprese le analisi fornite dal medesimo autore in un precedente contributo, *Whewell's Ethics*, in N. RESCHER (ed.), *Studies in Moral Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1968, pp. 104-141. Fragile il contributo di SUSANNA CAPPELLINI, *Il “razionalismo morale” di William Whewell*, Lucca, Pacini Fazzi, 1983.

(89) *The Elements of Morality including Polity*, in due volumi e cinque libri

storia del pensiero politico e giuridico fino a curare, nel 1853, un'edizione di un'opera che, come si è visto, non mancherà di essere al centro dell'attenzione del giovane giurista, il groziano *De Jure Belli et Pacis* [sic] ⁽⁹⁰⁾. Whewell — fra l'altro, amico di famiglia di John e Sarah Austin — aveva sviluppato nei confronti della costruzione utilitaristica una sorta di strategia dell'attenzione, che, se da un lato le riconosceva un ruolo importante nell'affermazione del rigore scientifico nel linguaggio morale — smussando così il perdurante giudizio negativo dell'*establishment* accademico sullo 'scandalo' benthamiano —, dall'altro cercava di ricondurla all'interno di una più generale tradizione etica, affermandone un'unilateralità e una propedeuticità di cui ovviamente si imponeva nella sua visione 'intuizionista' un necessario, quanto radicale, superamento. Certamente lontano dal fare propria la prospettiva whewelliana, anche se attento a recepirne più di un'istanza storiografica, Maine sembra tuttavia sensibile alla dissoluzione dell'autoconsistenza del nucleo *etico* utilitaristico, che egli registra come dissoluzione della contiguità *scientifica* di etica e diritto che ne supporta la divaricazione. La dottrina morale dell'utilità può così essere pienamente lasciata alla considerazione storica e, negatone il carattere fondativo per la *jurisprudence*, può essere impostata piuttosto la questione del nesso che vede *essa stessa* strettamente collegata allo sviluppo storico-concettuale delle relazioni giuridiche ⁽⁹¹⁾.

Ciò considerato, dovrebbe risultare più agevole intendere come in Maine la denominazione *civilisation* — come fenomeno comples-

(London, John Parker), sono del 1845 e avranno quattro riedizioni fino a quella in un unico volume del 1864, le *Lectures on Systematic Morality* (London, John Parker, 1846) sono "delivered in lent term, 1846", mentre le *Lectures on the History of Moral Philosophy* (London, John Parker/Cambridge, John Deighton, 1852) raccolgono lezioni più volte esposte negli anni '40 e '50 (cfr. la "Preface").

⁽⁹⁰⁾ L'edizione, che apparve per i tipi della Cambridge University in quattro volumi, accompagnava il testo latino alla traduzione dello stesso Whewell e a un apparato ripreso in gran parte da Barbeyrac. Un'edizione *abridged*, con la sola traduzione inglese e uno sfrondamento delle note, uscì il medesimo anno.

⁽⁹¹⁾ "To myself" — scriverà Maine nella tredicesima *lecture* di *Early History of Institutions* — "the most interesting thing about the theory of Utility is that it presupposes the theory of Equality. The greatest number is the greatest number of men taken as units" (*EHI*, 398-399).

sivo, non riducibile a “material civilisation” — tenda a riconvergere su di un significato che approssima quello antecedente la trasformazione che tra Francia e Gran Bretagna aveva investito questo termine a partire dagli ultimi decenni del secolo precedente ⁽⁹²⁾ e strettamente connesso alla *conditio civilis*. Ma proprio questo apparente recupero si effettua in una dilatazione di riferimento che sconta quella trasformazione e con essa la trasformazione complessiva di orizzonte concettuale che la ha accompagnata ⁽⁹³⁾. L’espressione “civilisation expanding the law” segnala in questa prospettiva una sorta di circolo *virtuoso* e ci riporta ancora una volta al cuore della questione della duplice caratterizzazione dell’epoca dei codici.

Né la tesi che vede “the civilisation as a lucky legal mutation — the occurrence of the *juristic science* created by Rome” — sostenuta da Smellie in un saggio del 1928 non privo di meriti ⁽⁹⁴⁾ —, né quella — contrappostagli da Burrow — che ipotizza che la distinzione di

⁽⁹²⁾ Sulle modificazioni del termine e sulla stratificazione di significati di cui si carica restano rilevanti il saggio del 1930 di LUCIEN FEBVRE, *Civilisation: évolution d'un mot et d'un group d'idées*, raccolto in seguito in *Pour une histoire à part entière*, Paris, Sevpen, 1962 e il successivo contributo di ÉMILE BENVENISTE, *Civilisation: contribut à l'histoire d'un mot* in *Problèmes de linguistique générale I*, Paris, Gallimard, 1966, pp. 333-345. Per il contesto britannico, si prenda in considerazione anche il tracciato semantico sinteticamente proposto da RAYMOND WILLIAMS nella voce *Civilization* del suo *Keywords. A vocabulary of culture and society*, London, Fontana, 1983², pp. 57-60 e la discussione che ne è seguita.

⁽⁹³⁾ È una ripresa che si dà consapevolmente *dopo* la ricca elaborazione post-illuministica (basti pensare alle due opere in cui aveva trovato partizione il *Cours d'histoire moderne* di Guizot, l'*Histoire de la civilisation en Europe* e l'*Histoire de la civilisation en France*) e a ridosso di questa trova qualificazione. Presupposto ne è il processo di degiuridizzazione del termine *society* — che, reciso il legame matriciale con *societas*, si ritrova completamente sganciato ormai da ogni definizione di rapporto societario in senso stretto — e la sua autonoma sostantivazione che, se per un verso lo rendeva capace di assumere uno spettro ormai molto esteso di qualificazioni, dall'altro lo orienta verso una totalizzazione di carattere *sociologico*. L'intreccio che si realizza nel corso dell'Ottocento tra riflessione sulla civiltà e sostantivazione sociologica di società costituisce l'oggetto di un vecchio lavoro di PAUL BARTH, dal titolo al riguardo estremamente suggestivo, *Die Philosophie der Geschichte als Soziologie I*, Leipzig, Teubner, 1897.

⁽⁹⁴⁾ “It is perhaps not fanciful to suggest that Maine saw the civilisation as the result of a lucky legal mutation — the occurrence of the juristic science created by Rome”, K.B. SMELLIE, *Sir Henry Maine*, in “Economica”, 8 (1928), pp. 64-94. Il passo, impugnato polemicamente da Burrow, in verità continua: “Roman law was the bridge

stazionario e progressivo gravi in ultima istanza su “a theory of legal degradation from a state of original ‘fitness of things’ which reminds one oddly of the traditional doctrine of the idyllic state of nature”⁽⁹⁵⁾, possono di *per sé* dare piena ragione dei problemi che la rappresentazione storica mainiana solleva a questo proposito. Entrambe le posizioni non per caso convergono nel darne, anche se con un diverso grado di elaborazione, una lettura ‘intellettualistica’. La prima, insistendo sul carattere fortunoso, sull’occasionalità favorevole di un mutamento *riuscito*, tende a sciogliere l’elemento volontaristico in quello intellettuale, isolando la “juristic science” dal proprio contesto costitutivo. La seconda, proprio partendo dalla non unicità del codice romano, riconduce l’intera questione alla contrapposizione originaria di comprensione razionale e *superstition*, ripercorrendo all’incontrario il percorso della scrittura di *Ancient Law* e semplificando in modo non accettabile il problema — su cui va notata l’estrema prudenza di Maine — della causazione. In questo orientamento, il rapporto tra condotta razionale e spiegazione funzionale — adombrata da Maine sul tema della “customary law” — viene a essere invertito e letto in stretta dipendenza dal primo termine, mentre, coerentemente, il ruolo antidegenerativo che il codice romano viene ad assolvere, viene letto idealisticamente in termini di *consciousness*. In entrambe le letture i momenti strutturali vengono dissolti. Se per Smellie ciò avviene attraverso un’inversione,

between primitive custom and mature jurisprudence. It showed how law could be once an organ of stability and an instrument to further the material and moral progress that *stability* made possible” (*cors. mio* — p. 67).

(⁹⁵) J.W. BURROW, *Evolution and Society* cit., pp. 165-173. A questo proposito, Burrow evoca — con linguaggio esplicitamente derivato da Talcott Parsons — l’immagine di un Maine “intellectualist positivist”, anche se ne vede la contraddittorietà con altri momenti del suo pensiero. “Though of course it is always that Maine’s explanations may be something like the correct ones, this ‘intellectualist’ bias really disables him from doing what in other respects he was admirably qualified to do — to probe the great problem of non-rational action and non-utilitarian codes of conduct. It is not a sufficient answer to these problems to refer simply to the baleful influences of superstition, to purely intellectual failures, failures of classification, understandable enough when one considers the defective knowledge and poor ‘mental grasp’ of savages” (p. 170). È chiaro che lungo questa linea interpretativa che risolve immediatamente lo storico-giuridico in antropologico, il *problema* dell’economia della rappresentazione storica mainiana non può che essere mancato, quale che ne sia la lettura dei singoli momenti.

forse inconsapevole, del rapporto *codice-jurisprudence*, Burrow opera attraverso un ragionamento più scaltrito un processo di riduzione che è soprattutto una regressione: ripercorrendo all'indietro il percorso tracciato da Maine, ne afferma per scomposizione analitica una reversibilità logica che esorcizza il carattere qualitativo che accompagna gli scarti della rappresentazione storica.

“The difference between the stationary and progressive societies is, however, one of the great secrets which inquiry has yet to penetrate” (*AL*, 23). Ripercorriamo un'ultima volta i termini della questione, riprendendo il testo di *Ancient Law* al punto in cui Maine tenta di offrire una sintesi della propria impostazione di ricerca.

Ribadito che qualsiasi contributo alla comprensione di tale differenza dovrà farsi carico dell'eccezionalità del suo prodursi, Maine indica due punti di applicazione che possono provvisoriamente fornire delle spiegazioni. Il primo è quello dell'analisi, cui Maine si è dedicato alla fine del primo capitolo e fin qui trattata, del passaggio dalla “customary law” all'età dei codici e quindi delle condizioni iniziali del processo, l'altro, cui si sta apprestando, “another *indispensable* condition of success”, consiste in “an accurate knowledge of Roman law in *all* its principal stages”. Vale la pena di riportare il passo in tutta la sua estensione, anche per la funzione introduttiva che vuole assumere per l'insieme del successivo sviluppo del testo. “The Roman jurisprudence has the longest known history of any set of human institutions. The character of all the changes which it underwent is tolerably well ascertained. From its commencement to its close, it was progressively modified for the better, or *for what the authors of modification conceived to be the better*, and the course of improvement was continued through periods at which all the rest of human thought and action materially slackened its pace, and repeatedly threatened to settle down into stagnation” (*AL*, 24 — *tutti i corsivi miei*). Il periodo successivo riparte programmaticamente: “I confine myself in what follows to the progressive societies”.

L'insistenza sulla *durata* del sistema romano, se costituisce l'esempio migliore di ciò cui allude il mainiano circolo virtuoso della “civilisation expanding the law”, permette anche di chiarire e sviluppare il senso di quanto si è detto all'inizio del capitolo a proposito della necessità che ha Maine di integrare l'asse diacronico con

un asse comparativo sincronico. Maine non guarda alla durata né nei termini naturalistici di una permanenza, né in quelli opposti di una sequenza continua di fondazioni: durata del sistema è innanzi tutto lavoro di una struttura e in questi termini essa entra nel processo di tipologizzazione che Maine mette in atto. Ma per comprendere pienamente quanto si è detto, è necessario allargare ulteriormente il quadro della riflessione. Infatti, se consideriamo ora l'insieme delle esperienze di diritto scritto cui Maine fa riferimento, vediamo come lo spettro sia più largo di quanto i due esempi cui solitamente fa riferimento — cioè le tavole romane e la sistemazione bramifica delle cosiddette *Leggi di Manu* — possono far pensare, ma anche della scena comparativa indoeuropea che Maine preciserà come proprio riferimento nelle opere più tarde. Come per la fase patriarcale il prudente rimando alle scritture bibliche ⁽⁹⁶⁾ allarga lo spettro di riferimento fuori dall'area indoeuropea, così per l'età dei codici l'esperienza cinese — egualmente esterna all'area indoeuropea — presenta il caso significativo di una realtà giuridica che ha superato lo stadio, tipico invece di quella indiana, “at which a rule of law is not yet discriminated from a rule of religion”, ma dove tuttavia “progress seems to have been arrested, because the civil laws are coextensive with all ideas of which the race is capable” ⁽⁹⁷⁾. All'in-

⁽⁹⁶⁾ “The effect of the evidence derived from comparative jurisprudence is to establish that view of the primeval condition of the human race which is known as the Patriarchal Theory. There is no doubt, of course, that this theory was originally based on the Scriptural history of Hebrew patriarchs in Lower Asia; but... its connexion with Scripture rather militated than otherwise against its reception as a complete theory, since the majority of the inquirers who till recently addressed themselves with most earnestness to the colligation of social phenomena, were either influenced by the strongest prejudice against Hebrew antiquities or by the strongest desire to construct their system without the assistance of religious records. Even now there is perhaps a disposition to undervalue these accounts, or rather to decline generalising from them, as forming part of the traditions of a Semitic people” (*AL*, 122-123). Sul pregiudizio antiebraico che accomuna Rousseau e Voltaire, si veda anche *AL*, 90. Sul punto cfr. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry S. Maine e l'Antient Law* cit., pp. 89-91.

⁽⁹⁷⁾ In effetti, la frase, l'unica del testo sul tema, non è nei suoi elementi facilmente decifrabile. L'assenza di scarto che riporta senza mediazione le forme di vita sociale al loro orizzonte normativo sembra indicare un punto terminale, rispetto al quale l'espressione “all ideas of which the race is capable” risulta difficilmente discernibile, tra tautologia rafforzativa e imputazione causale. L'immagine della stazionarietà e dell'uni-

terno dell'area progressiva, peraltro, il caso dei primi codici della Grecia antica si presenta anche più significativo, in quanto permette a Maine di individuare nettamente un altro momento strategico dell'articolazione dello schema storico in una seconda strozzatura forte nello sviluppo delle forme giuridiche, diversa, ma analoga a quella rappresentata dalla tendenza inerente al "custom" a degenerare nella stagnazione.

Il parallelismo che Maine instaura è chiaro, e il non tenerne conto ha sicuramente contribuito a una certa indulgenza al riduzionismo della letteratura critica. "There are" — scrive Maine all'inizio del quarto capitolo — "two special dangers, to which law, and society which is held together by law, appear to be liable in their infancy. One of them is that law may be too rapidly developed. This occurred with the codes of the more progressive Greek communities, which disembarrassed themselves with astonishing facility from cumbrous forms of procedure and needless terms of art, and soon ceased to attach any superstitious value to rigid rules and prescriptions" (*AL*, 75 — *cors. miei*). La tendenza che si genera è quella opposta alla derealizzazione messa in atto dal diritto indù: l'intelletto greco, in forza della propria "nobility and elasticity", difficilmente si lascia confinare in una formula giuridica e tende piuttosto a confondere fatto e norma, schiacciando quest'ultima sul versante del fatto. Il codice viene di continuo rimesso in discussione: le corti popolari da un lato e la cultura forense dall'altro (ce lo mostrano "the remains

formità cinese è comunque largamente partecipata nell'immaginario *mid-victorian*, dove ridisegna la figura settecentesca del dispotismo orientale, ormai in crisi. Cfr. per tutti il milliano *On Liberty*: "The modern régime of public opinion is, in unorganized form, what Chinese educational and political systems are in an organized; and unless individuality shall be able to assert itself against this yoke, Europe, notwithstanding its noble antecedents and its professed Christianity, will tend to become another China", Pelican Edition, Harmondsworth, Penguin Books, 1974, p. 138. Per l'erosione tra Settecento e Ottocento della nozione di 'dispotismo orientale', cfr. l'importante contributo di ROLANDO MINUTI, *Proprietà della terra e dispotismo orientale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", VIII (1978), pp. 29-177. Una parziale, ma significativa correzione da parte di Maine di quanto affermato in *Ancient Law* è in *Early History of Institutions*: "There must have been a series of ages during which the progress of China was very steadily maintained, and doubtless our assumption of the absolute immobility of the Chinese and other societies is in part the expression of our ignorance" (*EHI*, 227 — *cors. mio*).

of the Orators and the forensic commonplaces preserved by Aristotle in his Treatise on Rhetoric”) operano comunemente a questo scopo, veicolando *immediatamente* nel giuridico tutte le istanze che muovono la comunità, e “no durable system of jurisprudence could be produced in this way”. Ciò che si produce è “[a] peculiar danger of precocious maturity and untimely disintegration” (*AL*, 76): il diritto non è più messo in grado di assolvere il proprio ruolo stabilizzatore delle relazioni sociali e retroagisce negativamente sulla forma della loro unità. Da quest’angolatura, si potrebbe affermare che l’esperienza greca configura dall’interno dell’area progressiva l’estremo opposto di quella delle sistemazioni orientali, mentre il codice romano rappresenta un elemento medio.

Sviluppate in massima parte sul terreno del rapporto leggi/*jurisprudence*, le considerazioni mainiane su quello che può ben essere interpretato come il *ciclo breve* dei sistemi giuridici legati ai primi greci non mancano, nell’indicazione dell’esito catastrofico di quelli, di evocare il risvolto storico del ciclo politico ‘popolare’ che lo accompagna, quasi riattivando il nesso antico che lega democrazia e perdita di forma. Una volta rotta la crosta del diritto aristocratico-oligarchico, alla codificazione che la sostanzia non corrisponde una stabilizzazione sufficientemente forte del potere *politico* che permetta ad essa di operare, senza essere costantemente sottoposta a una pressione alla lunga insopportabile, detto in un altro lessico, che le permetta di svilupparsi in senso giuridico-formale ⁽⁹⁸⁾.

Così, sull’asse di comparazione diacronico — come ci viene dato dall’esigenza di unitarietà della periodizzazione giuridica — la tipologizzazione del diritto romano si offre a una prospettiva in parte diversa da quella dell’asse sincronico. Se ciò che veniva guadagnato concentrandosi sull’asse diacronico, era tutto sul versante del rapporto tra differenziazione del comando e differenziazione del potere, ciò che si punta a ottenere sull’asse sincronico, scontando l’asimmetria dei processi di differenziazione, è tutto proiettato in avanti, all’interno dell’area progressiva, sul terreno del rapporto tra sistemi giuridici e loro dinamiche interne.

⁽⁹⁸⁾ Cocks parla a questo proposito, con espressione forse eccessivamente brachilogica, di “dramatic failures to achieve progress”; cfr. *Sir Henry Maine. A Study* cit., p. 58.

Oltre la necessità provvisoria del quadro d'insieme — con quanto aveva di ambiguo per la definizione rigorosa di codice —, l'analisi ritrova all'altezza del sistema di diritto romano il rapporto tra comando e potere come rapporto tra legge e politico, tra condizione civile e *legislature*. “The most celebrated system of jurisprudence known to the world begins, as it ends, with a Code” (*AL*, 1). Rispetto a quanto detto precedentemente, trova qui ulteriore definizione la risposta alla domanda iniziale sullo statuto concettuale della nozione di codice: all'altezza della piena assunzione tipologica del codice romano, il *lavoro* del codice è il *concetto* del codice. Il codice è la *macchina del progresso*.

CAPITOLO TERZO
DAL CODICE AL SISTEMA

1. *Fictio/fiction*. — 2. *Æquitas/Equity*.

A rigore, l'acquisizione della "distinction" tra area stazionaria e area progressiva perviene ad assegnare realtà propriamente storica solo alla seconda, con conseguenze che da ultimo tendono a mettere in discussione la possibilità stessa di una storia *universale*. Anche una volta conseguita tale delimitazione, ciò che ne deriva non è un'immagine del progresso lineare e cumulativa. Questo infatti non è solo un bene scarso, è anche una realtà *discreta*. La storia mainiana del progresso si presenta come storia *ricorsiva* di sistemi progressivi, le cui connessioni e relazioni reciproche non cessano di presentarsi come fortemente problematiche. L'insistenza sul mutamento come mutamento progressivo sembra infatti sottrarlo, almeno in prima istanza, a un *continuum* storico che ne permetterebbe un'autonoma evidenza autoreferenziale e ne fa momento non più isolabile dal sistema, dalla peculiarità della sua dinamica e quindi della sua traiettoria storica complessiva.

In questo senso, molte pagine mainiane inducono ad accreditare un approccio in cui la storia *del* sistema predomina sulla storia dei sistemi, negando spazio nella loro diacronia ai tracciati involutivi e agli elementi che vi si connettono. Si coglie, cioè, in Maine una zona d'ombra. Se in *Ancient Law* la volontaria sottrazione a ogni variazione sul tema ormai usurato del *decline and fall* è sicuramente congrua alla perimetrazione intenzionale della ricerca, nondimeno la dimensione plurale inerente all'identificazione dell'area progressiva non può non richiamare la questione della crisi e della morte dei sistemi giuridici, che peraltro proprio la storia romana evoca di continuo. Con un codice, come è iniziato, il diritto romano *finisce*.

Riscritta in questo modo, l'indicazione di Maine — che certo è di fasi, prima che di eventi — non trova alcuno sviluppo analitico specifico e alla trattazione del costituirsi del sistema non corrisponde simmetricamente quella del suo dissolversi. A questo proposito, il testo del '61 — già reticente nell'adombrare i tratti regressivi che l'impatto del cristianesimo ha sul processo emancipativo indotto dal diritto romano ⁽¹⁾ — risulta tronco e lascia sospesa una parte significativa della problematica implicata dal suo stesso sviluppo e alla cui effettiva esplicitazione neppure la successiva produzione di Maine contribuirà in maniera definitiva ⁽²⁾.

La riluttanza che Maine mostra in *Ancient Law* a toccare la questione del venir meno della tenuta dei sistemi e ad assumerla conseguentemente nella costruzione teorica, è certo favorita — anche se non necessitata — dal fatto che *all'altezza del sistema di diritto romano* la rappresentazione storica cede il posto, non senza uno scarto argomentativo, ma in assoluta congruità con la propria logica interna, all'analisi comparativa che viene resa possibile dalla tipologizzazione e che in effetti ne è il portato legittimo. La relazione che *Ancient Law* instaura tipologicamente tra esperienza giuridica romana e area progressiva, coinvolge *attraverso il codice* il sistema che su di esso si struttura e le linee di sviluppo che ne derivano. Ciò va inteso alla lettera: il sistema giuridico romano, assunto nel proprio

⁽¹⁾ Cfr., ad esempio *AL*, 156: "The latest Roman law, so far as it is touched by the Constitutions of the Christian Emperors, bears some marks of a reaction against the liberal doctrines of great Antonine jurisconsults. And the prevalent state of religious sentiment may explain why it is that modern jurisprudence, forged in the furnace of barbarian conquest, and formed by the fusion of Roman jurisprudence with patriarchal usage, had absorbed its rudiments, much more than usual of those rules concerning the position of women which belong peculiarly to an imperfect civilisation". W.E.H. LECKY nel quinto capitolo della *History of European Morals from Augustus to Charlemagne* (1869, 1877³), dedicato alla posizione delle donne, parlerà di Maine come di "a very able writer, who takes on the whole an unfavourable view of the influence of Christianity on legislation" (cito dall'edizione in due volumi, London, Watts, 1930, vol. II, p. 154).

⁽²⁾ È abbastanza significativo in questo senso che l'approccio mainiano al feudalesimo, non solo nelle pagine di *Ancient Law*, trovi sviluppo lungo linee che insistono nel leggervi la riproposizione di una situazione *iniziale*, connessa appunto con la stanzializzazione di un potere con tratti ancora arcaico-patriarcali, e raramente si confrontano realmente con lo specifico della dissoluzione della condizione civile dell'impero. Ad esempio, cfr. le osservazioni su diritto di contratto e feudalesimo in *AL*, 365-366.

sviluppo storico, si presenta all'analisi, prima ancora che come antecedente decisivo per i sistemi successivi, come assetto a partire dal quale diventa possibile alla scienza l'identificazione delle trasformazioni morfologiche che stanno alla base di quella dinamica progressiva, che in quanto tale non può tuttavia essere oggetto a sua volta di costruzione universalistica, perché in sé non plurale, ma univocamente determinata. Il passaggio dalla tipologizzazione del codice alla tipologizzazione del sistema non si risolve dunque in un mero movimento tautologico, ma corrisponde al contrario a un reale potenziamento della costruzione analitica, la cui efficacia si paleserà quando si tratterà di affrontare la *differenza* cruciale rappresentata da un sistema giuridico che si presenta *senza codice*, come è appunto quello inglese. Maine si mostra in ciò pienamente coerente con quanto programmaticamente aveva affermato in *Roman Law and Legal Education* e poi ripreso nelle primissime battute di *Ancient Law*, subordinando al terreno del confronto strutturale la questione controversa della continuità storica tra diritto romano e diritto inglese.

La configurazione della storia del sistema passa per l'analisi delle forme che "the legal change" ha preso nelle varie fasi. Maine individua sulla base del modello romanistico tre fattori ("agencies") di mutamento, tre strumenti attraverso cui il diritto — per propria natura tendente alla stabilità — riesce nel corso della propria storia a venire a patti, dando loro forma, con le spinte che nella società di continuo tendono a sopravanzarlo, e a trovare nel costante riadeguamento di "law" e "public opinion" il proprio sviluppo. Questi strumenti sono, nell'ordine, "Legal Fictions, Equity and Legislation" (*AL*, 25) e presiedono alla trasformazione dei vari istituti nel senso della differenziazione individualistica, costituendone per così dire l'altra faccia ⁽³⁾.

La connessione che li identifica ha i caratteri di "a general proposition". Accade infatti che questi tre fattori talvolta giungano ad operare congiuntamente o che alcuni ordinamenti sfuggano

⁽³⁾ È da tenere presente come in questa connessione la legislazione non sia mai 'originaria' e sia sempre considerata dal punto di vista della *trasformazione* del diritto, non da quello della sua statuizione originaria, che ne è il presupposto, e solo in questo senso è da considerarne la posizione.

all'influenza di uno o dell'altro di essi, ma la loro comparsa nei vari sistemi segue una scansione regolare, senza che mai l'ordine ne risulti mutato o invertito. Questa regolarità è sostanziale e non va riferita tanto al piano storico-genetico della loro comparsa — sul quale peraltro Maine non rinuncia a difendere la propria tesi —, quanto a quello di un'acquisita capacità di informare l'insieme dell'ordinamento, assumendo un ruolo centrale e dominante “in transforming the original law” (4).

In questa prospettiva Maine assegna ai termini con cui designa tali “agencies” un significato assai più ampio di quello che le varie tradizioni giuridiche attribuiscono loro, anche se proprio la loro consolidata presenza lessicale costituisce dal suo punto di vista una ragione tutt'altro che secondaria nel consigliare il loro impiego. Anche in questo caso Maine rifiuta, dissentendo esplicitamente dalla scelta benthamiana, di sovvertire un lessico consolidato a favore di una produzione neologistica, che la pur comprensibile rivendicazione di un rigore espressivo maggiore rischia di rendere solo più astrusa, e opta piuttosto per una sua estensione e una sua ridefinizione per via argomentativa. È un dissenso che Maine vuole circoscrivere con precisione e che qualifica puntigliosamente. “It is the more necessary to note these differences,” — egli scrive introducendo l'accezione semanticamente più larga che intende usare — “because a student of Bentham would be apt to confound Fictions, Equity and Statutes law under the single head of legislation”. Dato che si tratta sempre di produzione del diritto, le differenze riguar-

(4) Contestazioni tra gli storici del diritto inglese non sono mancate, specie dopo che le speranze e le previsioni codificatorie di Maine sono venute meno. Esse hanno tuttavia investito più lo schema di avvicendamento degli strumenti del *legal change* che la loro identificazione. A.K.R. KIRALFY, ad esempio, che nel suo articolo su *Law Reform by Legal Fictions, Equity and Legislation in English Legal History*, in “American Journal of Legal History”, X (1966), pp. 3-14, si era esplicitamente proposto una verifica della tesi mainiana, si è schierato per la registrazione della compresenza di tecniche pur tra loro in concorrenza, sostenendo che “the result of such a study suggests that the order of appearance advocated by Maine is by no means established by the historical evidence, e.g. in various topics fictions came remarkably late, and often later than statute. To the second proposition, that agencies of law reform operated concurrently, more weight can be attached, but the rejection of Maine's mechanical order of succession should help the student of legal development to investigate the reasons why one or other agency of reform was brought into operation in each case, when a choice existed” (p. 4).

dano solamente le modalità e i mezzi di tale produzione. “*That is perfectly true, and we must never forget it; but it furnishes no reason why we should deprive ourselves of so convenient a term as Legislation in the special sense. Legislation and Equity are disjoined in the popular mind and in the minds of the most lawyers; and it will never do to neglect the distinction between them, however conventional, when important practical consequences follow from it*” (AL, 29-30 — il secondo cors. è mio).

1. Fictio/fiction

Innanzitutto, le finzioni. Corrispondenti a “the infancy of society” (AL, 26 e 130), esse costituiscono la modalità in cui elementi di artificialità possono trovare accettazione in un orizzonte di pensiero orientato ad accreditare caratteri pressoché esclusivi di naturalità alle realtà cui gli uomini partecipano. Così nel mondo romano non è solo la *familia*, il cui carattere di gruppo primario viene sempre rivendicato in base a una genealogia di consanguineità, nonostante questa sia stata costantemente alterata dal dispositivo largamente utilizzato delle adozioni, ma anche il legame politico a essere immaginato come comune appartenenza di stirpe. Il criterio della contiguità come criterio di una comune appartenenza su base territoriale è infatti marcatamente moderno e non avrebbe potuto apparire che “utterly strange and monstrous” ai membri di una comunità arcaica. “The expedient which in those times commanded favour was the incoming population should *feign themselves* to be descended from the same stock as the people on whom they were engrafted; and it is precisely the good faith of this fiction, and the closeness with which it seemed to imitate reality, that we cannot now hope to understand” (AL, 131). La finzione di una comune ascendenza di sangue corrisponde sia all’elemento costitutivo della comunità politica e della sua morfologia (*familia, gens, tribus*), sia a quello cui è demandata la regolazione (ma anche la possibilità) dell’accesso ad essa secondo criteri funzionali di stabilizzazione, integrazione e reintegrazione — almeno sino a quando la rete di consanguineità non si traduca in assetti aristocratici sufficientemente forti da poter fronteggiare, rifiutando ulteriori artificiali estensioni, una popolazione *nuova* che si raccoglie intorno ad essi senza essere in grado di

rivendicare antenati comuni, come indica la massima *Plebs gentem non habet*. La finzione per Maine sembra dunque connessa, almeno in origine, a un dispositivo dinamico di inclusione.

Le pagine sulle finzioni presentano caratteri di rilievo per il senso stesso della “general proposition”. Fin dall’inizio Maine non cela di forzarne il tradizionale spettro semantico. In diritto romano la *fictio* denota in senso proprio un’affermazione, per se stessa falsa, sull’*actor*, che tuttavia il *conventus* non può contestare, e analogamente operano le *fictions* nel diritto inglese, nel comune obiettivo di rendere possibile la giurisdizione ⁽⁵⁾. “But I now employ the expression ‘legal fiction’ to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified” (*AL*, 26). Il dato reale è l’innovazione della legge, mentre ciò che viene finto è la sua invarianza: la finzione è l’involucro che permette all’innovazione di farsi avanti, assumendo mimeticamente la medesima prospettiva immaginativa che sostanzia ciò che maggiormente dovrebbe contrastarla e intervenendo *autoritativamente* attraverso l’induzione di una modificazione percettiva. In questo senso, come abbiamo visto, essa costituisce l’*esatto* opposto della derealizzazione in cui si irrigidisce il *custom* nella propria deriva degenerativa. Da un lato la rigidità del sistema normativo viene aggirata senza doversi scontrare con le disposizioni ostili che sempre circondano in una società ancora molto giovane il mutamento — Maine parla al proposito di “superstitious disrelish for change”; dall’altro le spinte verso il rinnovamento, incontrando la resistenza di un corpo legale stabile e stabilito che organizza *realmente* la vita comune, trovano una regola che ne dispone la mediazione, garantendo la solidità delle

⁽⁵⁾ “Fictio, in old Roman law, is properly a term of pleading, and signifies a false averment on the part of the plaintiff which the defendant was not allowed to traverse; such, for example, as an averment that the plaintiff was a Roman citizen, when in truth he was a foreigner. The object of these “fictions” was, of course, to give jurisdiction, and they therefore strongly resembled the allegations in the writs of the English Queen’s Bench, and Exchequer, by which those Courts contrived to usurp the jurisdiction of the Common Pleas: the allegation that the defendant was in custody of the king’s marshal, or that the plaintiff was the king’s debtor, and could not pay his debt by reason of the defendant’s default” (*AL*, 25).

relazioni sociali e convergendo a mantenere quella della forma politica.

Sulla base di tale definizione Maine può ascrivere alla fase di preminenza delle finzioni una porzione ampia e diversificata al proprio interno sia del diritto romano sia della *common law*, annettendo ad essa, nel primo caso, tutta la produzione giurisprudenziale dei *Responsa Prudentum* e, nel secondo, tutta la cosiddetta *Case-law* insulare, facendovi rientrare l'idea stessa di precedente. Ciò avviene senza omologazioni, ma al contrario sottolineando i tratti peculiari che rendono irripetibili gli elementi differenti, *in primis* la giurisprudenza sentenziale e la giurisprudenza forense, che concorrono nel dare autorità all'esercizio della giurisdizione (6). Estendendo le finzioni oltre il loro significato strettamente tecnico, Maine ottiene così di subordinare a una periodizzazione che ha i caratteri necessari di una relativizzazione, quei *modi operandi* che intere tradizioni interpretative continuavano a leggere come basi identitarie delle due esperienze giuridiche. Ma si tratta di una relativizzazione che opera anche come dislocazione delle contrapposizioni polemiche cui il tema delle finzioni aveva dato luogo a partire dagli ultimi decenni del secolo passato.

È bene insistere su questo punto. Incontestabilmente in Maine la trattazione delle finzioni presenta uno sviluppo assai limitato e, si può forse aggiungere, per molti aspetti anche limitativo. Una volta infatti individuato il loro ruolo di strumento per lo sviluppo del sistema, l'indagine non si spinge oltre, evitando, sia sul terreno sostanziale, sia su quello tassonomico, ogni ulteriore approfondimento, tanto che rilievi critici non mancheranno in questo senso nella letteratura successiva (7). Sul versante della *common law* poi

(6) Questa diversità passa innanzi tutto per il fatto che "in comparing the Roman *Responsa Prudentum* with the nearest English counterpart, it must be carefully borne in mind that the authority by which this part of the Roman jurisprudence was expounded was not the *bench*, but the *bar*" (*AL*, 35, ma per la trattazione della peculiare figura del giureconsulto romano vedi ss.). L'opposizione tra *bench* e *bar* sarà destinata a diventare un luogo comune contro troppo disinvolute assimilazioni 'romanistiche', si veda per tutti G. CRISCUOLI, *Introduzione* cit., p. 30 che, contro Koschaker, fa riferimento ad Allen e a Buckland e MacNair.

(7) LON L. FULLER, ad esempio, nel volume *Legal Fictions*, Stanford, Stanford U.P., 1967, che ripubblica i saggi del '30-31 pubblicati originariamente sulla "Illinois Law

non c'è alcun tentativo di dipanare il groviglio dei vari tipi di finzioni e l'esemplificazione offerta, nell'insieme assai ridotta, non sembra riconducibile, come si può evincere facilmente, a molto più di una ripresa quasi parafrastica dal testo di Blackstone, che in fondo per Maine resta "always a faithful index of the average opinions of his day" (*AL*, 251), di un certo numero di situazioni e di norme. Ciò che è degno di nota è che in realtà si tratta di un insieme relativamente modesto di riferimenti che, proprio per essere stati impiegati con intenti divergenti e in un contesto non forense, e quindi agevolmente riconoscibile anche per chi tra i contemporanei non possedesse straordinarie competenze tecniche, non poteva mancare di perimetrare una densa stratificazione di rimandi a una stagione di discussioni e di controversie ancora incombente.

Andiamo ad esempio a considerare il passo del capitolo quarto del libro III dei *Commentaries*, laddove si dice di come la Court of King's Bench abbia potuto annettersi in continuità l'insieme della giurisdizione su di un'intera classe di procedimenti (le *personal actions*) tramite la finzione procedurale che l'accusato si trovi in stato d'arresto per violazione (*trespass*). Esempi analoghi potrebbero essere egualmente indicati, ma la scelta è motivata dal fatto che si tratta del primo dei due citati da Maine sul versante inglese della sua comparazione tra le *fictiones* romane e le *fictions* della *common law*, ma anche perché costituisce uno dei pochissimi luoghi in cui Blackstone, nella cui opera vanamente cercheremmo una riflessione di una qualche organicità sul tema, inserisce comunque una considerazione di maggior respiro rispetto allo stretto dato illustrativo. "In process of time, by a fiction this court began to hold plea of all personal actions whatsoever, and as continued to do so for ages: it being surmised that the defendant is arrested for a supposed trespass, which he never has in reality committed; and being thus in the custody of the marshall of this court, the plaintiff is at liberty to proceed against him for any other personal injury". Espedienti di tal genere, ammette Blackstone, sono destinati a sorprendere e a inquietare coloro, come gli studenti, che vi si avvicinano per la prima

Review", ha avanzato riserve rispetto a come Maine in *Ancient Law* tratta il tema dell'adozione, obiettandogli di non chiarire né l'elemento *fictitious* che la contraddistinguerebbe, né il rapporto tra finzione e istituzione, cfr. pp. 38-40.

volta, ma dopo ulteriore riflessione saranno loro stessi a trovarli “to be highly beneficial and useful: especially as this maxim is ever invariably observed, that no fiction shall extend to work an injury; it’s proper operation being to prevent a mischief, or remedy an inconvenience, that might result from the general rule of law. So true is it, that *in fictione juris semper subsistit aequitas*”. Una conclusione che avvalora in nota, chiamando a soccorso il commento al *Digesto* del pandettista francese Denis Godefroy: “Thus too in the civil law: *contra fictionem non admittitur probatio: quid enim efficeret probatio veritatis, ubi fictio adversus veritatem fingit? Nam fictio nihil aliud est, quam legis adversus veritatem in re possibilis ex justa causa dispositio*” (8). Gli ingredienti del passo sono evidenti: il carattere strumentale della finzione, la connessione ‘romanistica’ che il confronto con il *jus civile* mette in luce, la piega giusnaturalistica che dispone il nesso ordinante verità/finzione (9).

Sono gli stessi ingredienti contro cui si sarebbe scagliato il giovane Bentham, rimproverando a Blackstone, di cui aveva avuto modo di seguire da studente le lezioni poi confluite nei *Commentaries*, di difendere in modo pedissequamente apologetico il carattere benefico e persino indispensabile al fine di una soluzione equitativa di quelle che ai suoi occhi erano falsità calcolate che si pretendevano al servizio della verità e della giustizia e che, tra insipienza metafisica e servile condiscendenza alla tradizione, solo contribuivano ad annebbiare la legge (10). Evidentemente stupore e perplessità non

(8) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III, Oxford, Clarendon, 1765-69, p. 43. Ma cfr. anche il capitolo diciannovesimo, dedicato al processo, dove — parlando dell’emissione di un *testatum capias* al fine di condurre coattivamente in giudizio un imputato che si ritiene essere in una contea diversa da quella in cui ha avuto inizio il procedimento, fingendo la preesistenza, oltre che dell’originale, di un precedente *capias* — ricorre la formulazione: “And this fiction, being beneficial to all parties, is readily acquiesced in and is now become the settled practice; being one among many instances to illustrate that maxim of law, that *in fictione juris consistit aequitas*”, *op. cit.*, p. 283.

(9) Sul ruolo e sui limiti retorici che in Blackstone hanno i riferimenti al diritto naturale e all’*aequitas*, ha parole convincenti H.L.A. HART, *Blackstone’s Use of the Law of Nature*, in “Butterworths South African Law Review”, III (1956), pp. 169-174.

(10) Cfr. la voce *Fiction juridique (Fictio Juris)* del *Glossaire benthamiano* curato da JEAN-PIERRE CLÉRO e CHRISTIAN LAVAL in appendice all’edizione di PHILIP SCHOFIELD del manoscritto benthamiano *Of ontology* (J. BENTHAM, *De l’ontologie et autres textes sur les*

avevano abbandonato lo studente dei tempi di Oxford, ma si erano trasformati in indignazione: “A large portion of the body of the Law was, by the bigotry or the artifice of Lawyers, locked up in an illegible character, and in a foreign tongue. The statute he mentions” — Blackstone aveva fatto cenno allo *statute* del 1730 che riabilitava la decisione del Lord Protettore che i procedimenti si svolgessero in lingua inglese — “obliged them to give up their hieroglyphics, and to restore the native language to its rights. This was doing much; but it was not doing every thing. Fiction, tautology, technicality, circuitry, irregularity, inconsistency remain. But above all the pestilential breath of Fiction poisons the sense of every instrument it comes near” (11).

Prendeva così avvio dal *Fragment* un’ostilità senza quartiere che, nel nome della riforma, investiva certo dottrina e istituzione della *common law*, ma che pure rinforzava la diffidenza complessiva verso il diritto romano, sottraendogli ogni carattere autoritativo. Le finzioni non erano solo falsità calcolate, erano anche deliberate menzogne e Bentham non mancava di insistere in un crescendo, che negli sviluppi successivi cementerà la proposta codificatoria, sugli aspetti intenzionali o paraintenzionali delle finzioni, che vedeva solidali con un’amministrazione della giustizia illegittima, perché arbitraria, e arbitraria perché priva di quella certezza che una reale chiarezza della legge sola poteva offrire. Nella *Preface* per la seconda edizione del *Fragment*, scritta quarantaquattro anni dopo, nel 1822, ma pubblicata da Bowring solo nel 1838, la tesi sarà ribadita senza alterazioni: “A fiction of law may be defined — a wishful falsehood, having for its object the stealing legislative power, by and for hands,

fictions, Paris, Seuil, 1997, p. 201-2). “La fiction, comme fausseté calculée, était au service de la justice de la vérité et de la justice, selon les formules de la tradition: *in fictione juris semper subsistit aequitas* ou encore *causa fictionis est aequitas*. C’est précisément cette position de la tradition que Bentham inverse strictement dans sa contestation. A rebours de la scolastique (*fictio figura veritatis*), Bentham dénonce la fiction du droit comme un instrument qui est commandé par la mensonge (*mendacity*), la fausseté (*falsehood*), l’injustice, l’imposture, la tromperie, l’illusion, etc. et qui est principalement utilisée pour servir les intérêts particuliers de la caste juridique” (*ibidem*).

(11) *Fragment* cit., p. 21.

which could not, or durst not, openly claim it, — and, but for the delusion thus produced, could not exercise it” (12).

Le cose tuttavia sono meno lineari. Il percorso della critica benthamiana *già ai suoi inizi* mostra quelle complicazioni che faranno sì che proprio il tema della *fiction* sarà, una volta spostata l'attenzione dal diritto al linguaggio, la chiave di volta di un lungo sviluppo il cui esito sarà un ripensamento radicale del legame tra empirismo e utilitarismo (13). Non solo e non tanto perché, come è stato spesso rilevato, quando la considerazione delle finzioni dalla pratica giuridica si dilata alla dimensione dottrinale, come nelle pagine in cui è affrontata sulle orme di Hume la peculiare finzione che è alla base della nozione di contratto originario, la prospettiva storica si arrischia a ipotizzarne *e postremo* una qualche ammissibile utilizzabilità (14), quanto perché già il *Fragment* lascia intravedere come il lessico della finzione sia irriducibilmente presente nello strumentario e nelle strategie benthamiani.

Se ritorniamo per un momento alla connessione logico-argomentativa con cui, nella già citata nota *o* del primo capitolo, Bentham perviene alla definizione della *common law* come sistema di “quasi-commands”, ciò risulta abbastanza evidente. Una volta posto che le espressioni di volontà sono verbali o tacite e che

(12) *Fragment* cit., p. 117.

(13) Riferimento ‘classico’ resta l'introduzione di C.K. OGDEN al percorso di testi benthamiani proposto in *Bentham's Theory of Fiction*, London, Kegan Paul & Co., 1932, in particolare pp. cxiii-cxlvii, ma si vedano pure FRANCO TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Padova, Cedam, 1979, pp. 232-250 (un volume da tenere presente nel suo insieme per il tema della finzione) e G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition* cit., pp. 265-301 (specialmente pp. 295-301), entrambi con ampi riferimenti alla letteratura successiva. Prospettive per una rilettura complessiva dell'opera di Bentham apre il contributo di E. de Champs citato alla nota 19 del capitolo precedente. In orientamento analogo, ma nei limiti di un percorso analitico che mi sembra più convenzionale del taglio interpretativo, cfr. il lavoro di C. LAVAL, *Bentham et le pouvoir des fictions*, Paris, Puf, 1994.

(14) “With respect to this, and other fictions, there was once a time perhaps, when they had their use. With instruments of this temper, I will not deny but that some political work may have been done, and the useful work, which, under the then circumstances of things, could hardly have been done with any other. But the season of *Fiction* is now over...”, *Fragment* cit., p. 53. Il passo è sottolineato ad esempio da WHEWELL nelle *Lectures on the History of Moral Philosophy* cit., p. 193.

l'espressione di volontà espressa verbalmente è un comando, egli definisce al punto 7 che cosa sia un'espressione di volontà *tacita*. Si tratta di "that which is conveyed by any other signs whatsoever", chiosando poi, perché non restino dubbi, "among which none are so efficacious as acts of punishment annexed in time past, to the non-performance of acts of the same sort with those that are the objects of the will that is in question". Dato che l'espressione di volontà di un superiore è appunto un comando, quando essa è tacita può essere dichiarata (punto 9) "a fictitious command" ⁽¹⁵⁾. Sono appunto i *fictitious commands*, che a detta di Bentham potrebbero chiamarsi in gergo 'romanistico' '*quasi commands*', a costituire la *common law*, contrariamente alla *statute law*, dove invece operano comandi veri e propri. Entrambi infine hanno come oggetto un atto che prima d'essere compiuto è "a duty or a point of duty". Qui Bentham sta muovendo i primi passi sul terreno di ciò che chiamerà poi *descriptive jurisprudence*, o, se si preferisce, lo sta approssimando, e nulla lo forza a un linguaggio che egli potrebbe considerare improprio. Difficile mantenere l'equazione tra finzione e falsità deliberata, non perché differente sia il giudizio sulla *common law*, ma perché la dimensione di finzione che qualifica i comandi inespresi verbalmente è appunto una figura cognitiva autonomamente costruita dal discorso benthamiano.

Nondimeno resta difficile misurare quanto dell'ambivalenza e della complessità del *work in progress* benthamiano sia stato percepito dai contemporanei e dai loro immediati successori, certo non favoriti da un lato dallo stato precario di pubblicazione degli scritti di Bentham, a lungo dispersi, quando non inediti, fra due lingue, dall'altro dalla endogena tensione di questi ultimi verso una formalizzazione dottrinale in funzione della battaglia ideale e politica.

Lo stesso Austin, ad esempio, sulla questione specifica delle finzioni, non è ritenuto fornire grandi contributi, limitandosi a iterare la loro condanna, moderata da un'attitudine più avvertita e paziente nei confronti della *common law* come specifica esperienza giuridica, che si manifesta in una messa in mora degli aspetti più

⁽¹⁵⁾ Vale sottolineare l'inversione di prospettiva che questa definizione pone rispetto alla figura 'tradizionale' del *tacito consenso*, che ricorre ampiamente (ed epigonalmente) anche nei *Commentaries*, soprattutto nell'*Introduction* e nel libro IV.

brutali della denuncia portata dal suo maestro. È un giudizio in parte ingeneroso ⁽¹⁶⁾. La maggiore consapevolezza storica che egli ha del diritto di Roma gli permette in realtà una posizione più definita ed autonoma. Nella trentaseiesima delle *Lectures on Jurisprudence*, appartenente alla sezione dedicata a “law in relation to its sources”, egli contesta a Johann Gottlieb Heinecke (Heineccius) la tesi del carattere usurpatorio della legislazione pretorile avanzata nel suo *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum* (1719) proprio in riferimento all’uso delle finzioni. Austin si sofferma sul carattere inattendibile dell’accusa di inganno, che vi era annessa. Quando il pretore o un giudice subordinato sostengono che qualcosa che è davanti agli occhi di tutti, non è e viceversa, è improprio dire che stiano mentendo, proprio perché tale ‘menzogna’ è del tutto palese e credibilmente non inganna alcuno. Non di menzogna si tratta, piuttosto dell’introduzione di un elemento di convenzionalità che permette di innovare autoritativamente la legge. Ma Austin va oltre la questione della convenienza delle finzioni e si interroga sulle cause che ne possono avere determinato l’insorgenza ⁽¹⁷⁾, indicandole in “a respect on the part of the innovating judges for the law which they virtually change... they rather eluded the existing law, than formally annulled it: they preserved its integrity to appearance, although they broke it in effect” e in “a wish to conciliate (as far as possible) the friends or lovers of the law which they really annulled”. Confrontando poi contrastivamente le finzioni pretorili e quelle di cui è così ricca la *common law*, egli sottolinea la farragine e l’impe-
 rizia che sta dietro a molte di queste ultime, che sovente avrebbero potuto essere tradotte senza difficoltà in termini chiari e compren-

(16) “Bentham, on the whole, made its greatest public impact when he was at his most personally vitriolic, and Austin occasionally indulge in these displays, perhaps in an effort to make an impact on the class. But the heat did not generate light, and the emergence of brilliant hypotheses concerning the general relation of fictions to equity, and of both to legislation had to await, fortunately not very long, the appearance of Sir Henry Maine. Austin found equity in his time to have solidified in England into ordinary rules of law, offering no special problems about source”, W. L. MORISON, *John Austin* cit., p. 101.

(17) Sul punto cfr. L. FULLER, *Legal Fictions* cit., p. 59, che vede a questo proposito in Austin un’attenzione assente in Savigny e in Jhering.

sibili. Ma anche in questo caso parlare di intenzionalità falsificatoria gli sembra tesi eccessiva e impropria e, richiamando Bentham che l'aveva sollevata "so uncharitably", preferisce imputare tali finzioni "to the sheer imbecility (or, if you will, to the active and sportive fancies) of their grave and venerable authors, than to any deliberate design, good or evil" (18).

La *lecture* trentaseiesima è tra quelle inedite fino al 1863, ma è sufficiente a mostrare la presenza in Austin di elementi che sembrano anticipare per alcuni aspetti la posizione mainiana. Fatto salvo che, vista la loro non accessibilità, non si pongono questioni di influenza, si tratta comunque solo di elementi. Essi potevano essere forse 'nell'aria', nel senso che si collocavano al punto di intersezione tra eredità analitica (per come questa era disponibile sulla base del testo della *Province*) e romanistica.

Ciò che tuttavia nella trattazione di Maine è importante e irriducibile, è la collocazione sistematica che le finzioni occupano. Se Austin recupera rispetto a Bentham (o se si vuole rispetto all'immagine corrente di Bentham) la dignità della finzione giuridica, lo fa *dall'interno* di un discorso sull'equità e infatti vi arriva considerando la legislazione pretorile romana. La connessione mainiana è esattamente opposta: prima bisogna considerare le finzioni, poi l'equità, perché è proprio la finzione a costituire la condizione logico-storica per potere pensare l'equità e ciò vale per entrambi i sistemi giuridici. La considerazione del nesso *aequitas-equity* ne trarrà *tutte* le conseguenze.

In questo orientamento la dislocazione mainiana del tema delle finzioni individua innovativamente un piano su cui la dissoluzione della autorappresentazione dottrinale della *common law* è possibile senza contrapposizioni intransigenti, ma anche senza rinunciare a dare per acquisito il suo definitivo sovvertimento. Si tratta di un piano dove gli elementi che avevano animato su schieramenti antitetici la fase crepuscolare delle finzioni possono trovare egualmente posto nella *comprensione* storica, ma non ricomposizione, perché il ruolo delle finzioni è forcluso e, prima che la pratica, è la scienza a doverlo registrare. Già Bernard nella sua recensione sulla "Quarterly

(18) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. II, pp. 609-611.

Review” aveva registrato che il modo con cui Maine pensava la finzione era gravido di conseguenze per la *jurisprudence* e, ponendosi la domanda un po’ retorica se tra gli strumenti per il miglioramento e l’espansione del diritto egli non ne avesse per caso escluso uno — quello dell’interpretazione giudiziale —, commentava: “The reader may be surprised that this ranks with Mr. Maine merely as a legal fiction, and is indeed his selected sample of the class”. E proseguiva collegando con perspicacia l’annessione della legislazione giudiziale alle *fictions* ai toni apertamente ‘benthamiani’ con cui *Ancient Law* bollava la loro irrevocabile inattualità, e ne concludeva che, se secondo Maine anche per essa “as a fiction, its day is over”, non poteva che protestare il suo netto dissenso (19). Nell’acomunamento operato da Maine, Bernard intravedeva, giustamente, coinvolta tutta la logica del precedente.

La questione era ben colta. In Maine, infatti, la valorizzazione storica delle finzioni coincide con la messa in evidenza del loro limite radicale (20). Se egli ha buon agio nel discostarsi dalla durissima polemica condotta da Bentham contro le finzioni *giuridiche*, ciò avviene tuttavia secondo una movenza ormai ben nota, che, se da un lato ne contesta l’assolutizzazione storica, ne accoglie dall’altro le ragioni come ragioni presenti, facendosi carico dei loro esiti. “We must... not suffer ourselves to be affected by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them. To revile them as merely fraudulent is to betray ignorance of their peculiar

(19) Op. cit., pp. 122 e 123. Continua Bernard, non senza asprezza: “Here we cannot but ask what it is which, Mr. Maine wishes to get rid of — the mode of judicial interpretation practised in our courts, or the view which is taken of. If the former, we do not agree with him; if the latter, he is hardly accurate in his list of agencies” (p. 123). Utile è confrontare contrastivamente quanto sul punto argomenta F. Pollock, al solito compositivo e ‘sdrammatizzante’, cfr. *Note D English Case-law and Fiction* nella sua già cit. edizione di *Ancient Law*, pp. 46-47.

(20) Bene legge Todescan: “alle finzioni il Maine accorda la priorità, almeno sul piano cronologico, quale mezzo per consentire un autentico progresso giuridico. Ma una siffatta premessa, che sembrerebbe preludere ad un elogio incondizionato delle finzioni, non porta invece affatto a questi esiti”. E continua, più problematicamente: “Si affaccia così, implicitamente, quella distinzione tra funzione *storica* e funzione *dogmatica*, che spetterà a Jhering teorizzare esplicitamente, e sulla base di tale distinzione il giurista inglese potrà pronunziare il suo netto giudizio di condanna”. Cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., p. 285, ma più generalmente sulle finzioni in Maine le pp. 284-287.

office in the historical development of law”, ma il piano argomentativo si rovescia repentinamente: “But at the same time it would be equally foolish to agree with those theorists who, discerning that fictions have had their uses, argue that they ought to be stereotyped in our system. They have had their day, but it has long since gone by” (AL, 27). Le finzioni sono un espediente che non può e non *deve* trovare uso oltre la fase di sviluppo della società, cui sono congeniali. Esse costituiscono comunque un elemento di anomalia, che, in un sistema che ha raggiunto una fase più avanzata, priva la legge della sua capacità vitale e ne ostacola una “symmetrical classification”, dato che nello scambio di apparenza e realtà quella che viene smarrita è l’evidenza stessa della funzione della norme ⁽²¹⁾. La conclusione è inequivoca e richiama i toni del saggio del ’56: “If the English law is ever to assume an orderly distribution,” — cioè quella che solo un codice può fornire — “it will be necessary to prune away the legal fictions which, in spite of some recent legislative improvements, are still abundant in it” (AL, 28).

Il tema delle finzioni viene a valere come *sinceddoche*. Primo elemento della comparazione tra sistemi, occasione privilegiata per mettere in luce l’intreccio tra progetto scientifico e una ribadita opzione militante sul tema della *riforma* giuridica, la lettura mainiana della finzione lascia intravedere, *nella propria filigrana*, il senso stesso del passaggio tra tipologizzazione del codice e tipologizzazione del sistema. Nel sistema di diritto romano infatti è chiaro come la figura della finzione (tanto più nell’accezione allargata con cui Maine la impiega) *non possa* prescindere da quella del codice: “The authors of new jurisprudence during the whole progress of its formation

⁽²¹⁾ Difficile non cogliere la paradossalità solo apparente di questo passo che trae avvio da un’esplicita presa di distanza da Bentham per concludere su una connessione argomentativa, la cui natura parafrastica è resa evidente dai puntuali riscontri che trova in Bentham. Secondo Fuller (*Legal Fictions* cit., p. 6) in Maine c’è ancora spazio per il carattere intenzionalmente ingannevole delle finzioni, cosa che, se pure ha qualche attendibilità, non mi pare comunque così evidente. Analogamente PIERLUIGI CHIASSONI, (*Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Analisi del diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica* a cura di PAOLO COMANDUCCI e RICCARDO GUASTINI, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 71-94) che trova “la posizione di Maine parimenti censurabile” di quella sostenuta, insistendo sul carattere di estensione analogica delle finzioni, da Alf Ross (p. 81).

professed the most sedulous respect for the letter of the Code. They were merely explaining it, deciphering it, bringing out its full meaning: but then, in the result, by piecing texts together, by adjusting the law to states of fact which actually presented themselves and by speculating on its possible applications to others which might occur, by introducing principles of interpretation derived from the exegesis of other written documents which fell under observation, they educed a vast variety of canons which had never been dreamed of by the compilers of the twelve Tables and which were in truth rarely or never to be found there" (*AL*, 34). Il costante riferimento al codice è costitutivo di una rigogliosa produzione giurisprudenziale, che, se dà luogo a un sapere specifico e attraverso esso a una specifica autorità sociale ⁽²²⁾, nondimeno interviene lateralmente — contrariamente a quanto avviene per il suo analogo inglese — nella giurisdizione, che resta saldamente in mano a figure di magistrati ⁽²³⁾, che sono sempre pregnantemente *politiche*, tanto che "nei poteri dei magistrati si distinguono i due lati dell'*imperium* o della *potestas* e della *jurisdictio*; anzi nei primi tempi del governo consolare, i magistrati supremi hanno il nome ora di *prætores*, ora di *iudices*, secondoché attendono all'una o all'altra funzione" ⁽²⁴⁾. Ma, una volta acquisito ciò, è legittimo chiedersi che cosa avvenga nel

⁽²²⁾ È un tratto peculiare del diritto romano che la produzione giurisprudenziale, pur senza barriere create artificialmente, non abbia avuto l'effetto di *popularize* il diritto, indebolendone statura scientifica e rango sociale, ma al contrario si sia avviato verso un'articolazione e una tecnicizzazione che lo avrebbero reso simile, "if had not been for operation of a separate set of causes", ai sistemi che gli sono succeduti. "The juriconsults, until the liberties of Rome were overthrown, formed a class which was undefined and must have fluctuated greatly in numbers; nevertheless, there does not seem to have existed a doubt as to the particular individuals whose opinion, in their generation, was conclusive on the cases submitted to them" (*AL*, 37).

⁽²³⁾ Nella seconda delle *Lectures on the Early History of Institutions* Maine scriverà: "We never know the Romans except as subject to one of the strongest of central governments, which armed the law courts with the force at its command. Although the Roman system did not work exactly in the way to which our English experience have accustomed us, there can, of course, be no doubt that the *ultimate criterion* of validity of professional legal opinion at Rome, *as elsewhere*, was the action of Courts of Justice enforcing rights and duties in conformity with such opinion" (*EHI*, 42 — *corsivi miei*).

⁽²⁴⁾ PIETRO BONFANTE, *Storia del diritto romano* (ed. del 1934), vol. I, "Opere complete di Pietro Bonfante" I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 228, ma vedi pp. 227-229.

passaggio dalle *fictiones* alle *fictions*, che cosa cioè venga implicato nell'individuazione di una analoga fase *per il diritto inglese* all'interno appunto di una "general proposition".

Contrariamente a quanto è stato talvolta suggerito, dagli scritti di Maine non è deducibile una teoria della *common law*; non nel senso almeno di un insieme di affermazioni di portata generale attorno a cui unificare una immagine complessiva basata sui *principi* che la organizzano, sul modello della *Common Law Theory* blackstoniana o su quello che può essere derivato, anche se *ex negativo*, dalla critica benthamiana. C'è per Maine nell'esperienza giuridica della *common law* una doppiezza di linguaggio, che è sicuramente incoerente, ma che l'approccio storico non può eliminare in via preliminare, perché proprio nel suo permanere — anche se non in base ad esso — il sistema ha trovato il proprio sviluppo. Ciò non significa rinunciare ad andare oltre le autorappresentazioni identitarie che lo hanno accompagnato, ma, perché ciò sia possibile, è necessario comprendere come esse stesse ne siano in qualche modo parte integrante. Tra la convinzione arcaica di una riserva dottrinale immutabile che sta alla base dell'attività di giurisdizione e che solo dopo trova la propria razionalizzazione nell'interpretazione dichiarativa, e la registrazione brutale della *common law* come mero diritto creato dai giudici (e quindi improprio), Maine sembra battere in *Ancient Law* una strada diversa. Egli traduce la questione della dichiaratività nell'indagine delle concrete condizioni storiche di produzione del diritto positivo e, rifiutandone sia l'autodefinizione originaria, sia la razionalizzazione settecentesca, la recupera sul terreno della consistenza del sistema giuridico lungo due linee che tendono a convergere.

Da una parte, essa supporta infatti l'*ipotesi* a lui cara di un patrimonio di sapere giuridico pregresso, già avanzata in *Roman Law and Legal Education*: "The judges of thirteenth century may have really had at their command a mine of law unrevealed to the bar and to the lay-public, for there is some reason for suspecting that in secret they borrowed freely, though not always wisely, from current compendia of the Roman and Canon laws" (*AL*, 32). Dall'altra, riconduce il discorso, anch'esso già sviluppato nello scritto del '56, al tema della *legislature*, al suo irriducibile carattere politico alla base della *forma diritto*, ma quindi anche alla sua *non*

riducibilità alla immagine tutta moderna che la vuole come soggetto esclusivo e sostanziale di una continua e costante *legislation*, “as Legislation”, secondo quanto prima ricordato, “in the special sense”. Il passo continua: “But the storehouse was closed so soon as the points decided at Westminster Hall became numerous enough to supply a basis for a substantive system of jurisprudence; and *now* for centuries English practitioners have so expressed themselves as to convey the *paradoxical* proposition that, except by Equity and Statute law, nothing has been added to the basis since it was first constituted”, per concludere infine: “We do not admit that our tribunals legislate; we imply that they have never legislated; and yet we maintain that rules of the English common law, with some assistance from the Court of Chancery and from Parliament” — cioè attraverso il ricorso all’*equity* e agli *statutes*, entrambi originariamente interpretati come rimediali ⁽²⁵⁾ — “are coextensive with the complicated passages interests of modern society” (*AL*, 32-33 — *cors. miei*).

Su tale base non è difficile cogliere — nonostante una qualche disparità di formulazione — la convergenza tra il riferimento alla *jurisprudence* di Westminster Hall e il già citato passo di *Roman Law and Legal Education* sul privilegio della *legislature* e sul suo inevitabile riconoscimento (*CE*, 18; *V*, 363). Qui l’attenzione è spostata dai percorsi specifici del *law-making* alla forma complessiva della sua organizzazione: la “jurisprudence of Westminster Hall” non rimanda solo al ruolo di unificatore e di sovraordinazione gerarchica che, attorno alla centralità della *King’s Peace* e del re come *Fountain of Justice*, viene ad assumere proprio alla fine del tredicesimo secolo la *Curia regis*, ma anche al rapporto di assoluta dipendenza genetica che intrattengono con essa le tre corti con sede permanente a Westminster, che costituiscono emblematicamente le corti di *common law*, cui è spettato il compito storico di un’elaborazione giurisdizionale in senso unitario del materiale normativo precedente, rispettivamente la *Court of Exchequer*, la *Court of Common Pleas* e la *Court of King’s Bench* ⁽²⁶⁾. Parlamento e corti, pur con tutte le loro

⁽²⁵⁾ Vedi Cap. I, nota 20.

⁽²⁶⁾ Cfr., anche se in un contesto problematico ormai differenziato, il capitolo VI (“The King and Early Civil Justice”) delle *Dissertations on Early Law and Custom* (*ELC*, pp. 160-191).

ovvie differenze, trovano nella *Curia Regis* una origine comune, che nel rapporto tra politico e giuridico vede quella condizione peculiare che permette, già in tempi che anticipano significativamente quelli dei paesi continentali, la possibilità di una realtà unitaria in termini di sistema ⁽²⁷⁾.

Questa specifica e specificamente determinata realtà unitaria è ciò che ci ha permesso di affermare nelle pagine precedenti che nell'ottica di Maine il diritto di *common law*, considerato dal punto di vista di una pur remota *jurisprudence*, si presenta come un diritto che lavora *come se* dipendesse da un codice. Sono certo le medesime ragioni che sono alla base della possibilità stessa dell'allargamento della nozione di finzione e che fondano la sua idoneità a individuare lo strumento che presiede alla fase iniziale dello sviluppo del sistema, che può così essere riferito alla tipologia progressiva costruita sul modello romanistico.

Ma sono anche le medesime ragioni che permettono appunto di cogliere il carattere paradossale di una rappresentazione interna al *modus operandi* del sistema stesso — quasi un lascito arcaico —, che, se per un verso nega la realtà all'anomalia di una legislazione virtuale praticata attraverso la *case-law*, è tuttavia costretta nel contempo a riprodurla coattivamente per non fare i conti con il proprio presupposto positivo, nel senso proprio del *law-making* contrapposto al *law-finding* ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Si veda ancora la seconda delle *Lectures on the Early History of institutions*, dove, confrontando contrastivamente diritto inglese e diritto dei *Brehons* irlandesi, Maine afferma: "The administration of Justice in England, from comparatively early times, has been more strongly centralised than in any other European country... The process of English Courts has for centuries past been practically irresistible... we in England have always attributed far less authority than does any European Continental community to the unofficial commentaries of the most learned writers of text-books" (*EHI*, 43). Un'efficace sintesi storiografica del processo di centralizzazione regia in Inghilterra è nell'eccellente lavoro di JOSEPH R. STRAYER, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 1970 (per i temi qui in questione, cfr. pp. 36-48).

⁽²⁸⁾ Da un'originale prospettiva, tesa a ripensare la possibilità di una teoria della *common law* da una radicale riconsiderazione della relazione tra *fatto* e *legge*, EBEN MORGLEN ha sostenuto: "Whether offered in Bentham's terms or in a more neutral form in which the courts are said be filling the 'interstices' of the legislative scheme, the idea express a presupposition that the archetypal form of law making is (and in Bentham's

2. Æquitas/Equity

Passando dalla fase delle finzioni a quella che vede prevalere l'equità — nella doppia figura dell'*æquitas* romana e dell'*equity* inglese — e da questa a quella successiva in cui prevale la legislazione, la ricerca mainiana perviene ad affrontare un terreno decisamente più complesso e stratificato che, anche se sotto un'angolatura particolare, non verrà più abbandonato per tutta la continuazione del testo. Nella trattazione delle *fictions* già si era presentata a Maine la necessità di dovere considerare le immagini della legge come una componente *endogena* della dinamica del sistema giuridico. Ora tuttavia lo stretto intreccio e la tendenziale coincidenza che l'equità romana presenta con il *jus gentium* prima e con il *jus naturæ* poi, ne ripropongono l'esigenza su una scala più ampia e più complessa. Viene impostato così un approccio al rapporto tra forme storiche del diritto e forme storiche del sapere giuridico, tra *law* e *jurisprudence*, che fa da punto di riferimento anche per la trattazione degli esiti che avrà la 'riproposizione' del tema giusnaturalistico in età moderna.

È bene precisare subito le linee di difformità tra finzioni ed equità. L'equità, nella sua doppia variante romana e inglese, fa essa stessa uso frequente dello strumento *tecnico* delle finzioni ed è quindi lungi — come peraltro anche la legislazione — dall'esaurirne *completamente* la presenza. Essa si caratterizza tuttavia per il fatto che, contrariamente alla finzione, la sua interferenza con le leggi vigenti viene dichiarata apertamente e apertamente rivendicata, sulla base di un insieme di principi che, investiti di una certa sacralità, vengono ritenuti superiori a quelli del diritto comune, non per la prerogativa del magistrato che li enuncia, ma in forza della loro specifica natura (AL, 28 e 44). Tale caratterizzazione, riferita solo a una specifica parte del diritto, appartiene "to a much more advanced stage of thought than to that to which legal fictions originally suggested themselves" (AL, 29) e, rispetto a esse, segna un passo in

view, ought emphatically to be) legislation — that is, the prospective declaration of abstract 'rules' for the resolution of disputes by a body, called a legislature, politically charged with that responsibility". Aggiungendo in nota: "The notion of incremental or interstitial legislation by means of fiction is expressed without moral disapprobation in Maine", *Legal Fictions and Common Law Theory. Some Historical Reflections*, in "Tel Aviv University Studies in Law", 10 (1990), pp. 33-52.

avanti in direzione di una generalizzazione e di una maggiore astrazione di *tutto* il sistema giuridico.

Più tardi (ELC, 166), Maine, ritornando sul significato di questo avanzamento, prenderà a prestito il lessico comtiano della successione delle epoche storiche per parlare della comparsa dell'equità come del momento in cui si può riconoscere il compiuto passaggio da una concezione *teologica* — la cui traccia è ancora percepibile nell'elemento sentenziale della decisione giudiziale, in cui la figura pretorile si ricollega a quella eroico-sacrale dei re arcaici e, attraverso costoro, al *mistero* dell'originario patriarcale del potere — a una concezione *metafisica*, che fa con forza il suo ingresso nel diritto. Anche senza indulgere troppo in tale tardivo parallelismo ⁽²⁹⁾, è

⁽²⁹⁾ A questo proposito un nesso con lo schema comtiano era già stato alluso da FREDERIC HARRISON nella sua recensione a *Ancient Law* sulla "Westminster Review" (cit., pp. 465-466). Una qualche coloritura in questo senso è presente anche in altri passi di *Ancient Law*. Non c'è modo tuttavia di addurre argomenti probanti a favore di un'effettiva presenza nel testo del '61 di un pur circoscritto riferimento comtiano, al di là del dato ambientale che Comte era un autore che negli anni '50 era largamente noto negli ambienti intellettuali inglesi, specialmente in quelli oxoniensi, e le sue idee vi avevano maggiore circolazione che in Francia. Cfr., al riguardo, l'ottimo lavoro di FRANCO RESTAINO, *La fortuna di Comte in Gran Bretagna*, in "Rivista critica di storia della filosofia", XXIII (1968), pp. 171-201 e 391-409; XXIV (1969), pp. 148-178 e 374-381. L'unico rimando *esplicito* a Comte è comunque quello di ELC e pare testimoniare più un omaggio alla recensione dell'antico *pupil* che un coinvolgimento problematico di profilo maggiore. La prudenza è d'obbligo, specie di fronte a un 'mito' storiografico, del tutto infondato, che ha rivendicato un *particolare* ruolo del pensiero di Auguste Comte negli ambienti giuridici britannici, cui si dovrebbe, tra l'altro, una ricezione evolucionistica in senso sociologico di Savigny. Il mito messo in circolo da PETER STEIN (*Legal Evolution* cit., pp. 74-77 e *passim*) e ripreso anche in Italia da Cassani poggia in realtà su di un fraintendimento che scambia il giurista CHARLES COMTE (1782-1837), autore di un più volte ristampato *Traité de la législation ou exposition des lois générales, suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent, ou restent stationnaires* (Paris, Sautet, 1826-27) con il filosofo del *Cours de philosophie positive*. Effettivamente al *Traité*, dove Montesquieu viene riletto entro gli schemi del dottrinarismo liberale tra Restaurazione e Monarchia di Luglio, si riferisce abbastanza di frequente la produzione giuridica insulare degli anni '40 (tra gli altri lo scozzese JAMES REDDIE nelle *Inquiries, elementary and historical in the Science of Law*, London, Longman, 1840 e Empson nella già citata voce per la *Encyclopedia Britannica*) e una qualche presenza la si può trovare anche successivamente (ad esempio è citato più volte dall'enciclopedico LECKY nella sua *History of Morals* cit.). STEIN ha francamente rettificato il proprio errore (in *The Tasks of historical jurisprudence*, in N. MACCORMACK-P. BIRKS eds., *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford,

certa la straordinaria importanza che Maine attribuisce agli inizi del processo di penetrazione nel mondo giuridico romano da parte della filosofia greca, che avrà peraltro il proprio contrappasso nel processo di giuridicizzazione che investirà dopo Roma la filosofia occidentale ⁽³⁰⁾. Ma qui il problema non è tanto la rilevanza dei profili dottrinali dell'equità, quanto la possibilità stessa di tale rilevanza nel diritto positivo. Questa diventa comprensibile infatti solo se la si ricollega alla dinamica interna del sistema ed è su questo terreno che *Ancient Law* si esprime con maggiore originalità.

Maine, benché anche in questo caso non rinunci a indicare esplicitamente un certo parallelismo tra i due sistemi, indaga soprattutto il versante romanistico, dove l'equità si presenta con una struttura più semplice e più agevolmente delineabile, ma anche offre i propri caratteri originari, che ne fanno "the root of *several* conceptions which have exercised profound influence on human thought, and through human thought have seriously affected the destinies of mankind" (*AL*, 45 — *cors. mio*).

La tesi è netta. Ciò cui fa riferimento l'*æquitas*, "the Jus Naturale, or Law of Nature, is simply the Jus Gentium or Law of Nations seen in the light of a peculiar theory" (*AL*, 52). Si tratta cioè della rappresentazione da parte dei giuristi romani, entrati in contatto con la cultura greca in un suo determinato momento storico, di una parte del diritto *positivo*, quella che, emanata da uno speciale pretore,

Clarendon Press, 1986, p. 295) e insistervi potrebbe apparire ingeneroso, se il mito non continuasse ad avere corso. Stein ha suggerito in una successiva occasione che a Charles Comte Maine debba la distinzione tra società progressive e società stazionarie, ma tale indicazione non sembra essere suffragata da molto più del titolo del *Traité*, anche a volere estrapolare qualcosa in questa direzione dall'ultimo libro dell'opera, incentrato sul tema della schiavitù.

⁽³⁰⁾ "Of the subjects which have whetted the intellectual appetite of the moderns, there is scarcely one, except Physics, which has not been filtered through Roman Jurisprudence. The science of pure Metaphysics had, indeed, rather a Greek than a Roman parentage, but Politics, Moral Philosophy, and even Theology, found in Roman law not only a vehicle of expression, but a nidus in which some profoundest inquiries were nourished into maturity" (*AL*, 340). E più avanti: "It is worthy of remark that whenever the problems of metaphysics are those which have been most strongly agitated in Western Europe, the thought, if not the language, betrays a legal parentage" (*AL*, 354), come esemplifica l'emergere della questione del rapporto tra libero arbitrio e necessità.

noto poi come *prætor peregrinus* (AL, 63), sotto l'influenza della concezione 'normativa' della *physis* propria dello stoicismo è stata assunta, secondo quanto consoliderà secoli dopo il primo libro delle *Institutiones* di Giustiniano, come "quod vero naturalis ratio inter omnes homines [jus] constituit" e quindi chiamata "jus gentium", perché "apud omnes populos custoditur", in opposizione a "quod quisque populus ipse sibi jus constituit", chiamato "jus civile", perché "quasi jus proprium ipsius civitatis" (31). Questo modo di rappresentare il *jus gentium* presuppone uno sviluppo storico secolare e tende a occultare l'originario processo formativo che pure ne costituisce il presupposto.

Inizialmente, infatti, il *jus gentium* non ha nulla a che fare con la valorizzazione implicita nell'affermazione che ne fa il prodotto della "naturalis ratio", nello stesso modo in cui non ha nulla a che fare con il *jus gentium* inteso in senso giusinternazionalistico, che, anche se variamente debitore del *jus naturæ*, è totalmente moderno e della modernità presuppone la pluralità delle formazioni statali (32). Nato in rapporto alla fortissima esigenza che ha una comunità arcaica, una volta stabilizzatasi politicamente, di escludere rigorosamente stranieri e naturalizzati tanto dal proprio diritto civile quanto dalla propria costituzione, esso trae origine — come peraltro le *fictiones* — dall'esigenza di bilanciare questo principio di esclusività con una realtà caratterizzata in senso assai diverso. La crescita della città, da una parte, ha visto un significativo flusso migratorio rivolto verso una situazione considerata politicamente e militarmente espansiva e di conseguenza capace di dare protezione, anche se in cambio di una condizione di "heavy taxation, political disfranchisement and much social humiliation". Dall'altra le attività commerciali, sempre presenti a Roma, seppure inizialmente modeste, sono prosperate man mano che l'espansione della potenza romana ne ha permesso il

(31) *Imperatoris Iustianii Institutionum Libri Quattuor*, I, tit. II "De jure naturali et gentium et civili", I (cito dall'edizione MOYLE, Oxford, Clarendon Press, 1923⁵, p. 100).

(32) Questo infatti corrisponde a un ambito normativo affatto diverso; se proprio si vuole trovare per il diritto internazionale un antecedente nel mondo romano, scartando le insormontabili difficoltà legate all'emergere della sovranità *territoriale*, lo si deve cercare nel *jus feciale*. Cfr. AL, 53.

consolidamento, determinando una rete complessa di relazioni con l'esterno.

“Whatever were the circumstances to which it was attributable, the foreign element in the commonwealth determined the whole course of its history, which, in all its stages, is little more than a narrative of conflicts between a stubborn nationality and an alien population” (*AL*, 47). La centralità per Roma degli stranieri si presenta subito come uno dei punti decisivi della lettura di Maine. È una centralità che lega motivi e momenti diversi, ma che risulta incomprensibile, se non si tiene costantemente presente quanto detto in precedenza sul radicarsi della comunità sulla presunzione di una comune base parentale, di un'ascendenza di sangue, rispetto alla quale una rivendicazione di eguali 'privilegi' viene immediatamente e inevitabilmente sentita come l'usurpazione di un diritto per nascita e nei cui confronti diritto privato e diritto pubblico presentano tratti ancora a lungo indecidibili⁽³³⁾. Pace interna e pace esterna, scambio e guerra, *hospes* e *hostis* si confondono facilmente e spetta proprio alla dialettica di forza e legge dirimerne fattualmente i profili. La storia giuridica romana coincide in questo senso con le modalità di produzione di una cittadinanza comune che, se all'interno deve penetrare in profondità, qualificandole trasformativamente, le relazioni che originariamente vi sono sottratte, all'esterno deve salvaguardare il proprio particolarismo trasformandolo in un regolato universalismo⁽³⁴⁾.

L'espedito di trovare negli elementi comuni a tutte le genti

(33) Ciò è posto in contrasto con la gestione giuridica delle migrazioni dell'epoca della moderna sovranità: “Nothing like this has been seen in modern times; on the one hand, because modern European communities have seldom or never received any accession of foreign immigrants which was large enough to make itself felt by the bulk of the native citizens, and on the other, because modern states, being held together by allegiance to a king or political superior, absorb considerable bodies of immigrant settlers with a quickness unknown to the ancient world...” (*AL*, 47).

(34) “The most superficial student of Roman history must be struck by the extraordinary degree in which the fortunes of the republic were affected by the presence of foreigners, under different names, on her soil. The causes of this immigration are discernible enough at a later period, for we can readily understand why men of all races should flock to the mistress of the world; but the same phenomenon of a large population of foreigners and denizens meets us in the very earliest records of the Roman State” (*AL*, 46).

italiche la base normativa su cui esercitare giurisdizione nei casi che congiuntamente riguardavano romani e non romani oppure non romani di differente provenienza — il *prætor peregrinus* era appunto “qui inter cives et peregrinos vel peregrinos ius dicit” —, corrispondeva quindi a una necessità politica che era nel contempo di ordine interno e di ordine esterno. A tale insieme di norme e di procedure colui che godeva della cittadinanza poteva guardare con disprezzo come ad “an ignoble appendage of Jus Civile”, che copriva un’area sociale spuria, lasciando *intatta* la sfera e la supremazia delle leggi e dell’*identità* cittadine ⁽³⁵⁾. Se in origine la *factio* è congetturalmente collegabile a un dispositivo di inclusione, l’*aequitas* arcaica sembra ratificare all’opposto un dispositivo di esclusione, di cui l’originario *jus gentium* costituisce appunto un esito accessorio. Su questa base, esso non poteva certo costituire una parte del diritto verso cui i giuristi erano tenuti a un particolare riguardo, né tanto meno poteva

(35) Proprio da questa configurazione originaria del *jus gentium* — ma tenendo presente tutto l’arco problematico dell’antropologia del giusnaturalismo — il grande giurista bolscevico EVGENI B. PASUKANIS traeva argomenti per la critica all’ideologia del soggetto etico come *persona* costruita sull’equivalenza mercantile: “Proprio perché l’universalismo della forma etica (e quindi anche della forma giuridica) — tutti gli uomini sono eguali, tutti hanno una stessa ‘anima’, tutti possono essere soggetti di diritti ecc. — si collegava alla pratica del commercio con gli stranieri, cioè con uomini di costumi, lingua e religione diversi, esso stentò inizialmente ad essere accettato come alcunché di positivo, se non altro perché vi si connetteva il rifiuto dei propri, radicati, costumi specifici, dell’amore del *suo* e del disprezzo per l’*altrui*. Così, per esempio, il Maine afferma che lo stesso *jus gentium* fu il frutto del dispregio in cui i romani tenevano ogni altro diritto straniero e della loro ostilità a riconoscere allo straniero i vantaggi del loro autoctono *jus civile*. L’antico romano, secondo Maine, non amava lo *jus gentium* come non amava gli stranieri per cui fu predisposto. Lo stesso termine *aequitas* significava eguagliamento, ma ad esso egli non dava alcuna significazione etica e non v’è alcun fondamento per ritenere che nel romano primitivo il processo evolutivo connesso con tale termine abbia suscitato qualcosa di diverso dell’avversione mentale”, *Obscaja teorija prava i marksizm* (1924), Moskva, Izdatel’stvo Kommunisticeskoj Akademij, 1927³, tr. italiana *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di UMBERTO CERRONI, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 75-238; la cit. è alle pp. 204-205. Pasukanis, che fa riferimento alla traduzione russa di *Ancient Law* del 1873, legge correttamente Maine, anche se in un orientamento che, muovendo da una concezione che privilegia il nesso tra orizzontalità della forma merce (mercato) ed indifferenza del soggetto giuridico (diritto eguale), sottovaluta gli aspetti politici e di verticalizzazione implicati nella costruzione giuridica della cittadinanza.

essere da loro considerata ‘moralmente’ superiore al *jus civile* (AL, 46-52).

Questa concezione, intimamente corrispondente a una percezione sociale tanto diffusa quanto radicata, entra lentamente in crisi solo in seguito all’intensificazione delle relazioni tra mondo greco e mondo romano dopo la conquista della Grecia, e alla conseguente diffusione del pensiero greco a Roma. “After Nature had become a household word in the mouths of Romans, the belief gradually prevailed among the Roman lawyers that the old Jus Gentium was in fact the lost code of Nature, and that the Prætor in framing an Edictal jurisprudence on the principles of the Jus Gentium was gradually restoring a type which law had only departed to deteriorate” (AL, 56). Il rapporto tra *jus civile* e *jus gentium* comincia così a rovesciarsi, in un processo di tendenziale sottordinazione *ideale* del primo al secondo che pone le basi per una progressiva integrazione a pieno titolo nel diritto romano. È a partire da qui, piuttosto che da un’improbabile comune radice originaria di *æquitas* e *isotes* ⁽³⁶⁾, che Maine vede l’idea di un diritto di natura intersecare l’idea, propria dell’antica equità romana, di un livellamento delle diversità che, nella generalizzazione degli elementi comuni ai vari costumi, aggravava il diritto quiritario e a cui tuttavia non era annesso alcun “colour of ethical meaning” (AL, 60). Può emergere così una concezione che, se ha dalla propria parte un’autorevolezza filosofica che, attraverso il riconoscimento dei ceti colti e in primo luogo del ceto dei giuristi, si traduce in prestigio e in autorità sociale, ha comunque un proprio referente consolidato nel diritto positivo. La rilettura in chiave etica del *jus gentium* e la valorizzazione ideologica

⁽³⁶⁾ L’*isotes* riferiva dell’eguaglianza di fronte alla “civil law” di tutti coloro, quale ne fosse l’estensione, che erano cittadini e quindi uomini liberi; l’*æquitas* al contrario era un diritto diverso da quello civile e, diversamente da quest’ultimo, non si applicava esclusivamente a cittadini, ma anche a stranieri e in alcuni casi a schiavi. “The latin word “æquus” carries with it more distinctly than the greek “isos” the sense of *levelling*. Now its levelling tendency was exactly the characteristic of the Jus Gentium, which would be striking to a primitive Roman. The pure Quiritarian Law recognised a multitude of arbitrary distinctions between classes of men and kinds of property; the Jus Gentium, generalised from a comparison of various customs, neglected the Quiritarian divisions” (AL, 59), ponendo quindi sullo stesso piano non solo cittadini e stranieri, ma cittadini e cittadini.

della sua composizione “per formulas, vel per concepta verba” rende disponibile un modello duttile di semplificazione e razionalizzazione, che permea, attraverso gli editti pretorili e poi attraverso la loro strutturazione cumulativa nell’*Edictum Perpetuum*, tutto il sistema giuridico.

Proprio la cessazione delle addizioni annue all’*Edictum* e la sua ristrutturazione in senso sistematico attribuita a Salvio Giuliano, magistrato sotto Adriano, verrà a segnare un punto di svolta, lasciando il terreno all’interpretazione dei commentari dei giureconsulti: è l’origine delle Pandette⁽³⁷⁾.

Ma, “the principles of Edict had, before the epoch of its cessation, made their way into every part of Roman jurisprudence”. L’equità romana non veniva esercitata in tribunali diversi da quelli del *jus commune* e nel pretore si sommavano sia la figura di capo dell’equità sia quella di magistrato civile. “As soon as the Edict had evolved an equitable rule the Prætor’s court began to apply it in place of or by the side of the old rule of the Civil Law, which was thus directly or indirectly repealed without any express enactment of the legislature. The result, of course, fell considerably short of a complete fusion of law and equity, which was not carried out till the reforms of Justinian” (*AL*, 67). La figura pretorile dunque accompagna agli occhi di Maine l’insieme del percorso compiuto fin qui dal sistema di diritto romano e ne costituisce il perno: dall’iniziale assunzione repubblicana di funzioni sovrane al suo crescente depotenziamento politico in età imperiale, essa gode di un alto grado di libertà, che trova, al di là della titolarità d’*imperium*, il proprio limite reale, anche se non formale, nella comune interpretazione dell’esperienza giuridica che condivideva con i giureconsulti, fosse stato egli stesso o meno in precedenza uno di loro, di modo da assicurare la

⁽³⁷⁾ “L’editto adrianeo rappresenta l’unica codificazione nell’intervallo che corre tra le XII tavole, con cui comincia la storia del diritto, e l’era delle compilazioni, con cui si chiude. Con questo, ad ogni modo, l’editto non perse la sua singolare impronta ed ebbe pur sempre non carattere di legge, ma di precetto del magistrato, avente la sua base sull’impero di esso; ma lo svolgimento ulteriore fu definitivamente troncato. D’altra parte il compito del pretore era esaurito, e a proseguire l’opera di adattare il diritto romano al nuovo spirito sociale e ai bisogni generali dei cittadini sparsi nel vasto impero provvedono meglio i nuovi organi”. Così, sintonicamente, PIETRO BONFANTE, *Storia del diritto romano* cit., vol. I, p. 393.

convergenza tra le varie articolazioni del sistema. Maine, sintetizzandone la vicenda, epitomizza pure quella delle due prime fasi del diritto romano. “At Rome, as the intervention of the Prætor was at first dictated by simple concern for the safety of the state, it is likely that in the earliest times it was proportioned to the difficulty which it attempted to get rid of. Afterwards, when the taste for principle had been diffused by Responses, he no doubt, used the Edict as the means to giving a wider application to those fundamental principles which he and other practising jurisconsults, his contemporaries, believed themselves to have detected underlying the law. Latterly he acted wholly under the influence of Greek philosophical theories, which once tempted him to advance him and confined him to a particular course of progress” (*AL*, 66).

Oltre questo punto si apre l'età della *direct legislation*.

Da Adriano a Alessandro Severo l'espansione del sistema giuridico è ancora a carattere misto e vede, “as it is at the present moment in most continental countries” (*cors. mio*), l'affiancarsi di legislazione e di esegesi autorizzate. Ma con Severo, il ruolo dell'equità è definitivamente esaurito e non c'è più spazio per i giureconsulti. “The remaining history of the Roman law is the history of the imperial constitutions, and, at the last, of the attempts to codify what had now become the unwieldy code of Roman jurisprudence. We have the latest and most celebrated experiment of this kind in the *Corpus Juris* of Justinian” (*AL*, 68).

“The unwieldy code of Roman jurisprudence”, un codice ‘pesante’, poco maneggevole, ma anche: rigido, inamovibile. Nella scelta lessicale di Maine è impossibile non vedere l'attribuzione di una rigidità *pericolosa* alla tarda produzione codificatoria romana, ma non per questo egli raggiunge le posizioni che fanno sostenere a Savigny, una volta reso omaggio al *Corpus Juris*, l'unico in cui ancora “è riconoscibile lo spirito del diritto romano”, che “l'idea di compilare questi codici è stata evidentemente dettata solo dall'estrema decadenza del diritto” (38). Il passaggio alla preminenza della legislazione resta per Maine fortemente caratterizzato in senso progressivo. Proprio su di

(38) F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), tr. it. di M. PERETTI, in A.F.J. THIBAUT-F.C. SAVIGNY (a cura di G. MARINI), *La polemica cit.*, p. 114 (ma vedi tutto l'ultimo periodo del § 4).

esso e sull'esaurimento dell'equità come *agency of legal change*, lo sviluppo del testo riannoda le linee di convergenza tra sviluppo del sistema romano e sistema inglese. Il parallelismo tra *æquitas* ed *equity* era già stato indicato da Maine; ma solo ora, sul punto di crisi, egli ne tenta una messa a fuoco di profilo complessivo. Ciò che è avvenuto a Roma con Alessandro Severo, è avvenuto in Inghilterra a cavallo tra diciottesimo e diciannovesimo secolo, con la Cancelleria di Lord Eldon: "the same point of legal history was attained".

Maine si era cautelato spiegando — ma di fronte al lettore contemporaneo era quasi una ridondanza retorica — come non gli fosse possibile affrontare un tema così frastagliato come la vicenda dell'*equity*, meritevole da sola di uno specifico trattato. Tuttavia aveva schizzato alcune sequenze, i cui accenti sembrano quasi corrispondere a un principio di simmetria. In particolare agli inizi del terzo capitolo aveva sottolineato come la ripresa giusnaturalistica operata dal razionalismo seicentesco, specialmente in Olanda, centrata sullo *stato* e non sulla *legge* di natura, avesse fornito con i suoi "mixed systems of jurisprudence and morals" una risorsa aggiuntiva per i giudici della Cancelleria, sommandosi alla complessa tessitura dell'*equity*, al cui interno si connettevano, confondendosi, materiali da fonti diverse, dai contributi canonistici dei primi cancellieri ecclesiastici a un lascito di diritto romano, tanto presente nella stesura delle sentenze, dove si trovano interi brani del *Corpus Juris*, quanto ufficialmente negato. Dalla cancelleria di Lord Talbot, iniziata nel 1733, ai primi anni della cancelleria di Lord Eldon Maine individua, senza avere in ciò grande seguito, un ruolo attivo dell'apporto giusrazionalistico nella giurisdizione: sono gli anni in cui gli storici vedono diminuire il ruolo discrezionale del giudice e l'*equity* tende a presentarsi come un sistema consolidato di regole, sostanzialmente parallelo alla *common law*. Ma, come si è detto, è il momento terminale di tale vicenda che sembra catalizzare la sua attenzione.

John Scott, dal 1821 conte di Eldon, resse, con un breve intervallo, la Cancelleria dal 1801 al 1827, sotto Giorgio III e poi sotto Giorgio IV, e ha, nella storia del diritto inglese, ma soprattutto anche agli occhi dei contemporanei, una pessima fama ⁽³⁹⁾. "Law

(39) "Lord Eldon... è il Cancelliere che, per ben venticinque anni, pilotò l'ammi-

sends questions to law, law sends questions back to equity; law finds it can't do this, equity finds it can't do that; neither can so much as say it can't do anything, without this solicitor instructing and this counsel appearing for A and that solicitor instructing and that counsel appearing for B; and so on through the whole alphabet, like the history of the apple pie. And thus, through years and years, and lives and lives, everything goes on, constantly beginning over and over again, and nothing ever ends. And we can't get out of the suit on any terms, for we are parties to it, and must be parties to it, whether we like it or not" (40). Se seguiamo le congetture di William S. Holdsworth, secondo cui la scena in cui si svolge la vicenda narrata in *Bleak House* di Charles Dickens è riportata al 1827 (41),

nistrazione dell'Equity nel periodo della maggior decadenza, decadenza dalla quale poté sollevarsi dopo l'energica cura disposta dai... *Judicature Acts*, 1873-1875... Scrupoloso fino alla pignoleria, dubbioso fino alla paralisi..., conservatore fino alla reazione, si trovò dotato di qualità così negativamente rispondenti alla situazione, da portare all'exasperazione la crisi del sistema, agevolandola, per un verso, con l'accentuare i motivi che la sospingevano sul piano inclinato in cui già si trovava, e, procrastinandola, per l'altro, rinviando ad oltranza il tempo della sua risoluzione", G. CRISCUOLI, *Introduzione* cit., pp. 205-206 (ma su Lord Eldon, cfr. pp. 205-211). Sull'ambiente politico e intellettuale di Lord Eldon qualche elemento è nel lavoro che DIEGO PANIZZA dedica a uno dei suoi protetti, *Genesis di un'ideologia. Il conservatorismo moderno in Robert Ward*, Padova, CEDAM, 1997.

(40) C. DICKENS, *Bleak House*, Harmondsworth, Penguin Classic, 1986, p. 146. Pubblicato a puntate tra il 1852 e il 1853, il romanzo di Dickens trova il proprio principale asse narrativo nella vicenda di due giovani che sono "wards in Chancery", cioè sotto tutela del Lord Cancelliere, mentre la causa patrimoniale in cui sono coinvolti a titolo di eredi si trascina senza fine, incidendo drammaticamente sulla loro vite. Ma anche le articolazioni laterali del romanzo sono piene di figure e di personaggi legati in vario modo al *legal world*.

(41) In *Charles Dickens as a Legal Historian*, New Haven, Yale U.P., 1929 Holdsworth avanzava tale datazione immaginaria sulla base delle 'rassomiglianze' tra il personaggio del Cancelliere del romanzo e il successore di Lord Eldon, Lord Lyndhurst, e poneva dei dubbi sulla congruenza della critiche dickensiane con la situazione esistente al momento della pubblicazione del romanzo. In ciò Holdsworth riprendeva un'obiezione che aveva avuto corso immediato e, nonostante non fosse priva di supporti di fatto, indubbiamente registrava, come in altre occasioni, la reazione del *legal world* di fronte a quelle che erano apparse le scorriere di un estraneo, destinato quasi fatalmente all'accusa d'incompetenza e strumentalità. Era quanto, in forma assai polemica, aveva opposto al romanziere sulle colonne della "Saturday Review", ostile da sempre a Dickens e alle sue *popular novels*, un giovane giurista assai vicino a Maine, JAMES FITZJAMES

l'anno cioè in cui Lord Eldon aveva lasciato la Cancelleria, il quadro dell'*equity* espresso nell'ottavo capitolo per bocca di John Jarndyce indicava quello che agli occhi del romanziere — ma a essere espressa era una percezione popolare — era lo stato di immobilità e d'incapacità giurisdizionale in cui la corte di giustizia era stata abbandonata da chi l'aveva governata per più di un quarto di secolo. Quali che siano i richiami extratestuali che Dickens ha in mente, il romanzo testimonia come, nonostante l'iniziativa riformista degli anni '40 e '50, l'*equity* continuasse a essere avvertita da molti come il comparto più malato del sistema giudiziario inglese, certamente più di quello della *common law* verso cui era originariamente inteso come equitativamente rimediale, e quanto continuasse a essere rimproverato alla prolungata gestione d'inizio secolo della Cancelleria.

Di Lord Eldon e del suo 'congelamento' dell'*equity* Maine fa, controcorrente, una sorta di rivalutazione, che si vuole tuttavia su un piano diverso da quello su cui sono stati soliti esercitarsi i suoi molti detrattori e i suoi, invero scarsi, sostenitori (42). Con Lord Eldon l'*equity* rivela di aver speso completamente ciò che — sulla base di un riferimento a regole morali, che sono comunque "the morality of past centuries" — poteva spendere. Corretto è stato non preten-

STEPHEN, nell'articolo *Mr. Dickens as a Politician* (III, 8, Jan. 3, 1857). Sul punto, ma in genere sull'attitudine del più anziano dei fratelli Stephen verso la letteratura del tempo, cfr. J. COLAJACO, *James Fitzjames Stephen* cit., pp. 49-60. In orientamento analogo Maine collegherà in *Popular Government* Dickens e radicalismo benthamita (PG, 153), ripreso in ciò da Dicey. Più equanime WALTER BAGEHOT, che nel suo *Charles Dickens* (1858) sottolinea la specificità del "sentimental radicalism" dickensiano: "All radicals are anti-Eldonites. This is equally true of the Benthamite or philosophical radicalism of the early period, and the Manchester, or 'definite-grievance radicalism', among the last vestiges of which we are now living. Mr. Dickens represents a species different from either", *Literary Studies II*, London, Dent, 1911, p. 189. Per una considerazione, tra storia ed ermeneutica, dei temi legali presenti in *Bleak House*, cfr. DIETER PAUL POLLOCZEK, *Literature and Legal Discourse. Equity and Ethics from Sterne to Conrad*, Cambridge, Cambridge U.P., 1999, pp. 124-202 (che sembra tuttavia non essere al corrente dell'articolo di Stephen) e più generalmente sul riformismo giuridico di Dickens, KIERAN DOLIN, *Fiction and the Law. Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge, Cambridge U.P., 1999, pp. 71-96.

(42) Una riconsiderazione storiografica è proposta dall'articolo di DENNIS R. KLINCK, *Lord Eldon on Equity*, in "Journal of Legal History", 20 3 (1999), pp. 51-74.

derne un adeguamento ai nuovi *standards* di moralità sociale, non forzarne oltre il proprio tempo il ruolo di specifico strumento *di improvement* del sistema giuridico, prendere atto che — per propria logica interna — esso non poteva essere sottratto ulteriormente a un destino di isterilimento. Come nel caso di Severo, anche con Lord Eldon si presenta indilazionabile la necessità di dare centralità a un nuovo strumento. In una sorta di paradossale rovesciamento, i motivi di accusa si rovesciano in ragioni di apprezzamento: a chi lamenta che si è lasciato morire il senso stesso della Court of Chancery, si ribatte che colpa più grave sarebbe stata farlo sopravvivere. A Maine — che non ha di mira una riforma dell'*equity*, ma punta a una riforma *complessiva del legal system* inglese — ciò non può apparire che come un merito, al di là di ogni soggettiva intenzione. “Equity has its place and its time; but I have pointed out that another instrumentality is ready to succeed it when its energies are spent” (*AL*, 70) ⁽⁴³⁾.

Questo strumento è appunto la legislazione.

È opportuno tornare alle definizioni fornite da Maine al momento della presentazione dei tre strumenti che rendono possibile lo sviluppo del sistema giuridico. La legislazione, l'ultima della sequenza delle “agencies”, consiste negli “enactments of a legislature which, whether it takes the form of an autocratic prince or of a parliamentary assembly, is the assumed organ of the entire society” (*AL*, 29). La proposizione ha carattere tipologico e in questa prospettiva sospende — pur restandone categorialmente segnata — la differenza fondamentale che si produce con l'emergere della mo-

⁽⁴³⁾ Proprio su quest'affermazione convergeranno con il passare degli anni riserve non sospette. Scriverà SIR WILLIAM MARKBY (1829-1914), un giurista che continuerà a rappresentare anche oltre la linea del secolo la posizione austriana: “Notwithstanding the high authority of Maine on such a point as this, I doubt if equity has become so inelastic as he supposes. I rather think it has taken a fresh start lately; and that closer relations of courts of law and equity may have had something to do with a relaxation in the stiffness of both”, pur aggiungendo di non volere mettere in questione “the acute and truthful generalization that equity precedes legislation in the order of legal ideas”, ma basarla piuttosto su di un principio più ampio che l'assunto di regole etiche fissate una volta per tutte, *Elements of Law, Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence* (1871), Oxford, Clarendon, 1905⁶, pp. 76-78, ma in genere tutte le sezioni 120-121.

terna sovranità territoriale. È inevitabile insistere ancora una volta sul riferimento a “the entire society”. Nella sua iterazione nella definizione di *legislation*, c’è identità e movimento. Nella *publicity* del codice, nel comune sottostare a leggi finalmente palesi e palesemente imputabili, ciò che si costituisce era — nei suoi elementi basilari — il legame civile; nella promulgazione legislativa come modalità regolare di adeguamento di *law* e *opinion*, questo legame si sostantiva come società: una società che tale si riconosce proprio nella universalizzazione dei rapporti giuridici che la tengono assieme e che sviluppa, innovandone e ampliandone la trama, attraverso un proprio “assumed organ”. Ma qui *assumed* si presenta in un’accezione che sembra ripercorrere l’intero spettro semantico del termine, e nell’endiadi al significato di attribuzione di delega o di funzione si affianca e vi si intreccia quello del carattere *immaginario* ⁽⁴⁴⁾, cui inesorabilmente la fissa lo scarto tra *sovereign* e *subject*, implicito nella definizione di *political society* e senza il quale quest’ultima non è possibile. Lo sviluppo del testo non fa che accentuare quest’ultimo elemento: “It differs from Legal Fictions just as Equity differs from them, and it is also distinguished from Equity, as deriving its authority from an external body or person. Its obligatory force is independent of its principle. The legislature, whatever be the actual restraints imposed on by public opinion, is in theory empowered to impose what obligations it pleases on the members of community” (*AL*, 29). Anche qui i fili dell’argomentazione riannodano una volta ancora codice e legislazione: l’“external body or person”, da cui questa trae autorità, ripropone il “deliberately and from without” che indicava la modalità del darsi del mutamento nella compiuta fuoriuscita dalla “customary law” (*AL*, 21). Ancora una volta c’è identità e c’è movimento: il movimento, attraverso cui la determinazione politica topologicamente costitutiva della forma diritto e garante dell’unitarietà del sistema, perviene a farsi carico direttamente della produzione normativa, risolvendo in sé tutto il terreno

⁽⁴⁴⁾ *To assume* in *Ancient Law* è un termine chiave del lessico delle finzioni e rimanda alla nozione tecnica di *assumption*. Per il carattere immaginario connesso al termine, cfr., ad esempio *AL*, 132, dove si tratta dell’assunzione primitiva del fondamento parentale per la comunità politica: “Whatever were the fact, all thought, language, and law adjusted themselves to the assumption”.

del *law-making*. Anche quando la legislazione fa appello per le proprie deliberazioni ai principi su cui l'equità pretende il proprio fondamento, "these enactments are indebted for their binding force to the authority of the legislature and not to that of the principles on which legislature acted" (*AL*, 29). Il passaggio alla legislazione risolve dunque, nella esclusività — tendenziale — della *authority* di quest'ultima, il pluralismo delle *authorities* che hanno presieduto nel corso del movimento complessivo al farsi (all'essere fatto) del diritto. Non si tratta ovviamente di omologare il soggetto della legislazione imperiale romana e il sovrano dello Stato moderno, ma di individuare per entrambi i sistemi il punto di passaggio dalla costituzione della forma diritto all'intervento regolare e diretto nella produzione di norme giuridiche.

A questo punto del lavoro forse risulta più chiaro perché sia stato possibile parlare di sineddoche a proposito della peculiare trattazione mainiana delle *fictions* e quale sia il portato generale che assume, da una parte, il rifiuto di far confliggere senza mediazioni, come fa l'*analytical jurisprudence*, lessico del *law-finding* e lessico del *law-making*. Ma si chiarisce anche il senso dell'omologo rifiuto di una critica che si limiti a dissolvere le rappresentazioni del sistema che hanno accompagnato le sue fasi iniziali, senza riconoscerne e misurarne l'effettivo ruolo in quella che potremmo chiamare la costituzione materiale del sistema stesso. Proprio in forza di quest'opzione la ricostruzione tipologica del sistema giuridico è in grado di aprire all'analisi dei concreti sistemi storici, senza rinunciare a porsi come una griglia forte cui Maine rivendica un ruolo di innovazione specificamente teorico, riorganizzando e dislocando nel senso della storicizzazione le acquisizioni *scientifiche* dell'approccio analitico. Ciò, nell'articolazione testuale di *Ancient Law*, significa aprire da un lato all'analisi degli istituti, e cioè sulle concrete trasformazioni dell'"original law", ma anche fare definitivamente i conti con le costruzioni teoriche nei confronti delle quali la proposta di Maine si presenta alternativa.

CAPITOLO QUARTO
SISTEMA E STORIA

1. Tra *aggregation* e *collection*: la continuità del principio compositivo. — 2. Semantica del progresso II. — 3. *Status*. — 4. *Contract*. — 5. Imperatività e libertà. — 6. Proprietà. — 7. “The great antagonist of the Historical Method”.

A differenza delle esperienze del mondo greco, dove i processi di trasformazione corrono veloci e proprio perciò prevale un aspetto distruttivo che alla fine diventa destabilizzante, il diritto romano presenta una dialettica di conservazione e innovazione che trova sempre la propria misura nel rafforzamento del legame societario e dell'ordine politico che lo rende possibile. Anche uno strumento come l'*æquitas*, che storicamente si manifesta come il più eversivo inducendo “[a] process of freeing moral principles from the tyranny of forms” ⁽¹⁾, non punta mai a abbattere, o anche solo a mettere in discussione, il vecchio ordinamento, ma ad assorbirlo, in un movimento di sovrapposizione che si intende sempre rimediabile e mai rivoluzionario (*AL*, 76 e 77) ⁽²⁾. “The Roman Law... with its remarkable tendency to innovate of ancient usage only just so far as the exigency of the commonwealth may require, preserves both the primeval institutions and the natural limitation to which I conceive it to have been subject” (*AL*, 137). In questa prospettiva, il codice romano viene a costituire un eccezionale schermo su cui leggere la trama dai rapporti che regolano la vita della società nella sua fase più

⁽¹⁾ Così K.B. SMELLIE, *Sir Henry Maine* cit. pp. 72-73.

⁽²⁾ “It is important too to observe that this system [i.e. *natural law*], unlike many of those which have mocked men’s hopes in later days, was not entirely the product of imagination. It was never thought of as founded on quite untested principles. The notion was that it underlay existing law and must be looked for through it. Its functions were in short remedial, not revolutionary or anarchical” (*AL*, 77).

arcaica e fornisce l'esempio più consistente e coerente di quelle fonti storiche di tipo giuridico, che, assieme alle fonti testimoniali di osservatori contemporanei che partecipano di società più avanzate e al patrimonio in cui si addensa la memoria collettiva, per Maine costituiscono la base di ogni possibile conoscenza delle fasi primordiali dell'umanità. Tuttavia, rispetto alle altre possibili fonti, il diritto romano ha la peculiarità che le sue forme arcaiche possono esservi osservato nella prospettiva della loro *trasformazione* e, attraverso la ricostruzione dei vari momenti della sua storia, dalle tavole all'Editto alla vasta stratificazione dei codici imperiali, è possibile mettere a fuoco il movimento complessivo che investe la società romana, espandendone e ridisegnanone in senso progressivo l'anatomia. L'operazione comparativa non si esaurisce dunque in se stessa, ma è direttamente funzionale alla messa a fuoco del processo e della sua dinamica: quelle stesse nozioni, che permettono d'inquadrare la specificità della sussunzione giuridica di lasciti arcaici e che mostrano i modi che ne organizzano giuridicamente la persistenza, costituiscono i maggiori elementi di leggibilità della trasformazione del diritto.

Punto d'osservazione privilegiato e vero e proprio momento centrale d'indagine è la figura indicata con il termine, invero abbastanza tardo, di *patria potestas*. “No feature of the rudimentary associations of mankind is deposed to by a greater amount of evidence than this, and yet none seems to have disappeared so generally and so rapidly from the usages of advancing communities”, tanto che, al tempo degli Antonini, Gaio può parlarne come di un'istituzione specificamente romana, che non trova corrispondenza presso gli altri popoli, eccetto forse per i Galati dell'Asia Minore ⁽³⁾ (*AL*, 136). Ancora una volta testimonia contrastivamente di questa condizione esclusiva l'esempio dei Greci, presso i quali — seppure

⁽³⁾ Gaius, I, 55: “Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos istius nuptiis procreauimus. quod ius proprium ciuium Romanorum est. fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Idque diuus Hadrianus, edicto quod proposuit de his sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, signicauit. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse”. Cito da FRANCIS DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, pt. I (Text with critical notes and translation), Oxford, Clarendon, 1946, p. 16.

tracce dell'organizzazione familiare primitiva continuano a mantenersi anche in fasi molto sviluppate dell'organizzazione giuridica — il ruolo del potere paterno ha incontrato abbastanza presto limitazioni tanto forti da confinarlo a esercizio sulle situazioni di minorità fisica o mentale dei figli, in modo assai simile a quello contemplato dai moderni codici europei (AL, 137). Anche più generalmente Maine è propenso a considerare comune, almeno per l'area progressiva, un'erosione relativamente rapida del potere paterno (AL, 136 e 146) (4); la permanenza della *patria potestas* lungo tutto l'arco storico del sistema giuridico romano non può che apparirgli perciò come il dato davvero *singolare* di un'istituzione comprensibile con difficoltà all'interno di una condizione di "civilised life", quasi un vero e proprio enigma storico, di cui un'adeguata chiave esplicativa ancora manca.

L'istituto della *patria potestas* riconduce su di un piano più avanzato d'incivilimento l'assetto di relazioni che si era inferito appartenere al mondo patriarcale. La famiglia, anche se non coincide più con l'orizzonte esclusivo dell'associazione umana, continua comunque a costituirne l'unità di base. Maine attribuisce a questo elemento un significato rigoroso, che va inteso filogeneticamente. I processi, per quanto fortuiti e tra loro non sempre omogenei, che conducono dall'autonoma unità patriarcale — di cui abbiamo cognizione solo mediata — alla comunità politica non ne intaccano la configurazione di fondo: in quanto tali essi non sembrano essere né dissolutivi, né espansivi, esibendo al contrario un profilo essenzialmente aggregativo. La famiglia continua a figurare come "[the] elementary group", che, "connected by common subjection to the highest male descendant" e costituito in una dimensione che presenta sempre uno scarto rispetto alla mera genealogia *naturale* (5),

(4) Indicativo di tale erosione del potere paterno è che, mentre l'obbedienza nei confronti del genitore è per i primitivi, come per i bambini, un dato implicito e primario che non necessita di alcun calcolo di utilità per essere spiegato, le società umane, quando nel loro corso evolutivo si trovano sotto la spinta delle circostanze a dovere attribuire particolare valore a una forza fisica e mentale superiore al normale, l'ascrivono alla figura paterna solo condizionalmente e *pro tempore*. Maine ricorre ancora a Omero per mostrare, attraverso l'esempio di Laerte e Ulisse, come la *patria potestas* non sia stata un'istituzione *generalmente* durevole.

(5) Mai vi è da parte di Maine un appiattimento naturalistico della figura del *pater familias* o, anche, del suo antecedente patriarcale. Non solo la *familia*, ma lo stesso

non è mai derivabile dal processo dissolutivo di una realtà precedente e morfologicamente più complessa. Per Maine sono *sempre* aggregazioni di famiglie a dare ragione dell'origine di insiemi più estesi ed egli non esita a farne la chiave principale di una lettura che trova applicazione — anche se non senza contestazioni ⁽⁶⁾ — nel rendere conto della formazione delle *gentes* e delle *tribus* romane.

Ancient Law insiste con forza sulle linee di continuità che caratterizzano la famiglia romana. La differenziazione del potere,

aggregato originario non è mai qualificato da una coincidenza *naturalistica* di relazioni di parentela e rapporti di potere, come d'altronde l'individuo della società moderna non è mai la singolarità biologica, ma questa pensata a partire da una specifica attribuzione capacitaria. In questo orientamento, leggere in Maine un'opzione orientata in senso culturale potrebbe anche risultare accettabile, qualora però si volesse ricondurre *potere* a *cultura*, il che non sembra congruo all'orizzonte intellettuale che gli è proprio. In un lavoro ricco di sollecitazioni, *The Sexual Contract* (London, Polity Press, 1988), CAROLE PATEMAN ha colto in modo sostanzialmente corretto, nonostante qualche imprecisione di lessico, il carattere *non naturalistico* della famiglia patriarcale in Maine: "Paternal political right constituted the ancient family. *Patria potestas* might have been seen as arising from the natural power of fatherhood, but Maine's argument that absolute paternal right was based on a fiction, not nature, means that his account of the patriarchal family is very different from that found in most other traditional, classic or modern patriarchal writings", p. 27 (ma a proposito di Maine vedi pp. 9-10 e 25-27). Pateman definisce *conventional* la famiglia mainiana, polemizzando al riguardo con il lavoro di ROSALIND COWARD, *Patriarchal Precedents: Sexuality and Social Relations*, London, Routledge, 1983.

⁽⁶⁾ Sarà soprattutto GINO DALLARI a contestare, sulla scorta delle indagini comparative sulla famiglia apparse negli ultimi decenni del secolo (Kowalewsky, Bernhöft, Dargun), la *lectio* di derivazione vichiana che insiste sul carattere *ascendente* della linea che dall'unione parentale conduce alla comunità politica e che Maine condivide, nonostante le diversità tra *via patriarcale* e *via politica*, con Jhering e con Mommsen (sul punto cfr. la voce *Gens*, redatta da RICCARDO ORESTANO per il *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. VII, pp. 783-785 e più estesamente, sempre di ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 48-69): "Anche restando... nella sfera delle genti che adottarono ordini patriarcali, ogni nuovo passo della ricerca ha condotto a riconoscere sempre meglio, come il piccolo gruppo di convivenza, che risponde alla famiglia quale l'aveva dianzi agli occhi Maine, abbia dovuto procedere da un'aggregazione parentale più ampia: nella quale le note caratteristiche del patriarcato (la rigorosa parentela agnaticia e la potestà assoluta del *pater*) si presentano via via meno pure e più deboli, fino anche a svanire, a misura che si risalga indietro. Da quell'aggregazione, la quale risponderebbe a un dipresso alla figura della *gens*, e che alla sua volta mostra presupporne un'altra più estesa e differenziata, la famiglia deve essersi venuta staccando come un nucleo, che si formi nel seno di un più

che accompagna l'insieme dei processi di organizzazione della comunità politica, lascia intatta la struttura parentale e la logica agnaticia che presiede alla sua riproduzione, comune sia alla famiglia gentilizia sia a quella plebea (7), come anche alla sua estensione. Anche se il potere del *pater familias* romano non è più quello del capo della comunità 'isolata' e trova il proprio limite giuridico secondo la massima per cui la *patria potestas* deve arrestarsi dove ha inizio il *jus publicum*, tale limitazione non riguarda, almeno inizialmente, né le relazioni interne alla famiglia, né i suoi membri, se non quando questi ultimi sono considerati come soggetti di obbligazioni e di diritti di ordine politico. "So far as regards the person, the parent, when our information commences, has over his children the *jus vitae necisque*, the power of life and death, and *a fortiori* of uncontrolled corporal chastisement; he can modify their personal condition at pleasure; he can give a wife to his son; he can give his daughter in marriage; he can divorce his children of either sex; he can transfer them to another family by adoption; and he can sell them" (AL, 138). Inoltre, i figli non possono rivendicare una proprietà separata da quella del *pater familias*, che in ogni momento può prendere i beni da loro acquisiti o godere dei contratti da loro

vasto complesso, e che si liberi a vita come non mai per lo innanzi autonoma", *Di una legge del progresso giuridico formulata da Henry Sumner Maine*, Torino, Bocca, 1905 [estratto da *Studi senesi in onore di Luigi Moriani*], p. 29, ma vedi tutto il § 3. Più sfumato sul punto VANNI, *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., p. 80. In verità non è del tutto chiaro se la tesi argomentata da Maine abbia come proprio referente un concreto processo storico o 'solo' una rappresentazione in cui i Romani comprendevano la propria storia e cui attribuivano un significato costitutivo di identità. Il testo sembra oscillare fra le due possibilità e forse, su piani diversi, egli le accetta entrambe. Per la seconda ipotesi opta CAPOGROSSI COLOGNESI nel suo citato *Sir Henry S. Maine e l'Antient Law*, sostenendo che "il giurista inglese non sembra cioè interessarsi tanto alla questione se le più antiche società umane si siano sempre fondate in origine su vincoli di sangue e di parentela, insistendo piuttosto sul fatto che l'idea che un vincolo del genere era, nella comunità primitiva, necessaria alla sua esistenza e ne costituiva la giustificazione ideologica" (p. 111). A quest'ultimo termine andrebbe tuttavia attribuito un forte significato 'costituzionale'.

(7) Proprio il codice decemvirale porta avanti un'esigenza di omogeneizzazione in questo senso. Si veda quanto argomentato da Maine sul tema della legalizzazione del testamento plebeo, senza cui la celebre proposizione delle Tavole "*Pater familias uti de pecunia tutelave rei suæ legassit, ita jus esto*" risulterebbe affatto incomprensibile (AL, 201-202).

stipulati senza essere tenuto ad alcun risarcimento. Questo potere di disposizione sui figli si estende anche sugli altri membri della famiglia, *in primis* sulle donne. Quando per queste si realizza il passaggio dalla condizione arcaica che vede mantenuta la subordinazione anche dopo il matrimonio alla figura paterna a quella, comunque molto antica, di subordinazione al marito, non è come marito, ma come *pater familias* che questi acquisisce i propri diritti sulla donna. Significativamente, in tutti e tre i tipi di matrimonio previsti nella sua fase più remota dal diritto romano, la *Confærratio*, la *Coemptio* e l'*Usus* (cfr. al riguardo *AL*, 154-155), essa diventa figlia di suo marito e, passata *in manum viri*, viene inclusa nella sua *patria potestas*, cedendo al marito tutti i propri beni e, in caso di morte di quest'ultimo, non sarà affrancata dalla propria condizione, ma tenuta sotto la tutela di un guardiano da lui indicato in via testamentaria (*AL*, 154-155).

Anche lo schiavo appartiene alla *familia*, anzi proprio quest'ultimo termine "in classical Latinity, means always a man's slaves" (*AL*, 208) e questa appartenenza ha fatto sì che egli ne abbia condiviso l'evoluzione, anche se di fatto è accaduto più "that the son was practically assimilated to the Slave, than that the Slave shared any of tenderness which in later times was shown to the son" (*AL*, 165) (8). All'enorme potere del *pater familias* fa tuttavia da contraltare l'esclusiva responsabilità giuridica che gli viene attribuita per i delitti dei figli e che si estende a quelli degli schiavi. È una responsabilità che, unitamente all'impossibilità reciproca di padri e figli di chiamarsi in giudizio, configura una condizione che "has seemed to

(8) C'è nelle pagine di *Ancient Law* dedicate alla schiavitù romana una certa attenzione all'uso ideologico che il tema dell'appartenenza dello schiavo alla famiglia trovava nel contemporaneo dibattito nord-americano: "It seems... assumed in the American arguments on the subject that, if we allow Slavery to have been a primitive Family institution, the acknowledgment is pregnant with an admission of the moral defensibility of Negro-servitude at the present moment. What then is meant by saying that the Slave was originally included in the Family? Not that his situation may not have been the fruit of the coarsest motives which can actuate man... When we speak of the Slave as anciently included in the Family, we intend to assert nothing as to the motives of those who brought him into it or kept him there; we merely imply that the tie which bound him to the master was regarded as one of the same general character with that which united every other member of the group to its chieftain" (*AL*, 104).

some jurists to be best explained by the assumption of a ‘unity of person’ between the Pater-familias and the Filius-familias” (AL, 145) e che Maine vede derivare da quella sorta di *doveri* che già nel gruppo patriarcale bilanciavano i *diritti* — è chiaro qui che entrambi i termini non possono essere intesi in senso proprio — del *chieftain*, una specie di relazione di protezione/obbedienza che non può ovviamente aver avuto alcuna accezione giuridica, ma che, a suo avviso, probabilmente è alla base di quelle che in seguito prenderanno la forma di obbligazioni *morali* ⁽⁹⁾.

1. *Tra aggregation e collection: la continuità del principio compositivo*

È necessario tuttavia, prima di procedere, isolare alcuni elementi che, riconoscibili in questo tornante dell’analisi mainiana, ci permettono di evidenziare nel corpo dell’argomentazione il piano unitario di organizzazione concettuale su cui le categorie implicate nella rappresentazione storica si distendono, come pure di esemplificare la *qualità* della relazione che il discorso mainiano intrattiene con altri discorsi scientifici. L’insistenza sulla realtà *molecolare* della famiglia arcaica infatti non ha un carattere meramente descrittivo, ma lascia intravedere una specifica logica nell’organizzazione dei dati, che emerge tanto più quanto la loro relativa rarefazione richiede un’integrazione in termini di costruzione complessiva che li renda significanti.

All’inizio del quinto capitolo Maine cerca di delineare positivamente ciò che egli intende come “proper mode of inquiry”, raffrontando la propria ricerca con quella degli autori che lo hanno preceduto nel tentativo di dare ragione di che cosa sia realmente stato il diritto nelle società arcaiche. Costoro hanno intrapreso le

⁽⁹⁾ Maine affronta questo tema sul versante genealogico della *patria potestas*. In questa prospettiva, l’antecedente patriarcale del principio di responsabilità del capo famiglia “was not a legal duty, for law had not yet penetrated into the precinct of family” (AL, 146). Ma il corollario inespresso di questa tesi è che, sull’altro versante su cui si articola la differenziazione del potere originario, quello *politico*, la responsabilità non può che restare *esclusivamente* morale, che è appunto l’altra faccia di quell’irresponsabilità giuridica che *austinianamente* lo contraddistingue nel suo esito ‘maturo’.

loro indagini avendo in mente modelli interpretativi interamente ripresi dall'organizzazione sociale peculiare alla società in cui vivevano, e quindi non appena le condizioni arcaiche di vita sociale hanno con forza contrapposto loro la propria alterità sono stati costretti — fatta eccezione per i pochi aspetti cui era loro concesso di riconoscersi simpateticamente ⁽¹⁰⁾ — ad abbandonare il terreno dell'osservazione e a lasciarsi andare a costruzioni congetturali arbitrariamente immaginarie. “The mistake which they committed is therefore analogous to the error of one who, in investigating the laws of material universe, should commence by contemplating the existing physical world as a whole, instead of beginning with the particles which are its simplest ingredients. One does not certainly see why such a scientific solecism should be more defensible in jurisprudence than in any other region of thought” (*AL*, 119, ma cfr. 118-120). L'indicazione è dunque a favore di un approccio elementare che passa attraverso una preliminare scomposizione analitica, ma anche di una determinazione di ambito che permetta all'indagine di rispondere a criteri conoscitivi di carattere positivo.

Incontriamo qui uno dei momenti dove Maine si serve di un riferimento analogico alle scienze naturali, prevalentemente alla chimica, per precisare il proprio orientamento. Si tratta di un'analogia completamente sovradeterminata, il cui ruolo nell'economia del testo è inscindibile dalla promozione di una tesi determinata e nei cui confronti ogni presunta valenza metodologica è sopravanzata da un'esigenza di legittimazione del tutto interna all'argomenta-

⁽¹⁰⁾ “The mistake of judging men of other periods by the morality of our own day has its parallel in the mistake of supposing that every wheel and bolt in the modern social machine had its counterpart in more rudimentary societies” (*AL*, 310-311). Maine, parlando del carattere storico del contratto, ricorda l'ambigua facilità con cui è usualmente accettato il racconto dei *Troglodytes* inserito nelle *Lettres Persanes* di Montesquieu: si tratta infatti di un apprezzamento che trova ragione solo nella convinzione tutta moderna dell'imprescindibilità per il legame sociale del rispetto dei patti. Sul punto ritorna E. ALLAN FARNSWORTH, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, in “Columbia Law Review”, 69 (1969), pp. 576-607, che si riferisce a Maine tenendo conto dell'articolata accoglienza che le sue tesi hanno avuto nello strumentario utilizzato da Max Gluckman nelle sue ricerche antropologiche sulle popolazioni Barotsi — ‘gli uomini delle pianure’ — dell'Africa centro-meridionale.

zione. Essa tuttavia non manca di determinarvi una tensione che ne mette in evidenza lo scheletro.

Il carattere molecolare, *atomico* in senso classico, della famiglia arcaica supporta infatti — risultandovi intrinsecamente funzionale — un'immagine *compositiva* della società arcaica che si dispone così in un rapporto di radicale differenza, ma anche in una posizione di completa simmetria nei confronti di un'immagine della società moderna, radicata nel carattere *egualmente* molecolare degli individui ⁽¹¹⁾. Il percorso aggregativo che per Maine è alla base della formazione della comunità politica e che ne contrassegna a lungo la morfologia, integra sul terreno storico-genetico il dato analitico a partire da cui tale duplice modalità relazionale si sviluppa: “Ancient law, it must again be repeated, knows next to nothing of Individuals. It is concerned not with Individuals, but with Families, not with single human beings, but groups. Even when the law of the State has succeeded in permeating the small circles of kindred into which it had originally no means of penetrating, the view it takes of Individuals is curiously different from that taken by jurisprudence in its maturest stage. The life of each citizen is not regarded as limited by birth and death; it is but a continuation of the existence of his forefathers, and it will be prolonged in the existence of his descendants” (*AL*, 258). Ma appunto le *familia*e sono, per il diritto romano più arcaico, unità *individue*, altrettanto indivisibili e reciprocamente impenetrabili di come lo saranno i moderni *Individuals* (*AL*, 126). Maine si spinge persino oltre, impiegando un raffronto che ricorda da presso quello giusrazionalistico tra la separatezza tra gli individui, che solo la legge può connettere tra loro, e l'aspra separatezza tra gli Stati, che ne è in più di un senso una variante paradossica. “Ancient jurisprudence”, egli scrive, “if a perhaps deceptive comparison may be employed, may be likened to International Law, filling nothing, as it were, excepting the interstices between the great groups which are the atoms of society”. A essere direttamente coinvolti dalla legislazione delle assemblee e dalla giurisdizione delle corti, sottolinea Maine, sono solo i *patres familias*, mentre per tutti gli altri vale,

(11) Si tratta di un lessico non occasionale: “The history of jurisprudence must be followed in its whole course, if we are to understand how gradually tardily society dissolved itself into the component atoms of it is now constituted...” (*AL*, 185).

con poche eccezioni, “the law of his home, of which his Parent is the legislator” (AL, 167). In questo senso arcaicamente sono solo loro ad essere *cives* nel senso compiuto di una pienezza capacitaria. L’uso che fa Maine dell’espressione *imperium in imperio* (AL, 234-235) è in questa connessione particolarmente chiarificatore.

“Society in primitive times not a collection of individuals, but an aggregation of families”, recita sinteticamente alla voce *society* l’indice della prima edizione (AL, 413). *Family* (intesa come *familia*) e *individual* sono dunque entrambi “[the] simplest ingredients” di assetti sociali, che differiscono radicalmente e coinvolgono nella loro differenza l’insieme delle relazioni al proprio interno: il loro clivaggio è costituito dall’intera storia del progresso. La contrapposizione tra *aggregation* e *collection* è evidente: mentre il primo termine rimanda alla *convergenza* di elementi che hanno comunque una realtà dotata di una qualche, sebbene subalterna, autonomia, come ad esempio avviene in zoologia per gli *aggregate animals*, gli insiemi simbiotici di forme viventi elementari, il secondo sembra implicare uno scarto e richiama un atto che vede l’agente collocato su di un piano differente da quello di chi lo subisce. Una pluralità di individui separati raccolti e portati a unità, che configura appunto l’immagine di società come “[it] is assumed to be at present” (AL, 126), richiama fatalmente la trasfigurazione, che, retrodatandoli immaginativamente in un passato senza tempo, ne fa “some shifting sand-bank in which the grains are Individual men, that according to the theory of Hobbes is hardened into the social rock by the wholesome discipline of force” (AL, 257).

Entrambi i termini tuttavia convergono nell’assumere — implicito nella nozione di *simplest ingredient* — che l’analisi si confronti sempre, scomponendole, con realtà che di sé offrono un’immagine marcatamente compositiva. L’essere *postò* comune prende forma in entrambi i casi da un processo unificatore e normante, la cui irreversibilità storica può essere riscattata solo nella procedura intellettuale di una reversibilità analitica, che ne possa appunto indicare gli elementi individui e il connesso dispositivo della loro *composizione* (12). In ciò il riferimento mainiano alle *particles* del

(12) Su questa base è evidente come sia del tutto indebita l’attribuzione a Maine di

physical word palesa il proprio senso e l'uso dell'analogia si rivela a sua volta analogico. Una volta trasposto sul terreno delle conformazioni umane, l'accento si sposta dagli elementi semplici al piano della loro composizione (la *society* appunto) ed è a partire da quest'ultimo che la loro differente natura viene sottolineata. Tra gli elementi dell'una e quelli dell'altra non c'è alcuna lineare corrispondenza, esattamente come non c'è alcuna lineare corrispondenza tra le classificazioni di una *mature jurisprudence* e il profilo irriducibile della giurisdizione arcaica che disegna, rompendo l'assolutezza delle autonomie 'patriarcali', il perimetro comune in cui esse trovano composizione. La differenza elementare è la storia della comunità politica e della sua organizzazione giuridica, di modo che '[a] proper inquiry' è possibile solo in uno spazio temporale che è delimitabile non perché omogeneo, ma perché la sua disomogeneità può essere determinata solo all'interno di un processo identificabile. Emerge una volta di più il tentativo di una categorizzazione che, nel radicalizzare la propria matrice giuspolitica, irrimediabilmente moderna, si apre 'a ritroso' la strada verso una concettualizzazione che nega a quest'ultima un'assolutizzazione sul piano storico e in forza di ciò recupera spazio alla storicità. Ma è evidente che, dichiarando insostenibile anche sul terreno della *jurisprudence* ciò che ai suoi occhi è un autentico solecismo scientifico, Maine suggerisce un itinerario ben più complesso di quello che sembra prescrivere un patato richiamo all'approccio sperimentale.

2. *Semantica del progresso II*

La storia del sistema di diritto romano è la storia della transizione (di una prima transizione, cui altre faranno seguito) da una società aggregato di famiglie verso una società aggregato di individui, o, detto più rigorosamente, di singolarità pensate giuridicamente come individui⁽¹³⁾. La dialettica di codice e innovazione che

una concezione organicistica degli assetti sociali, anche di quelli arcaici. È bene ricordare — ed è punto importante — che il processo di differenziazione in cui si attua il processo di evoluzione/progresso, è sempre la differenziazione di una *relazione*, mai di un *organismo*.

(13) In questo senso si considerino le battute finali della densa riflessione svolta

si realizza attraverso le “agencies of legal change” comincia a erodere le istituzioni primitive, allargando il dominio del *jus civile* e spostando un numero crescente di diritti personali e una quota sempre maggiore di proprietà “from the domestic forum to the cognisance of the public tribunals”. La legge penetra gradualmente all’interno delle *familiae* e, se non arriva ad azzerare l’istituto della *patria potestas*, ne ridimensiona e ne ridefinisce il ruolo, sottraendo ad esso la capacità di informare l’insieme di quelle relazioni che andranno a formare materia per il diritto privato⁽¹⁴⁾. “We have in the annals of Roman law a nearly complete history of crumbling away of an archaic system, and the formation of new institutions from the re-combined materials... When we leave this jurisprudence at the epoch of its final reconstruction by Justinian, few traces of archaism can be discovered in any part of it except in the single article of the extensive powers still reserved to the living Parent” (AL, 168). Per ciò che concerne i figli, il *jus vitæ ac necis* cede il passo a punizioni domestiche che devono essere a conoscenza del magistrato civile, l’arbitrio sui matrimoni si riduce a un diritto di veto sotto condi-

introducendo il tema della *patria potestas*: “There are societies open to our observation at this very moment whose laws and usages can scarcely be explained unless they are supposed never to have emerged from this primitive condition; but in communities more fortunately circumstanced the fabric of jurisprudence fell gradually to pieces, and if we carefully observe the disintegration we shall perceive that it took place principally in those portions of each system which were most deeply affected by the primitive conception of the family. In one all-important instance, that of the Roman law, the change was effected so slowly, that from epoch to epoch we can observe the line and direction which it followed, and can even give some idea of the ultimate result to which it was tending. And, in pursuing this last inquiry, we need not suffer ourselves to be stopped by the imaginary barrier which separates the modern from the ancient world. For one effect of that mixture of refined Roman law with primitive barbaric usage, which is known to us by the deceptive name of feudalism, was to revive many features of archaic jurisprudence which had died out of the Roman world, so that the decomposition which had seemed to be over commenced again, and to some extent is still proceeding” (AL, 135 — *corsivi miei*).

⁽¹⁴⁾ “The ordinances of the government obtain gradually the same efficacy in private concern as in matter of state, and are no longer liable to be overridden by the behests of a despot enthroned by each hearthstone” (AL, 167-168 — *cors. mio*). Si avvia così il processo che fa da presupposto allo sviluppo di una consapevole distinzione di diritto pubblico e diritto privato e nel contempo inibisce ogni presunzione di una sua originarietà.

zione, viene abolito il diritto di vendita e l'adozione richiede l'assenso del soggetto del trasferimento familiare. La figura della tutela per le donne nubili o vedove viene svuotata del suo significato originario e, quando mantenuta, viene posta sotto un ampio criterio discrezionale da parte della donna stessa, mentre il rigido schema agnazio viene mitigato da un parziale riconoscimento equitativo delle relazioni parentali cognatizie (*AL*, 151-152). Sempre sotto l'influsso dell'interpretazione che dell'equità dà il diritto di natura, la tendenza a considerare lo schiavo come una mera *cosa* in proprietà, per Maine altrimenti destinata a svilupparsi perversamente, trova un punto di inversione e, anche se la personalità continua a essere negata ai *servi*, la loro condizione partecipa in una qualche misura al diritto delle persone (15).

La ricostruzione storica qui assume, anche al di là di una certa estensione argomentativa, tratto fortemente sintetico e il carattere insistente della scrittura rivela la volontà di privilegiare il senso generale del movimento.

(15) L'intervento equitativo mette in luce i profili ideologici diversi che legittimano nel mondo antico l'istituto servile: mentre alla base della schiavitù greca c'è la percezione di una differenza antropologica intesa come minorità naturale, alla base di quella romana opera la finzione di un accordo tra vincitore e vinto, dove sono stipulati i servigi perpetui di quest'ultimo in cambio del mantenimento della vita. Significativamente la finzione qui richiamata da Maine è tra quelle entrate prepotentemente in vari momenti del discorso giusrazionalistico seicentesco: in Hobbes a mostrare la presenza di un elemento di pattuizione anche nelle realtà che nel *De Cive* sono chiamate "City Natural" e nel *Leviathan* "Commonwealth by acquisition", ma soprattutto in Locke nel *Second Treatise* a determinare in senso morale la figura del *servant*, motivandone l'esclusione dalle forme acquisitive a giusto titolo (cfr. al riguardo MARIO PICCININI, *Potere comune e rappresentanza in Thomas Hobbes* e MAURIZIO MERLO, *Potere naturale, proprietà e potere politico in John Locke*, in GIUSEPPE DUSO [a cura di], *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999, rispettivamente pp. 123-141 e 157-176). Dove, nel mondo moderno, la schiavitù è stata mantenuta da istituzioni che hanno visto l'influenza della tradizione romanistica, essa non ha mai raggiunto la condizione di estrema intollerabilità raggiunta altrove. Ancora una volta l'attenzione è alla situazione degli Stati Uniti negli anni precedenti la Guerra Civile: "There is a great deal of evidence that in those American States which have taken the highly Romanised code of Louisiana as the basis of their jurisprudence, the lot and prospects of the negro-population are better in many material respects than under institutions founded on the English Common Law, which, as recently interpreted, has no true place for the Slave, and can only therefore regard him as a chattel" (*AL*, 166).

È in questo contesto infatti che, quasi a sbocco delle linee argomentative appena indicate, sotto l'intestazione di pagina "disintegration of the family", trova formulazione il maggior sforzo di generalizzazione che il testo del '61 produce. In esso Maine 'spende' l'insieme delle acquisizioni fornite dalla tipologizzazione del sistema di diritto romano e le traduce nella possibilità di una ricostruzione comparatistica generale attuabile a tutto campo e che potrà essere successivamente applicata ai singoli istituti, accantonando il riferimento descrittivo alla centralità del sistema, *ma solo perché quest'ultima è costantemente presupposta*, e trovando i propri referenti al di qua e al di là di uno spartiacque, la cui identificazione deriva da una riformulazione espansiva — appunto lungo le linee della generalizzazione — della distinzione di 'stazionario' e 'progressivo'.

Due tesi si connettono strettamente, quasi ad articolare un'unica proposizione. La prima è che il movimento *delle società progressive* trova nella sostituzione dei rapporti di dipendenza familiare con rapporti di obbligazione individuale l'elemento della propria *uniformità*. L'individuo prende il posto della famiglia "as the unit of which civil laws take account": è un processo costante e regolare, i cui momenti di arretramento vanno attribuiti all'assorbimento di "archaic ideas and customs" che vengono a interferire dall'esterno, "from some *entirely foreign source*" (*cors. mio*). La seconda è che "the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have origin in the Family", "it is Contract". "Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relations of Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of Individuals" (*AL*, 169). Il progresso non coincide con questo movimento, è questo movimento.

Le moderne società occidentali costituiscono *nel loro insieme* il caso storico di maggiore sviluppo di questo processo. I sistemi giuridici che vi sono in vigore presentano, pur nella diversità dei modi di classificazione e nella specificità dei lessici, una comune e sostanziale caratterizzazione. Maine non avanza una considerazione che riguarda specificamente l'esperienza giuridica insulare e non è

da questa particolare angolatura che la tesi va intesa, ma da quella più generale di cui ai suoi occhi la storia del diritto inglese partecipa indiscutibilmente.

La condizione dello schiavo è stata generalmente sostituita dalla relazione contrattuale “of the servant to his master”. La donna non è più sotto tutela, almeno se si intende la tutela da parte di una figura suppletiva di quella maritale, e le relazioni che esse possono stringere dalla maggiore età al matrimonio, compreso il matrimonio stesso, sono di natura contrattuale. La condizione del *filius in potestate* non esiste più, né nulla di simile è intervenuto a richiamare la memoria, dato che le obbligazioni che intercorrono tra genitori e figli maggiorenni possono ricevere validità legale solo da un contratto. Persino quelle che sembrano eccezioni — i figli minorenni, gli orfani sotto tutela, i mentalmente incapaci, per i quali vale ancora il diritto delle persone — in realtà non fanno che confermare l'assunto di base: si tratta di categorie che, non avendo la facoltà di esprimere un autonomo giudizio sui propri interessi, mancano del primo requisito per un impegno contrattuale ⁽¹⁶⁾. È in questa connessione che diventa per Maine possibile costruire quella “formula expressing the law of progress” cui la sua fortuna è restata saldamente legata. Un ruolo decisivo viene assolto dall'introduzione di un termine chiave che Maine affianca a *contract* e con cui intende compendiare l'insieme delle condizioni che nel diritto delle persone traevano la loro origine da “the powers and privileges anciently residing in the Family” ⁽¹⁷⁾: questo termine è *status*. “If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*” (AL, 170).

⁽¹⁶⁾ Trae da qui origine un'accezione, sostanzialmente moderna e borghese, di *status* come difettività capacitaria, accezione in cui è registrato sul piano dottrinale, non sempre consapevolmente, il compimento di tale processo. È questo l'orizzonte in cui deliberatamente si muove il lavoro di GUIDO ALPA, *Status e capacità*, Bari, Laterza, 1993.

⁽¹⁷⁾ “It may be shown, I think, that the Family, as held together by the Patria Potestas, is the nidus out of which the entire Law of Persons has germinated” (AL, 152).

La linearità del ragionamento mainiano è, malgrado il tono perentorio, solo apparente e, per quanto la formula che ne risulta presenti qualificazioni e limitazioni sufficienti per arginarne un uso arbitrariamente estensivo, non c'è da meravigliarsi che la ricezione incontrata ne abbia dilatato i contorni, a seconda degli ambiti tematici e, soprattutto, dei registri disciplinari. È quindi opportuno riconsiderarne brevemente le movenze argomentative allo scopo di precisare il grado di libertà che il lessico di Maine vi assume e le implicazioni che se ne possono trarre. Il referente che fa da sfondo alla costruzione di quella che egli chiama “[the] law of progress” è costituito dalle due situazioni, quella tardoromana e quella contemporanea, che convergono nel designare un'unica polarità del processo, quella cioè che vede nella raggiunta maturità del sistema (dei sistemi) la dissoluzione della condizione iniziale: la loro omogeneità è l'omogeneità della tendenza che le costituisce. La polarità opposta è richiamata, per così dire, dall'interno, ripercorrendo all'indietro la storia del diritto romano, ed è quella ben nota delle relazioni connesse alla dimensione originaria della *patria potestas*. Ma questa, nel momento che rinvia alla condizione iniziale non tanto del rapporto di subordinazione patriarcale come tale, quanto alla sua sussunzione nel *jus civile* — oggetto del discorso di Maine sono le *progressive societies*, non le società umane in generale, è bene ribadirlo — delinea al contrario solo uno, per quanto il più arcaico, dei momenti in cui la polarità iniziale del processo prende forma; essa cioè non può esaurirne né descrittivamente, né analiticamente la questione. Analogamente l'irrompere nell'argomentazione del riferimento *moderno* — già sintetico di per se stesso nei confronti di sistemi giuridici nella propria natura simili, ma non identici (la differenza della *common law* rispetto ai sistemi continentali vi permane forte, anche se diversamente compresa rispetto alla tradizione della *Common Law Theory*) — non supplisce né sul terreno descrittivo, né su quello analitico alla rappresentazione della maturità del sistema di diritto romano e non può essere con essa confuso. Quali che ne possano essere le fonti ⁽¹⁸⁾, lo schema polare *status-*

⁽¹⁸⁾ MARK BLAUG, nel suo *Economic Theory in Retrospect* (Irwin, Homewood [Illinois], 1968, p. 175) suggerisce a questo proposito una dipendenza di Maine dal quarto capitolo, dedicato a “Competition and Custom”, del secondo libro dei *Principles*

contract non può prescindere dal carattere discreto dei sistemi giuridici. Esso fa tutt'uno con il carattere discreto del progresso e ogni tentativo di sormontare questa sconnessione a favore di una semplificazione continuista rende incomprensibile il senso stesso della formula e impossibile — azzerandone a priori la problematicità — quella stessa visione unitaria che pure Maine cerca di approssimare e cui risulta funzionale l'attribuzione di ogni fattore contro-tendenziale esclusivamente a una frizionalità esterna. In questo senso, la formula *from Status to Contract* può essere riferita con qualche legittimità alla storia *complessiva* dell'area progressiva solo se prima se ne intende il riferimento alle singole *storie*. Volendo arrischiare una metafora figurale, si può affermare che, se per Maine un avanzamento globale del progresso si è certo dato, esso è visto realizzarsi non in linea retta e continua, ma nel tracciato discontinuo che accenna un movimento a spirale.

3. Status

Status e *contract* sono dunque termini che supportano, come altre parole-chiave di *Ancient Law*, una costruzione tipologica. Il fatto che essi si precisino a partire da situazioni che mostrano carattere di maggiore compiutezza e si collocano ai due estremi dello

of Political Economy, with Some of their Applications to Social Philosophy di John Stuart Mill, un testo che, pubblicato per la prima volta nel 1848, aveva avuto nel corso degli anni ampia circolazione e varie e rimaneggiate edizioni. In realtà, nonostante alcune assonanze e la partecipazione di un immaginario intellettuale comune, vi sono tra i due autori elementi di diversità tali da rendere almeno improbabile l'indicazione di Blaug. "Competition," — scrive MILL nel § 2 — "in fact, has only become in any considerable degree the governing principle of contracts, at a comparatively modern period. The reason is evident. Custom is the most powerful protector of the weak against the strong: their sole protector where there are no laws or government adequate to the purpose. Custom is a barrier which, even in the most oppressed condition of the mankind, tyranny is forced in some degree to respect" (cito dalla 'Silver Edition', conforme alla sesta edizione, London, Longmans, 1904, p. 148). Se c'è un Maine che possa condividere anche solo parzialmente questo approccio al *custom*, non è certo quello di *Ancient Law*. Incidentalmente segnalo la presenza anche in queste pagine di Stuart Mill dei consueti riferimenti alle cosiddette *Leggi di Manu*.

spettro storico dall'indagine, non può trarre in equivoco sul loro significato e legittimare un'interpretazione che li risolva assegnando ad essi una funzione empirico-descrittiva (19). Non casualmente *status* è termine che non trova impiego nel testo al di fuori della generalizzazione e che non opera *mai* nell'analisi storica determinata delle relazioni cui pure si riferisce, 'coprendone' la specificità. Il fatto che il tema del 'ritorno dello *status*' sia diventato un elemento centrale nel dibattito giuridico-politico a cavallo tra '800 e '900 e abbia avuto un grande ruolo nella messa in crisi del paradigma progressivo-contrattualistico — di cui peraltro il conio mainiano, è bene ricordarlo, è solo *una* delle componenti —, ha sicuramente fatto schermo all'esigenza di precisarne maggiormente il significato.

Oggi la situazione appare persino più 'difficile'. In termini di dottrina corrente, infatti, "si individuano due modi prevalenti di atteggiarsi dello *status*. Il primo è quello per cui lo *status* si presenta come la posizione, o il modo di definire la posizione (tendenzialmente stabile o addirittura permanente), dell'essere umano rispetto a una collettività, onde esso trae la sua forza e quasi la sua identità... Il secondo modo è quello per cui lo *status* si presenta come una qualità essenziale, che individua o concorre a individuare, un essere umano come soggetto, vale a dire come entità sempre identica a se stessa al di là delle vicende che in relazione alla detta qualità possano ad essa riferirsi e delle conseguenze che ad essa, per effetto di tali

(19) Non mi pare che sfugga sempre a quest'ordine di fraintendimenti un testo certamente importante per la letteratura mainiana come quello di RONALD H. GRAVESON, *The Movement from Status to Contract*, in "Modern Law Quarterly", 4 (1941), pp. 261-272 (poi ricompreso in *Status in the Common Law*, London, Athlone Press, 1950), le cui obiezioni a Maine, quale che ne sia la legittimità sul piano storiografico, sembrano non prestare la dovuta attenzione alla specificità della generalizzazione mainiana. Il saggio di Graveson è discusso criticamente, all'interno di una rassegna abbastanza ampia di posizioni che da Maine hanno preso avvio, nelle prime pagine del contributo di GEOFFREY MACCORMACK, *Status: Problems of Definition and Use*, in "Cambridge Law Journal", 43 (1984) 2, pp. 361-376, che presta molta, anche se non esclusiva, attenzione all'utilizzo della formula mainiana da parte dell'antropologia giuridica. In termini altrettanto critici è intervenuto più recentemente J. RUSSELL VERSTERG, *From Status to Contract: A Contextual Analysis of Maine's Famous Dictum*, in "Whittier Law Review", 10 (1989), pp. 669-681, che, su una base testuale più certa, rischia tuttavia di operare una riduzione strettamente privatistica dell'orizzonte mainiano.

vicende, possano imputarsi sul piano giuridico” (20). Questo secondo modo viene indicato, su tali basi, come soggettivistico o individualistico (o persino come ‘personalistico’), mentre il primo è indicato come comunitario e proprio a Maine ci si rivolge per illustrarne l’impiego, quasi a vedervi un momento decisivo nella stratificazione storica di senso del termine. Anche se in ciò è probabilmente leggibile una percezione veridica dell’importanza di Maine per gli sviluppi successivi del lessico giuridico, l’indicazione rischia di affermare, dietro l’apparenza di una ‘disincarnata’ innovazione, un’improbabile autonomia di Maine dal suo movimento complessivo di pensiero, dai materiali ideativi che egli elabora e in ultima istanza da se stesso. Poiché lo scambio tra le diverse accezioni di *persona* sembra essere invece una costante del pensiero giuridico sin dalla prima età moderna (21), la mera affermazione di una presunta priorità mainiana su questo punto non può, di fronte all’estrema rarefazione della presenza di *status* in *Ancient Law*, che rendere solo più acuto il problema della sua delimitazione concettuale e della precisazione del suo retroterra intellettuale.

Il rimando che Maine fa “[to] the usage of the best writers” è conforme all’usuale reticenza del testo sulle proprie fonti ed è, nella sua genericità, di scarso aiuto. Tuttavia, se ci rivolgiamo una volta di più alla *Province* austiniiana, anzi per la precisione all’*Outline* del ’31, è possibile vedere come al termine venga assegnata una posizione ben definita in una partizione sistematica che, prendendo in considerazione “the law with reference to its *purposes*, and with reference to the *subjects* about which it is conversant”, pone come equivalenti diritto di *status* e diritto delle persone, secondo una modalità che ricorda quell’*usus Pandectarum modernus*, la cui dubbia conformità alla reale esperienza giuridica romana sarebbe stata contestata, proprio a questo

(20) Così ad esempio la voce *Stato delle persone*, redatta da ALDO CORSANITI per l’*Enciclopedia Giuridica*, Milano, Giuffrè, vol. XLIII, pp. 948-977, che presenta un ampio rimando alla letteratura sul tema. La citazione è da p. 948.

(21) Rimando d’obbligo è al ricco saggio di PAOLO CAPPELLINI, “*Status*” *accipitur tripliciter*, in “Annali dell’Università di Ferrara — Scienze giuridiche”, n.s. I (1987), pp. 29-97, che intenzionalmente ha di mira le semplificazioni implicite nella tesi di una ‘corruzione’ della nozione di *status* a partire dalla ‘invenzione’ moderna della nozione di capacità giuridica.

proposito, dal Savigny del *System des heutigen Römischen Rechts* (22). Sono le pagine in cui Austin introduce la parte che nei corsi deve far seguito alla trattazione della “law considered with references to its sources, and with reference to the *modes* in which it begins and ends” e che egli intende appunto dedicare alla costruzione di una sorta di “map of a legal system”, che permetta di percorrere scientificamente la complessa realtà del diritto positivo (23).

Punto di partenza non deve essere — come aveva invece inteso una consistente tradizione anche inglese, da Hale a Blackstone — la distinzione tra *Public and Private Law*, ma quella tra *Law of Persons* e *Law of Things*. “There are” — scrive Austin, introducendo le proprie definizioni — “certain *rights* and *duties*, with certain *capacities* and *incapacities* to take rights and incur duties, by which *persons*, as subjects of law, are variously determined to certain *classes*. The rights, duties, capacities, or incapacities, which determine a given person to any of these classes, constitute a *condition* or *status* which the person occupies, or with which the person is invested... One and the same person may belong to *many* of these classes, or may occupy, or be invested with, *many* conditions or *status*... The rights, duties, capacities and incapacities, whereof conditions or *status* are respectively constituted or composed, are the appropriate matter of the department of law which commonly is named the *Law* of persons: *Jus quod ad personas pertinet*. Less ambiguously and more significantly, that department of law might be styled the ‘Law of *Status*’. For though the term *persona* is properly synonymous with the term *status*, such is not its usual and more commodious signification” (24). Infatti, continua Austin, oltre che in *status*, *persona* trova la sua accezione più comune e diffusa come equivalente di *homo*, essere umano, e la confusione dei due signifi-

(22) Cfr. la voce *Status libertatis, civitatis, familiaris*, redatta da RICCARDO ORESTANO per il *Nuovissimo Digesto Italiano* (Torino, UTET, vol. XVIII, pp. 383-384).

(23) Per un’analisi di quanto dei manoscritti austiniiani originariamente approntati a questo scopo ha potuto essere recuperato nella pubblicazione delle *Lectures* e dei rapporti tra questi e il programma delineato nell’*Outline*, cfr. W.L. MORISON, *John Austin* cit. pp. 107-118.

(24) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, 1885, pp. 39-40. Austin in un’annotazione manoscritta sulla propria copia dell’*Outline* rimanda a “Thibaut, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, vol. ii p. i et seq.” (1817).

cati, lungi dal configurare sul terreno giuridico una qualche convergenza, ha determinato dei veri e propri travisamenti, inducendo l'idea erronea che il diritto delle persone costituisca il comparto giuridico che si occupa degli interessi delle persone senza riferimento alle cose, tanto che nei suoi *Commentaries* Blackstone annette ad esso quelli che egli chiama *Absolute Rights* (25).

Austin pertanto rifiuta nettamente un approccio 'pluralistico' al rapporto *status-persona* e punta a fornirne un profilo rigorosamente univoco. Sintetizzerà lucidamente John Stuart Mill, recensendo sulle pagine della "Edinburgh Review" l'edizione postuma delle *Lectures*: per Austin, "the Law of Persons (agreeably with one of the meanings of the word *persona*) is the Law of *Status* or conditions — of the rights and obligations peculiar to certain *classes* of persons, on whom a peculiar legal stamp has been set", mentre, "in contradistinction, the Law of Things is the law common to all persons, together with the peculiar laws not so specially marked out from the rest". E ancora: "As much of the law, then, as relates to certain peculiar positions, is remanded to a separate branch, which naturally should be placed *after* the general law, or *jus rerum*" (26).

Austin si riferisce a *status* facendone un momento di una rigorizzazione scientifica dell'esigenza di classificazione delle *legal rules* e,

(25) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 69, che anticipa argomenti ripresi a p. 397. Sul punto, cfr. A. AGNELLI, *John Austin* cit., pp. 189-190, ma più generalmente sul tema dei *rights* in Austin, pp. 184-196. BLACKSTONE nei *Commentaries* fa riferimento al termine *status* solo per indicarlo come espressione latina dell'inglese *estate*: "An estate in lands, tenements, and hereditaments, signifies such interest as the tenant hath therein: so that if a man grants all his estate to another, every thing that he can possibly grant shall pass thereby. It is called in Latin, status; it signifying the condition, or circumstances, in which the owner stands, with regard to his property" (II, 7 - vol. II, p. 103 dell'edizione cit.).

(26) La recensione di JOHN STUART MILL apparve anonima sulla "Edinburgh Review" nell'ottobre del 1863 (118, pp. 439-452) e fu successivamente ristampata nel terzo volume delle milliane *Dissertations and Discussions* (London, Longmans, 1867, pp. 206-274). Qui viene citata secondo il volume degli *Essays on Equality, Law, and Education* (JOHN M. ROBSON ed.) delle *Collected Works* (Toronto, University of Toronto Press, 1984, pp. 167-205). Le due citazioni sono rispettivamente da p. 194 e p. 195. Sul difficile coinvolgimento di Stuart Mill nell'approntamento delle edizioni delle *lectures* austiniane, su cui pesava il pessimo rapporto con Sarah Austin, cfr. W.L. MORISON, *John Austin* cit., pp. 29-30 e 32.

seppure il calco romanistico è evidente (27), altrettanto evidente è l'assenza nel suo punto di vista di un particolare interesse o coinvolgimento storico in connessione a questo termine. Nella costruzione della sua *map of legal system*, egli prende in considerazione per prima la *Law of Status* solo in via provvisoria — per una questione per così dire di introduzione didattica, visto che questa è la partizione classica —, ma ne propone tuttavia programmaticamente una posposizione che nell'analisi assegna priorità alla *Law of Things*. Ciò avviene appunto in forza dell'essere quest'ultima davvero “common to all persons” e perciò “general”, in forza cioè del suo riferimento ad uno spettro di *eguaglianza giuridica*. È qui che la figura del *contract* trova la propria collocazione, all'interno di quel comparto dei “primary rights” che è costituito dai *rights in rem* e dai *rights in personam*, oltre che dalle forme della loro combinazione; mentre dei primi “the right of dominion or property is the most familiar instance”, “of rights in personam, the most prominent example is a right by virtue of a contract” (28).

Anche se non è qui il caso di ripercorrere in dettaglio lo schema austiniiano, vale nell'ottica del nostro lavoro sottolineare l'ampiezza che Austin attribuisce alla *law of status, or persons*, sotto la cui dizione trovano classificazione non solo le *private conditions* (a loro volta ripartite sul doppio registro di *domestic [or oeconomical]* e *quasi domestic conditions* e di *professional conditions*) e le *anomalous conditions* (che concernono cioè *aliens* e coloro che per varie ragioni sono da considerarsi *incapables*), ma anche quelle che egli chiama *political conditions* (29). La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato — da Austin considerata inaccettabile, qualora la si basi su una presunta diversità degli interessi protetti — può essere infatti recuperata su questo piano. “Public Law so called is in fact... to be identified as part of the law of persons. It deals with those with a ‘political’ status — given special duties and rights under the law as part of govern-

(27) Ma forse sarebbe meglio dire civilistico, visto che tutto il lessico austiniiano sembra ricalcare consapevolmente quello della tradizione civilistica, piuttosto che quello della ‘riscoperta’ del diritto romano storico.

(28) Così ancora JOHN STUART MILL nella recensione sulla “Edinburgh Review” (*Essays on Equality, Law, and Education* cit., p. 196).

(29) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, pp. 67-73.

ment” (30). Queste condizioni politiche non riguardano tanto i rapporti politici, quanto l’esercizio del potere politico, cioè in massima parte l’amministrazione. Ovviamente, “the monarch properly so called, or the sovereign number in its collegiate and sovereign capacity, is not invested with a *status* (in the proper acceptation of the term)” (31), mentre lo è chi partecipa a tale numero, considerato individualmente, anche se non privatamente. Al sovrano come tale per Austin non può essere ascritto uno *status*, dato che questo è composto o costituito da “*legal rights and duties*”, che sono, in quanto diritto positivo, creazione, diretta o indiretta, del sovrano stesso. Nella sua prospettiva sembra tuttavia esservi inclusa anche la condizione di cittadino/suddito. Austin tende a omologare *persona* e *status*, anche se riconosce che non è questo l’uso corrente. La questione sarà ripresa, sempre con qualche esitazione, più volte per essere poi sviluppata nella lezione XLII — ma siamo ovviamente fuori dalla *Province* — in rapporto alla nozione di *caput*, da cui quella di *persona* è fatta derivare e che Austin considera indebitamente distinta, tramite limitazioni, da quella di *status*, perché si è soliti non valutare adeguatamente che anche la condizione capacitaria, lungi dall’essere assoluta, è segnata da *duties* correlati alla ‘pienezza’ dei diritti. La stessa distinzione tra *status civiles* (espressione che equivale a *capita*) e *status naturales* è ai suoi occhi del tutto arbitraria (32). William Markby avrà, parlando di *status*, meno esitazioni: “We may apply it to the aggregate of rights and duties which attach to a man as a member of a general community. It would be permissible to speak of the ‘status’ or ‘condition’ of a citizen” (33).

(30) W.L. MORISON, *John Austin* cit., p. 93, che prosegue: “Nor can civil and criminal law be distinguished [per Austin] ... on the grounds of the interests concerned. The true distinction lies in whether the application of sanction is to be at the discretion of a determinate injured person (the person with the right) or at the discretion of the State” — termine quest’ultimo che peraltro Austin si guarderebbe da usare.

(31) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. I, p. 70.

(32) J. AUSTIN, *Lectures* cit., vol. II, pp. 716-720, ma si veda anche vol. I, pp. 353-354. Vale segnalare in questo contesto le osservazioni critiche, ma attente, alla nozione di *Rechtsfähigkeit* coniata da Thibaut secondo cui “a *status* is a *capacity* or *faculty*”, una definizione che comunque agli occhi di Austin “is not less erroneous than any...” (p. 710).

(33) SIR W. MARKBY, *Elements* cit., p. 101. Ma su *status* cfr. tutte le sezioni 176, 177 e 300.

Non è inutile tenere presente, indagando i significati di *status* in Maine, gli elementi offerti dalla riflessione austriana, pur nella cautela dovuta a una disponibilità che fino al '63 resta parziale. Pur senza volervi attribuire i tratti di una derivazione esclusiva, è difficile non riconoscere nell'estensione e nel carattere sintetico che Austin attribuisce, nell'*Outline* prima e nelle *Lectures* poi, al termine *status*, un antecedente dell'uso che ne fa Maine nel quinto capitolo di *Ancient Law*. "Those forms of reciprocity in rights and duties which have origin in the Family", hanno nel discorso mainiano un carattere paradigmatico che non può essere *immediatamente* risolto in termini di diritto privato, come sarà invece per le relazioni contrattuali⁽³⁴⁾. Le relazioni di *status* non sono relazioni predominanti, cui si affiancherebbero, in posizione 'socialmente' meno rilevante, relazioni di altra natura; per Maine esse costituiscono al contrario l'orizzonte complessivo della vita collettiva arcaica e ne informano tutti i livelli⁽³⁵⁾.

In questo senso, Maine trasforma *senza residuo* quella che in Austin è una partizione di carattere dogmatico in una polarizzazione schematica storico-tipologica⁽³⁶⁾. Ma proprio questa trasformazione

⁽³⁴⁾ In questo senso è erroneo pensare, come mi pare induca l'italiano DALLARI (*Di una legge del progresso giuridico* cit., p. 42), ma non sarà il solo, che lo schema *from status to contract* delinea una vicenda già tutta perimetrata *ab initio* in ambito privatistico.

⁽³⁵⁾ "His special definition of 'status' automatically excluded as exceptions to his generalization 'such conditions as are the immediate or remote result of agreement'", G. FEATHER, *From Status to Contract* cit., p. 56. In questo senso, sembra risultare estranea alla concettualizzazione mainiana la questione dei cosiddetti contratti di *status*, che sarà invece al centro della discussione successiva e che in particolare in anni relativamente più recenti ha orientato la rilettura critica della formula mainiana da una prospettiva giuslavoristica. Per tutti, cfr. il saggio, importante, di OTTO KAHN-FREUND, *A Note on Status and Contract in British Labour Law*, in "Modern Law Review", 30 (1967), pp. 635-644. Potrebbe essere interessante verificare al riguardo quanto l'attenzione alla formula *from status to contract* che ricorre frequentemente in questo autore derivi, più che dall'interno della tradizione britannica, dalla sua originaria formazione nella Germania del dopo-Reich e dal ruolo in questa della ricezione tönnesiana di Maine (su Tönnies e i suoi autori si veda il solido lavoro di MAURIZIO RICCIARDI, *Ferdinand Tönnies sociologo hobbesiano*, Bologna, Il Mulino, 1997). Sul versante giuspubblicistico valgono analoghe considerazioni. Si consideri ad esempio la schmittiana *Verfassungslehre* (Berlin, Duncker & Humblot, 1928, pp. 67-68) che richiama Maine all'inizio delle considerazioni sullo *Staatsvertrag* come *Statusvertrag*.

⁽³⁶⁾ Questa nettezza di approccio non sarà estranea alla facilità con cui la coppia

impedisce di seguire oltre il lessico che presiede alla classificazione austiniiana della “law with reference to its *purposes*, and with reference to the *subjects* about which it is conversant”. In termini rigorosamente storici, infatti, esso non trova più alcuna utilità e la ricostruzione di specifici lessici storici diventa tutt’uno con la ricostruzione degli orizzonti storico-concettuali in cui si muovono. Ciò vale per la stessa possibilità di operare una distinzione che non sia *a posteriori* tra differenti comparti giuridici. Scrive Maine nel capitolo sulle forme arcaiche di proprietà: “The Roman distinction between the Law of Persons and the Law of Things, which though extremely convenient is entirely artificial, has evidently done much to divert inquiry... from the true direction. The lessons learned in discussing the Jus Personarum have been forgotten where the Jus Rerum is reached, and Property, Contract, and Delict, have been considered as if no hints concerning their original nature were to be gained from the facts ascertained respecting the original condition of Persons” (AL, 258-259). Se avessimo la possibilità di osservare direttamente un sistema giuridico arcaico nella sua purezza, continua Maine, potremmo facilmente vedere come “rules” ora “belonging to two departments are inextricably mingled together” e riconoscere l’inefficacia di una distinzione, che, prodotta da “later jurists”, ha senso solo se riferita a una “later jurisprudence” (37).

status/contract sarà accolta nel discorso sociologico prima e nella istituzionalizzazione disciplinare della sociologia poi. Anche se a Maine a rigore non è possibile imputarne un uso espansivo come avviene nella sua traduzione nella coppia ‘società di *status*’/‘società di contratto’, va detto tuttavia che il pensiero sociologico è stato a volte più rispettoso nei confronti delle reali definizioni mainiane di quanto sia stata la tradizione filosofico-giuridica o filosofico-politica. È il caso di Emile Durkheim, che, nonostante la dedica a Fustel de Coulanges della sua tesi latina su Montesquieu, proprio nei confronti delle tesi mainiane sulle forme arcaiche della proprietà e del contratto mostra una notevole ricettività, come segnala puntualmente REALINO MARRA in vari momenti del suo *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, Napoli, ESI, 1986. Anche rispetto alla questione non facile del carattere discreto dello schema progressivo, la ricezione sociologica ha avuto — fatta eccezione per l’universalizzazione spenceriana, ma Spencer presenta in realtà una sociologia che è articolazione *immediata* di una sistematica filosofica — momenti felici, come mostra il saggio di F. TÖNNIES, *Status und contractus. Eine sozialpolitische Betrachtung*, in “Die Zukunft”, 1 (1892) 6, pp. 250-257, che usa lo schema per un’ipotesi di lettura ‘interna’ della storia tedesca.

(37) La ricostruzione mainiana restituisce così centralità a termini decisivi del

L'assunzione polare di *status*, se da un lato impegna a una considerazione storica in senso proprio, senza compromessi cioè con 'retroazioni' prospettiche, dall'altro inibisce ogni visione *sottrattiva* dell'emergere di quell'*Individual* su cui fa perno la dimensione contrattuale. Il "movement from *Status* to Contract" è passaggio da un diritto centrato sulle particolarità a un diritto centrato sulla generalità, che non avviene nella sottrazione delle determinazioni che caricano i singoli, permettendo ad essi di ritrovarsi in una presunta loro *nuda* individualità — quasi attribuendo al processo storico la medesima funzione di *riduzione* che sul piano ideale ha svolto la finzione giusnaturalistica —, quanto nella *produzione* vera e propria, all'interno dello sviluppo del sistema, di nuove e generali determinazioni relazionali il cui *esito* è l'individuo dotato di libertà contrattuale⁽³⁸⁾. Ma proprio in questo orientamento risulta importante il ruolo implicito che ha la dimensione della cittadinanza e le dinamiche ad essa connesse: se non troviamo in *Ancient Law* nessun riferimento agli *status* (*libertatis* e *civitatis*) che si affiancano allo *status familiae* nel comporre l'usuale (e tarda) partizione dommatica, ciò non significa affatto una separazione del tema della cittadinanza dalle considerazioni sullo *status* e sulla sua traiettoria storica. Al contrario.

Il problema non è se per Maine la cittadinanza sia o non sia classificabile come *status* (rilevante sarebbe piuttosto secondo quali modalità essa lo sia, visto che anche per essa si richiederebbe una trattazione capace di farne emergere, sia storicamente sia logicamente, l'ampia e frastagliata stratificazione), ma piuttosto l'implicazione reciproca che relazioni di *status* e cittadinanza intrattengono. Se è nei confronti della *familia* che le determinazioni di *status* trovano origine, è solo nella *civitas* che la loro qualificazione giuri-

diritto romano storico, *in primis* al lessico della *obligatio*, che nella partizione austriana erano stati esclusi, perché considerati inservibili a causa della loro ambiguità (vedi in questo senso, JOHN STUART MILL, *Essays on Equality, Law, and Education* cit., p. 195, nota). Cfr. *AL*, pp. 322-323.

⁽³⁸⁾ Solo in *questo* senso si può sostenere che, come per Durkheim, "il contratto non è l'antitesi dello *Status*, ma il risultato dello sviluppo e della differenziazione dello *Status*", come sostiene GIANNI GIANNOTTI, *Il concetto di comunità in Maine, Tönnies e Durkheim*, in "Rassegna italiana di sociologia", VIII (1967), pp. 525-557, sul punto p. 549.

dica e la loro traiettoria diventano intelligibili. La cittadinanza è stata il motore delle modificazioni della *familia* e nel contempo le relazioni di *status* hanno continuato ad accompagnare la specificità della cittadinanza romana, come è agevole cogliere nella valorizzazione che Maine fa della *Constitutio Antoniniana de civitate* ⁽³⁹⁾. È questo intreccio dinamico che viene a definire il piano emancipatorio su cui si muove il processo di individualizzazione e che sorregge, sia sul versante della moralità positiva (la responsabilizzazione delle promesse), sia su quello delle forme giuridiche (la loro sanzionabilità), l'emergere delle relazioni contrattuali in cui l'individuo mainiano si definisce. Ma è altrettanto evidente che qui l'omogeneità della tendenza, che permette di nominare assieme storia romana e modernità giuridica, verte tutta sulla costruzione logico-storica della *condizione civile* come processo che poco lascia all'autosufficienza di ciò che negli anni a venire contrattualismo e evoluzionismo giuridici leggeranno come spontaneità sociale ⁽⁴⁰⁾. La vicenda dell'individualizzazione, in cui si gioca il clivaggio tra suddito e soggetto e che è anche la storia della cittadinanza *senza miti politici virtuosi*, è il risvolto antropologico della storia evolutiva del sistema giuridico.

Maitland, che certo non amava né il diritto romano, né la

⁽³⁹⁾ "I may be permitted to remark that there is little foundation for the opinion which represents the constitution of Antoninus Caracalla conferring Roman citizenship on the whole of his subjects as a measure of small importance. However we may interpret it, it must have enormously enlarged the sphere of the Patria Potestas, and it seems to me that the tightening of family relations which it effected is an agency which ought to be kept in view more than it has been, in accounting for the great moral revolution which was transforming the world" (*AL*, 144). Sul punto si veda contrastivamente la voce *Civitas* redatta da G. LONG per il *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* cit. di W. SMITH.

⁽⁴⁰⁾ Si pensi ad esempio all'uso, sostanzialmente retorico, che di Maine fa a più riprese F.A. VON HAYEK, da *The Road to Serfdom* (1944) a *Law, Legislation, and Liberty* (1972-1979). La nozione hayekiana di spontaneità evolutiva, nonostante sia limitata al diritto privato e non valga per il diritto pubblico, considerato un insieme di norme organizzative, è sostanzialmente estranea all'orizzonte mainiano. Non casualmente il discorso di Hayek si *costruisce* come una tardiva ideologia della *common law*. Su Hayek cfr., in una prospettiva giuridica, il lavoro di MAURO BARBERIS, *L'evoluzionismo nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998 e, in una prospettiva più filosofico-politica, il saggio di MARIA CHIARA PIEVATOLO, *Rule of law e ordine spontaneo. La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich von Hayek*, in PIETRO COSTA-DANILO ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 460-482.

sovranità dello Stato, non esiterà agli inizi del secolo nuovo a contrapporre a un autore che a suo avviso andava irrimediabilmente consegnato al passato, la gravidanza attuale della ‘riscoperta’ germanistica della complessità delle personalità collettive che buttava all’aria l’ordinata partizione di pubblico e privato: “Maine’s famous sentence about Contract and Status might indeed be boldly questioned by anyone who remembered that, at least for the philologist, the Roman Status became that modern State, *État*, *Staat* which refused to be explained by Contract into a mere ‘Civil Society’” (41). Ma sul punto, come anche in altre occasioni, Maitland non è equanime con Maine (42) e la freccia manca l’obiettivo. Maine infatti difficilmente avrebbe delle riserve — anche se certo da una prospettiva opposta — su tale affermazione sui destini dello *status*, anche se non è su ciò che verte il lato ‘in chiaro’ della sua argomentazione. Il superamento dello *status* nell’universale condizione civile non si risolve affatto per Maine in un contratto, tanto meno secondo un (dubbio) schema contrattualistico che farebbe dipendere la condizione civile da un *pactum unionis*. Al contrario è proprio la connessione contrattuale della società degli individui a sostenersi sulla qualificazione universalistica della cittadinanza e la solidarietà tra legge e relazioni di contratto non toglie affatto la differenza tra la verticalità della prima e la presunta orizzontalità giuridica delle seconde.

Ancora negli anni ’80, quando, di fronte all’allargamento del suffragio, nelle pagine di *Popular Government* la difficoltà di padroneggiare i problemi, che sul terreno politico poneva proprio la semplificazione derivante dal superamento dello *status*, si farà sindrome reattiva (43), al centro della preoccupazione di Maine sarà il

(41) F.W. MAITLAND, *Translator’s Introduction* a O. GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge U.P., 1900, p. xxv. Il volume prefato da Maitland traduce la sezione dedicata alle dottrine pubblicistiche del terzo volume del *Genossenschaftsrecht* di Gierke.

(42) Sul punto rimando a M. PICCININI, *Avventure dell’anacronismo* cit.

(43) Condivisibile al riguardo è l’equilibrato giudizio di J.W. BURROW: “Maine, in social terms, almost always sounds like an uninhibited mid-nineteenth century individualist. Hence, despite his agitated political preference for balanced constitutions to pure sovereign democracies, he has no clear answer to the dilemma that individualism, the simplification of all social relations to the rational one of free contract, seems to carry

rapporto tra *legislature* e *legislation* e la paura che nel governo popolare la *legislature* diventi *informe* (44).

4. Contract

“A phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of Individuals”: anche *contract* presenta un carattere paradigmatico, la cui presa sul contemporaneo, nonostante gli sviluppi analitici del testo non vi insistano, va considerata come acquisita. Ne è un indicatore non marginale l’annessione all’area delle relazioni contrattuali di quei rapporti di lavoro che — ormai del tutto extradomestici — pure venivano ancora nomenclati come rapporti tra *masters* e *servants*, un’annessione che proietta sulla realtà della scena industriale del tempo un elemento tendenziale certo non scevro di coloritura ideologica (*AL*, 169 e 305) e cui decenni più tardi Herbert Spencer avrebbe attribuito una valenza apertamente teleologico-normativa.

Di fronte alla questione della contrattualizzazione del lavoro — nel senso appunto del *contract*, non ovviamente in quello dell’*industrial bargaining*, che proprio dalla crisi di questo trae origine — Maine

the corollary that in political terms each person is simply unit. The obvious implication is a polity founded not on status, but simply on numbers: manhood suffrage... But the movement towards democracy, which Mill learnt from Tocqueville to regard as inevitable, left Maine merely fuming, and inclined to think of it just as an inexplicable irrationalism...” (*Whigs and Liberals. Continuity and Change in English Political Thought*, Oxford, Clarendon, 1988, pp. 110-111).

(44) Tutti i motivi della retorica di *Popular Government* (disincanto indiano, equiparazione idolatra di civiltà e forma borghese della proprietà, prospettiva da *Beamter* e tutto quanto vi si possa, o vi si voglia, scorgere) passano comunque per la strettoia di un tentativo di rafforzare lo scarto tra istanza di sovranità e società politica, a costo di duplicarne il profilo istituzionale (l’ipotesi *tutoriale* senatoria, che ho qualche difficoltà a risolvere in *balance*) nel timore che, se la prima ricade all’interno della seconda, quest’ultima perda la propria determinatezza, cioè il proprio principio formale, con la conseguenza che la stessa orizzontalità dei soggetti è compromessa. In questo senso la critica mainiana dei processi di democratizzazione mantiene un profilo *classico* e si colloca *al di qua* del ciclo politico che, da Ostrogorski a Lowell, da Bryce a Weber, verte sul nesso democrazia-governo di partito (ne è un buon quadro d’insieme il volume di GAETANO QUAGLIARELLO, *La politica senza partiti. Ostrogorski e l’organizzazione della politica tra ’800 e ’900*, Bari, Laterza, 1993).

mantiene un certo grado di indeterminazione, al cui interno si mescolano e si confondono elementi descrittivi ed elementi prescrittivi, o meglio elementi (presentati come) fattuali ed elementi definitivi. È chiaro comunque come egli adotti la tesi della contrattualizzazione in una relativa indipendenza dalla contemporanea nomenclatura giuridica dei rapporti di lavoro ⁽⁴⁵⁾, in una, non sempre pienamente esplicitata, accettazione della natura *mercantile* del rapporto industriale. Sotto questo profilo è indubbia la prossimità *descrittiva* fra la nozione di contratto della formula mainiana e l'uso che più tardi ne farà Spencer nella propria elaborazione sociologica.

Herbert Spencer è un autore che, nonostante le convergenze determinate negli anni '80 dallo slittamento conservatore di entrambi ⁽⁴⁶⁾, resta molto lontano da Maine. Troppo numerosi gli elementi di dissonanza: la concezione universalistica del progresso come continuità evolutiva, una sostanziale, anche se problematica, diffidenza per la storia, un'impoliticità venata di radicalismo e d'insofferenza a priori nei confronti della legislazione pongono Spencer su posizioni spesso opposte a quelle mainiane. Ma egli è stato anche l'autore che maggiormente ha mostrato di recepire in termini sistematici la formula *from status to contract* e in genere il lessico mainiano, ricollocando organicamente entrambi all'interno

⁽⁴⁵⁾ Sull'intreccio tra nomenclatura giuridica, lotta di classe e rapporti di lavoro nell'Inghilterra degli anni immediatamente successivi a *Ancient Law*, si veda, con specifico riferimento al tema della contrattualizzazione, il saggio di DAPHNE SIMON, *Master and Servant*, in J. SAVILLE (ed.), *Democracy and the Labour Movement* cit., pp. 160-200. Più in generale, una buona attenzione alla presenza di rapporti di *status* e rapporti di contratto nel sistema di fabbrica ottocentesco è data nella ricerca, tuttora insostituibile, di SIDNEY POLLARD, *The Genesis of Modern Management. A Study of the Industrial Revolution in Great Britain*, London, Arnold, 1958.

⁽⁴⁶⁾ In *Popular Government* Maine mostrerà apprezzamento per gli articoli raccolti in *The Man versus the State* ("a recent admirable volume") e per la loro preoccupazione per l'avvio di una "fiscal tyranny" (PG, 49-50), all'interno tuttavia di considerazioni che vanno oltre la riproposizione di obiezioni consolidate, da Bentham a Stuart Mill, alla politica di prelievo. Oltre a *Popular Government*, si considerino anche i due articoli apparsi sulla *St. James's Gazette*, non firmati, ma di certa attribuzione mainiana (G. FEAVER, *From Status to Contract* cit., p. 213-226 e 336-337), *Radical Patriarchalism* e *Patriarchal Radicalism*, rispettivamente I, 18 June 1880, pp. 259-260 e II, 19 April 1881, pp. 1467-1468.

della *propria* concezione (47). Anche se forse non ne è stato l'interprete più avveduto, è certo stato colui che maggiormente ha veicolato la formula mainiana, e in qualche modo anche l'immagine del suo autore, fuori dai circuiti strettamente scientifici e accademici. Nella nostra considerazione del contratto insistervi non è meramente accessorio.

In Spencer le *Industrial Institutions* costituiscono la parte terminale dei *Principles of Sociology*, di cui chiudono il terzo volume, e occupano una posizione particolare nel *System of Synthetic Philosophy*. Pubblicate nel 1896, esse erano state posticipate rispetto al completamento dei *Principles of Ethics*, con cui si poneva termine alla programmata articolazione del sistema e alla cui stesura l'autore aveva dato precedenza, temendo per le sue malferme condizioni di

(47) Il ruolo di Maine nella sociologia spenceriana è spesso minimizzato e anche nella letteratura più attenta è trattato marginalmente, oscurato dalla necessità di un confronto con le altre due 'classiche' teorizzazioni contemporanee, quella durkheimiana e quella tönnesiana, senza che si percepisca che molti dei punti in questione sovente sono, direttamente o indirettamente, di ascendenza mainiana. Se nei *Principles of Sociology* il riferimento esplicito a Maine appare relativamente circoscritto, la schematizzazione di *Ancient Law* è certo presente all'impianto complessivo dell'argomentazione spenceriana. Senza volerne enfatizzare l'influenza su di un pensiero notoriamente ossessionato dal bisogno di affermare la propria originalità è sufficiente rilevare come termini chiave dell'architettura della sociologia del *System*, non trovino riscontro negli scritti spenceriani precedenti il 1861: né in *Social Statics: or the Conditions Essential to Human Happiness Specified and the First of Them Developed* (London, Chapman, 1851 — si confrontino i capitoli della parte II dedicati alla proprietà e, con specifico riferimento al tema del *contract*, il cap. XIII dedicato a *The Right of Exchange*, pp. 146-147), né in importanti saggi apparsi sulla *Westminster Review* come *Progress: Its Law and Cause* (1857) e *The Social Organism* (1860). Pur nella sua sinteticità, il prospetto del *System* prodotto da Spencer nel 1860 per la sottoscrizione dell'opera (ora in HERBERT SPENCER, *An Autobiography*, London, William & Norgate, 1904, vol. II, *Appendix A*, pp. 479-484) costituisce al proposito un eloquente termine di paragone. In aggiunta al costante disonoscimento di influenze altrui, proprio nei confronti dell'autore di *Ancient Law* — ma il riferimento scivola nell'aneddotica — Spencer si era trovato a protestare con veemenza il proprio primato di studioso ("Sir Henry Maine is my junior by two years, and he is in his standing as an author my junior by ten years"), quando nel 1883, liberatosi il posto di membro corrispondente dell'Académie Française tenuto da Maine, promosso a membro ordinario, venne indicato a sostituirlo. Spencer non poteva che rifiutare. Sull'episodio cfr. DAVID DUNCAN, *The Life and Letters of Herbert Spencer*, London, Methuen, 1908, pp. 232-235.

salute (48). Costituiscono quindi l'ultima scrittura di rilievo sistematico da parte di Spencer e rispetto al *System* tengono la posizione ancipite di una necessaria integrazione e di un supplemento *post festum* protratto quasi alla soglia del secolo nuovo.

Nei *Principles of Sociology* Spencer aveva tracciato la contrapposizione tra società basate sulla *militancy* e società basate sulla *industry* — un'idea che percorre tutto l'Ottocento, da Benjamin Constant ai vari positivismi —, declinandola come una contrapposizione tra forme di cooperazione: gerarchicamente coattive e definite da posizioni di *status* le prime, volontariamente stipulate e tendenzialmente orizzontali le seconde. Diversamente che nella tradizione comtiana e saint-simoniana, in Spencer il termine *industrialism* non scioglie una diretta filiazione semantica dalla primitiva accezione di industria come operosità e intrapresa individuali e l'accento non è posto tanto su scienza e organizzazione, quanto su autonomia e spontaneità (49). In questo senso — sintetizza bene Toscano — “l'istituzione della società industriale è l'individuo: e l'individuo dispone di uno strumento proiettivo di se stesso sulla ribalta sociale, il contratto. L'interazione contrattuale costituisce quella rete di bene e di servizi che identifica il tessuto specifico della società industriale” (50).

Nelle *Industrial Institutions* venivano così a convergere due

(48) La preoccupazione di Spencer per il completamento dell'*opus* incise sicuramente sulle peripezie della sua pubblicazione, che avveniva inizialmente per parti. Già sette anni prima Spencer aveva autorizzato il suo collaboratore F. HOWARD COLLINS, che aveva curato gli indici dei volumi fino ad allora pubblicati del *System*, a pubblicare una sorta di sommario generale di quanto pubblicato, che ne riduceva a circa un decimo l'estensione (*An Epitome of the Synthetic Philosophy*, London, William & Norgate, 1889).

(49) Si rilevi al riguardo la consonanza con il § 172 dei *Principles of Ethics* (vol. II, London, William & Norgate, 1892, specialmente p. 432). La declinazione spenceriana della coppia militare-industriale è lucidamente messa a fuoco da PIETRO ROSSI nelle pagine finali del suo *La sociologia positivista e il modello di società organica*, in ANTONIO SANTUCCI (a cura di), *Scienza e filosofia nella cultura positivista*, Milano, Feltrinelli, 1982, pp. 15-38.

(50) MARIO A. TOSCANO, *Malgrado la storia. Per una lettura critica di Herbert Spencer*, Milano, Feltrinelli, 1980, p. 130, ma si considerino tutte le pp. 127-140. Di Spencer Toscano si è occupato anche in un altro bel libro, *Divenire, dover essere. Lessico della sociologia positivista*, Milano, Angeli, 1990, pp. 115-213.

linee di lettura e di elaborazione delle tesi mainiane: “una prima filologica, di discussione puntuale di alcuni aspetti delle indagini dello storico inglese sui rapporti sociali nell’antichità” e una ideologica, secondo cui le acquisizioni di Maine “assumono il carattere di una conferma della filosofia spenceriana dell’evoluzione, del carattere progressivo del passaggio dalla società militare a quella industriale” (51).

Se la lettura spenceriana dell’erosione dei rapporti per Maine originariamente legati alla famiglia dilatava considerevolmente la portata della nozione di *status*, la convergenza nel cogliere il processo emancipativo a favore della libera capacità d’intrapresa degli individui era marcata e si estendeva alla registrazione della continuità e congruenza tra le forme giuridiche che esprimevano la liberalizzazione dei trasferimenti e degli scambi e la formazione di un’offerta di lavoro in tal senso libero: “free labour and contracts are correlative”. Tuttavia proprio sulla questione del rapporto tra contratto e *lavoro* industriale le cose per Spencer si presentano più complicate.

Di fronte ai caratteri dispotici della fabbrica moderna Spencer finiva infatti per ritrovare al cuore della società industriale, nella condizione salariata, un residuo roccioso di *status*. Tutta la costruzione dell’ultima parte delle *Industrial Institutions* è percorsa dall’inquietudine che deriva da un’oscura percezione dell’impossibile coesistenza di salario e contratto e, in ultima istanza, di *salario* e libertà. Se si prendono in esame i §§ 808-839, magari mettendo in sequenza le loro conclusioni, si registra un crescendo che fa da

(51) PIO MARCONI, *E. Durkheim e H.S. Maine*, in “Sociologia del diritto”, IX (1983) 3, p. 50. Va tuttavia aggiunto come il momento ‘sistematico’ tenda di continuo a sopravanzare quello ‘filologico’, assimilandolo in una configurazione che sottrae costitutività categoriale ai processi storici. Anche la riduzione di regolazione coattiva del lavoro, implicita in *from status to contract*, è letta così in una prospettiva sostanzialmente naturalistica, anche se utilitaristicamente trasfigurata in termini di efficienza. In questa prospettiva va letta la critica di alcuni aspetti della tesi patriarcalistica, che in buona parte ripropongono lo stato della discussione contemporanea sulla famiglia, cfr. H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. I, London, William & Norgate, 1896, pp. 674-712, soprattutto i §§ 317-320. Sul punto, ma in una diversa linea interpretativa, cfr. MICHAEL W. TAYLOR, *Men versus the State. Herbert Spencer and Late Victorian Individualism*, Oxford, Clarendon, 1992, pp. 174-176.

contrappunto alla laboriosa celebrazione del momento progressivo e che arriva a incrinare la coerenza tra la descrizione della società industriale e il suo concetto ⁽⁵²⁾.

“The wage-earning factory-hand does, indeed, exemplify entirely free labour, in so far that, making contracts at will and able to break them after short notice, he is free to engage with whomsoever he pleases and where he pleases. But this liberty amounts in practice to little more than the ability to exchange one slavery for another; since, fit only for his particular occupation, he has rarely an opportunity of doing anything more than decide in what mill he will pass the greater part of dreary days. The coercion of circumstances often bears more hardly on him than the coercion of a master does on one in bondage” ⁽⁵³⁾. Spencer si affretta a ricordare che ogni progresso in regime di scarsità ha la sua logica sacrificale e, fintantoché non si determini una reale eccedenza nei mezzi di sussistenza, anche la “commercial competition”, come in passato le guerre, ha la propria, irrimediabile “form of mortality”: i frutti sono per i posteri. Ma anche qui qualcosa scricchiola: proprio la leva della concorrenza, cui la concezione evoluzionistica affida lo sviluppo della differenziazione progressiva, sembra trovare limiti endogeni. La stessa organizzazione d’impresa è vista rispecchiare l’organizzazione del lavoro, irrigidendo e rendendo problematica la relazione tra liberi contraenti: “Directors are allowed to issue prospectuses in which it is said that those take shares will be understood to waive the right to know the contents of certain preliminary agreements, made with promoters — are allowed to ask the public to subscribe while not knowing fully the circumstances of the case. A rational interpretation of legal principles would have negatived this” ⁽⁵⁴⁾. L’insorgenza dello *status* sembra quasi inevitabile e la condizione del lavoro operaio rivela il carattere doppio del presente. La contemporanea società industriale è in realtà una condizione contraddittoria, per metà *industrial*, per metà *militant* ⁽⁵⁵⁾. Spencer la definisce come un

⁽⁵²⁾ H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit., pp. 484-564.

⁽⁵³⁾ H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit., p. 516.

⁽⁵⁴⁾ H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit., p. 525.

⁽⁵⁵⁾ “Judging from their harsh and cruel conduct in the past, it is tolerably certain that employers are now prevented from doing unfair things which they would else do...

passaggio, una transizione, ma sa bene di non potere attribuire un carattere meramente residuale all'industrialismo *imperfetto*, cui la dimensione salariale rimanda ⁽⁵⁶⁾.

Sarà il capitolo sulla cooperazione a portare a sintesi questa traiettoria in pagine dense, incurvate anche stilisticamente, e dove i tempi verbali scivolano frequentemente dall'indicativo al condizionale. Spencer comincia col riprendere in esame i caratteri generali sulle forme di cooperazione per passare ad esaminare i problemi e le tipologie connesse con l'emergente fenomeno delle cooperative, per poi gettarsi, con uno scarto di cui solo dopo ci si rende conto, in una vera e propria evocazione di uno scenario che a suo avviso delinea finalmente uno schema di cooperazione libera (§ 839).

Rispondendo alla domanda "Must we then say that self-governing combinations of workers will never answer?", Spencer si concentra sulla figura del cottimo (*piece-work*). La consolidata diffidenza operaia verso il cottimo non è ignota a Spencer, che anzi la trova in buona parte giustificata. Tuttavia in una situazione in cui gli operai invece che salariati sono operatori e al posto del padrone c'è "an employer master compounded of the workers", le ragioni per tale diffidenza non sussistono più. Spencer inizia così a proporre uno schema di reciproco scambio di prestazioni 'a pezzo', che permette a ciascuno di partecipare secondo le proprie valutazioni all'intrapresa comune, ricavando integralmente, fatta salva la quota condivisa per le spese di conduzione comune, il frutto del proprio lavoro e di operarvi secondo una differenziazione che è non solo dell'intensità delle prestazioni, ma anche della loro tipologia, in una spontanea armonizzazione tra la diversificazione tecnica degli strumenti e dei ruoli e quella delle opzioni ⁽⁵⁷⁾. Gradualmente si realizza

Knowing the powers which unions can exert, masters are led to treat individuals members of them with more respect they would otherwise do: the *status* of the workman is almost necessarily raised", H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit., p. 542.

⁽⁵⁶⁾ "A wage-earner, while he voluntarily agrees to give so many hours work for so much pay, does not, during the performance of his work, act in a purely voluntary way: he is coerced by the consciousness that discharge will follow if he idles, and is sometimes more manifestly coerced by an overlooker", H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III cit., p. 563.

⁽⁵⁷⁾ "Each member is his own master in respect of the work he does; and is subject only to such rules, established by majority of the members, as are needful for maintaining

che tale schema non è solo un'utopia artigianale in cui lavoro e capitale raggiungono piena trasparenza e traducibilità: esso tacitamente si dilata dalla fabbrica a tutta la società, secondo un tracciato in cui si riannodano le fila delle tesi avanzate nei *Principles of Ethics* sull'operare della *law of equal liberty* e gettando un ponte tra etica assoluta e processo evolutivo. La 'cottimizzazione universale' si presenta come uno schema teleologico-normativo che approssima — non casualmente il risvolto antropologico verte sul *character* ⁽⁵⁸⁾ — il nucleo *etico* dell'evoluzione.

Sono tuttavia le conclusioni a presentare nel nostro contesto motivo di particolare interesse. "Otherwise presenting the facts," — scrive Spencer — "and using Sir Henry Maine's terms, we see that the transition from status to contract reaches its limit. So long as the worker remains a wage-earner, the marks of *status* do not wholly disappear... He is temporarily in the position of the slave, and his

order. The transition from compulsory cooperation of militancy to the voluntary cooperation of industrialism is completed", *ibidem*. Sarebbe superficiale tuttavia fermarsi al tratto utopico-lavoristico di queste pagine spenceriane, che sembrano voler validare la caustica definizione di "filosofia da meccanico disoccupato" data da Papini, senza cogliere la stretta connessione sistematica che esse presentano con quella chiave di volta dell'intera costruzione del *System of Synthetic Philosophy* — ma si potrebbe legittimamente dire dell'intero pensiero di Spencer — che è la *law of equal liberty* e con la densa relazione che questa presenta da un lato con tutta una tradizione filosofico-politica, ma anche, a partire da questa, con una l'autorappresentazione della *Common Law Theory*. È un tema su cui anche i migliori tra i lavori più recenti su Spencer (J.D.Y. Peel, M.A. Toscano, D. Miller) si mostrano carenti e per il quale vale ancora come riferimento orientativo un eccezionale saggio giovanile di WILLIAM MAITLAND, *Mr. Spencer's Theory of Society*, in "Mind", VIII (1883), poi ripreso in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. I, Cambridge, Cambridge U.P., 1911, pp. 247-303, per il quale rimando a quanto osservato nella *Introduzione* all'edizione italiana da me curata di *A Historical Sketch of Liberty and Equality as Ideals of English Political Philosophy from the Time of Hobbes to the Time of Coleridge* (*Libertà e uguaglianza nella filosofia politica inglese*, Torino, La Rosa, 1996, pp. vii-xlvi).

⁽⁵⁸⁾ H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit., p. 564. Una rilettura in termini di *character* fin dalle pagine di *Social Statics* della figura dello "straight man" come referente antropologico della *law of equal liberty* risulterebbe a questo proposito proficua. Qualche cenno a Spencer all'interno di una considerazione più ampia è nel terzo capitolo (*The Idea of Character: Private Habits and Public Virtues*) del volume di STEFAN COLLINI, *Public Moralists. Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 91-118.

overlooker stands in the position of a slave-driver... But under such a mode of cooperation as that above contemplated, the system of contract becomes unqualified. Each member with the body of members to perform certain work for a certain sum, and is free from dictation and authoritative classing. *The entire organization is based on contract, and each transaction is based on contract*" (59).

Risulta abbastanza evidente che in tale connessione la figura che il contratto veicola difficilmente coincide con una sua definizione positiva e la curvatura etica che Spencer vi apporta è costitutiva di un'aspettativa in cui difficilmente il giurista può riconoscersi. L'implicazione espansiva che dal lavoro industriale procede alla società come tale rimanda ancora una volta alla *law of equal liberty* come struttura portante di tutto il pensiero spenceriano. L'auspicio, formulato anni prima a ridosso della pubblicazione della prima parte dei *Principles of Ethics*, i *Data of Ethics*, che Spencer "will make over... the law of equal liberty to its true owners, the metapoliticians, the people who should solve ethical and political problems by juristic methods" si era rivelato vano (60).

Le pagine di *Industrial Institutions* mettono a nudo i caratteri della dottrina spenceriana del contratto con una nitidezza che forse nemmeno Durkheim, che tre anni prima ne aveva criticato l'esclusività e l'autosufficienza individualistica nel definire le forme moderne di cooperazione (61), avrebbe potuto prevedere. Se esse lasciano intravedere nel corpo del *System* un'irrequietudine che mal si conforma con l'imbronciata piega conservatrice con cui egli ormai si rapporta al dibattito politico e sociale contemporaneo e che riattualizza in forma rarefatta le antinomie irrisolte del radicalismo degli anni '40, esse mostrano pure il limite insormontabile che la sua rielaborazione della figura del contratto ha in rapporto a Maine. La curvatura etico-sistemica che le dà Spencer in Maine è del tutto

(59) H. SPENCER, *Principles of Sociology*, vol. III, cit. p. 563 (cors. miei).

(60) *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. I, cit., p. 303. Ma è opportuno tenere presente anche il testo della conferenza all'Eranus Club su *The Body Politic*, in *op. cit.*, vol. III, pp. 285-303.

(61) E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Paris, Quadrige-Puf, 1998, pp. 177-209. È il capitolo settimo del I libro su *Solidarité organique et solidarité contractuelle*.

assente e, quali che possano essere le assonanze, esse non colmano lo scarto che separa un'accezione di contratto come proiezione giuridico-sociale di un individuo-istituzione e una nozione che vede l'istituto che disciplina, costituendolo, l'agire giuridico di un soggetto.

Ciò che in realtà è al centro dell'interesse di Maine, è l'affermazione del ruolo sintetico che la generale capacità di impegno contrattuale assume in rapporto all'insieme delle determinazioni che *configurano* giuridicamente quell'*individuo* in cui va riconosciuto il basilare elemento delle società progressive mature. Essa le presuppone e le agisce, ponendosi come forma generale del *legame* sociale. "The old law fixed a man's social position irreversibly at his birth, modern law *allows* him to create it for himself *by convention*" (AL, 304 — *cors. miei*)⁽⁶²⁾. Di questa possibilità generalmente concessa di determinare dinamicamente, attraverso libere pattuizioni, il proprio posto nell'ordine sociale, di questa libertà, civile e borghese, in cui vengono riconosciute le differenze tra presente e passato e tra qui e altrove⁽⁶³⁾, testimonia la *scienza* dell'economia politica, "the

(62) PATRICK SELIM ATIYAH tende a leggere in ciò una registrazione tardiva: "The general picture of England around 1770 and 1800... is that of a society becoming highly atomistic in its social organization. The individual stood or fell alone as the unit of organization. His relationships with his fellow men were increasingly of a bilateral rather than a multilateral nature, increasingly voluntarily chosen rather than imposed upon him. In 1861 Maine gave famous expression to this change by observing that the progress of societies had in general been marked by the movement 'from status to contract'. But it is commonly the case that even the most percipient of men only observe a movement when it has virtually run its course, and Maine failed to observe that during the preceding fifty years many new forms of social, commercial, and legal organization had been coming in existence", *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon, 1979, pp. 259-270. È un giudizio che, per quanto non omologabile alle obiezioni mosse da Graveson, rinvia egualmente ai modi in cui la formula mainiana va compresa. L'ampio lavoro di Atiyah, che costituisce in qualche modo il corrispettivo storiografico dei suoi *Essays on Contract* (Oxford, Clarendon, 1986), tende a registrare, ricorrendo criticamente ai termini impiegati da Dicey di *Age of Individualism* e *Age of Collectivism*, le diverse e contraddittorie attitudini nei confronti del *laissez faire* nella storia della giurisdizione e della legislazione inglesi e individua, pur assumendo come Dicey il 1870 come spartiacque cronologico, anche in precedenza nelle attività delle corti un tendenza, variamente motivata, verso filtri restrittivi nei confronti delle promesse.

(63) Efficacemente PIETRO COSTA parla del "circolo virtuoso fra la libertà del soggetto e il progresso della società che offre il parametro per differenziare il genere

only department of moral inquiry which has made any considerable progress in our day”.

Maine non è rinserrabile nella figura dell'apologeta del *laissez-faire*, che tra malinconia e caricatura l'ultimo Spencer acconsente di personificare. Né d'altra parte la sua convinta, e probabilmente duratura, adesione alle posizioni peelite può essere agevolmente tradotta nei profili che a fine secolo hanno animato i dibattiti sui requisiti sociali del mercato, aprendo la stagione *liberale* del *Welfare State*, per la quale parlare di regolazione e di interventismo statali è del tutto improprio ⁽⁶⁴⁾. Ciò che per lui è importante e progressivamente ineludibile è il costituirsi di un orizzonte generale capace di identificare una fase storica, analogamente a come per il diritto di testare si può parlare di “[a] stage of legal department in which the mere will of the proprietor is permitted *under more or less of restriction* to override the claims of his kindred in blood” (*AL*, 177 — *cors. miei*) ⁽⁶⁵⁾. È all'interno di tale orizzonte generale che forma statale del politico e differenziazione contrattualistico-proprietaria trovano il proprio punto d'equilibrio: l'idea mainiana di codice ha nella propria dimensione progettuale una valenza costituzionale ⁽⁶⁶⁾.

umano a seconda della maggiore o minore vicinanza al culmine del processo evolutivo. L'arcaico, il primitivo, il selvaggio tendono ad assomigliarsi in quanto egualmente distanti dal movimento che ha condotto all'instaurazione della libertà”, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III *La civiltà liberale*, Bari, Laterza, 2001, p. 61 (ma per il nostro contesto si tenga presente tutto il capitolo I, soprattutto pp. 45-65).

⁽⁶⁴⁾ Da questo punto di vista Maine appare più un “Old Liberal writer” che un *individualist*, nell'accezione che questi termini assumono nel dibattito di fine secolo. Cfr. J. ROACH, *Liberalism and Victorian Intelligentsia* cit. e M.W. TAYLOR, *Men versus the State* cit., un testo analiticamente più ricco, ma su Maine non privo di fraintendimenti. Scrive sul punto POLLOCK, forse con eccessiva sicurezza: “It is not clear how far Maine regarded the movement of which he spoke as a phase of the larger political individualism which prevailed in the eighteenth century and great part of the nineteenth, or what he would have thought of the reaction against this doctrine which we are now [1906] witnessing. At all events the questions at issue between publicists of various schools as to the proper limits of the State interference with trade, or of State and municipal enterprise, do not seem to have much to do with simplifying the tenure and transfer of property, nor with removing obsolete personal disabilities” (p. 185 dell'edizione Pollock cit.).

⁽⁶⁵⁾ Il riferimento è alle restrizioni testamentarie poste dal Codice napoleonico.

⁽⁶⁶⁾ Recepisco nel nostro contesto le importanti osservazioni avanzate a proposito del rapporto codici-costituzioni da PAOLO GROSSI nella relazione conclusiva al convegno fiorentino su *Codici: una riflessione di fine millennio* (26-28 ottobre 2000): “Si è parlato

In questo senso non è incidentale che, per dare a *contract* forza argomentativa ed estensione analoghe a quella attribuita a *status*, Maine faccia ricorso al punto di vista della *political economy*. Se forse non è del tutto appropriato parlare di diretta traduzione in termini giuridici del concetto economico di scambio della tradizione smithiana ⁽⁶⁷⁾, certo è che tra economia politica e figura del contratto c'è una profonda solidarietà: le regole di condotta che quest'ultima prende in considerazione si devono infatti presupporre come liberamente assunte dai soggetti che vi si sottopongono, e il criterio della sua scientificità è intrinsecamente connesso con lo strutturarsi su tale base dei rapporti di scambio. La verità dell'economia politica verrebbe meno, "if it were not true that Imperative Law had abandoned the largest of field which it once occupied...The bias indeed of most persons trained in political economy is to consider the general truth on which their science reposes as entitled to become universal, and, when they apply it as an art, their efforts are ordinarily directed to enlarging the province of Contracts and to curtailing that of the Imperative Law, *except in so far as law is necessary to enforce the performance of Contracts*" (AL, 305 — cors. mio). Ne deriva l'immagine di uno scenario su cui neppure a uno strumento duttile come la legislazione è possibile tenere il passo delle dinamiche innovative che si liberano in ogni campo e in cui il diritto sempre meno determina *puntualmente* la vita sociale, per diventare piuttosto il mero involucro ("surface-stratum") per un assemblaggio mobile di *contractual rules* con cui di rado è costretto a interferire, salvo che per "compel compliance with a few fundamental principles" e "punish the violation of good faith" (AL, 306).

Non è necessario leggere in Maine un'adesione piena e senza qualificazioni a questo orientamento, per riconoscere l'eccezionale valore sintomale che viene attribuito ad esso e alle verità ("truths")

del Codice-Costituzione. Verissimo! non v'è infatti dubbio che, quando nacque, il Codice incarnò la autentica Costituzione dello Stato borghese, poiché, avendo le prime 'carte dei diritti' assunto un carattere filosofico-politico, spettò al Codice civile di enunciare le regole giuridiche disciplinanti gli istituti fortemente 'costituzionali' della proprietà individuale e del contratto", *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 119.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. G. GIANNOTTI, *Il concetto di comunità* cit., pp. 533-534. Ma l'obiezione riguarda *in primis* Adam Smith.

connesse all'identificazione della società moderna come reticolo contrattuale. Tuttavia, se prestiamo attenzione al lessico usato in questo contesto, risulta evidente come esso sottolinei un rapporto in qualche modo ambivalente: l'insistenza sulla dimensione 'concessiva' — secondo il principio che "law is imperative or permissive" — che traspare dalla ripetuta incidenza del verbo *to allow* nei passi in cui si parla dello spazio della libertà contrattuale, sembra bilanciare il riconoscimento del carattere qualitativo dell'estensione raggiunta da quest'ultimo, permettendo di perimetrare senso e portata del riferimento a un punto di vista che pare invece ridurre drasticamente il ruolo del giuridico e in genere del normativo. Se la libertà è determinata come assenza di costrizione giuridica, essa è tuttavia l'altra faccia del diritto e come tale trova in esso il proprio fondamento. Non c'è contratto che non comporti obbligazione, non c'è capacità che non si radichi in quella imperatività della legge, che, solo in forza dello sviluppo del sistema che ne riarticola gli spazi, può ora, dopo una lunga storia, apparire meramente liminare. Il riferimento alla legislazione, più che prefigurare i termini dello scontro degli ultimi decenni del XIX secolo sul ruolo e i limiti dell'interferenza statale (68), sembra piuttosto implicitamente rivendicare, anche sotto l'aspetto formale, il consolidamento dell'istanza politica di generalità della legge, secondo una linea che non pare incoerente con l'approccio di Maine alla questione dei rapporti tra codificazione e *statutes* sviluppato in *Roman Law and Legal Education*.

Se integriamo le rapide indicazioni di *Ancient Law* con quanto successivamente Maine scriverà al riguardo, è possibile vedere come ai suoi occhi la *political economy* sia sempre apparsa coinvolta in un ordine di problemi in buona parte analogo a quello che egli aveva

(68) Si pensi ad esempio alla conferenza del 1881 di THOMAS HILL GREEN su *Legislation and freedom of contract*, ora in *Works of T. H. Green* edited by R.L. NETTLESHIP, vol. III, London, Longmans, 1900, pp. 365-386 (su cui cfr. CLAUDIO PALAZZOLO, *Idealismo e liberalismo. La filosofia politica di Th. Hill Green*, Carrara, SEA, 1983, pp. 207-252). Sugli scenari teorico-politici a cavallo del secolo e sulla centralità in essi della figura dello *Stato*, termine in precedenza relativamente estraneo al lessico politico britannico, cfr. JAMES MEADOWCROFT, *Conceptualizing the State. Innovation and Dispute in British Political Thought 1880-1914*, Oxford, Clarendon, 1995 e, sinteticamente, P. COSTA, *Civitas* cit., vol. III, pp. 83-100.

ritrovato alla base della propria insoddisfazione per lo stato in cui versava lo studio scientifico del diritto. L'economia politica — puntualizzerà nella *Rede Lecture* del 1875, in un confronto che l'associa alla benthamiana *science of legislation* ⁽⁶⁹⁾ — “consists of deductions from the assumption that certain motives act on human nature without check or clog”. Nessuno può ragionevolmente dubitare della accuratezza del suo metodo e della rilevanza dei suoi risultati. Sebbene solo i più oltranzisti tra gli economisti si siano spinti ad affermare che le motivazioni di cui la loro scienza dà ragione siano in assoluto quelle maggiormente influenti sulla condotta umana o siano dotate di una tale forza da non trovare ostacoli efficaci, tuttavia essi, considerati nel loro insieme, non rinunciano a vedere in tutto ciò che opera in senso contrario ai loro modelli, null'altro che degli elementi frizionali: “according to the metaphor which they have borrowed from the mechanicians, they throw aside [it] as friction” (V, 232-233). Questa riduzione è ciò che impedisce all'economia politica di comprendere la natura determinata di quegli assunti che essa stessa, nella forma dell'astrazione, adotta e, quindi, di riconoscere il legame con il concreto orizzonte storico-antropologico che li sottende, qualificandoli come elementi di uno *standard* di razionalità fatto poi funzionare come criterio generale di riferimento. In questo modo, l'economia politica non solo stenta a mettere a fuoco, dal proprio punto di vista, la propria complementarietà *in rapporto al diritto* — quella complementarietà che la *jurisprudence* vede, in termini sistematici, nel rapporto tra libertà e legge —, ma neppure riesce a cogliere la stretta relazione tra storia delle forme economiche e storia delle forme giuridiche in cui è implicato il suo stesso costituirsi come disciplina. Maine, nel testo che mostra il suo maggiore coinvolgimento in questa tematica — la sesta *lecture* di *Village-communities in the East and West* su *The Early History of Price and Rent* —, così sintetizza icasticamente: “Everything which has helped to convert society into a collection of individuals from being an assemblage of families, has helped *to add to the truth* of the assertion made in human nature by the Political

⁽⁶⁹⁾ Vale la pena di osservare, forse non troppo incidentalmente, che si tratta di un paragone che si svolge tutto sul terreno del *department of morality*, visto che in termini austiniiani è in questo che la *science of legislation* va collocata.

Economists” (V, 197 — *cors. mio*). La verità da cui parte l’economia politica è appunto la verità di un *prodotto* storico, della cui natura essa è sovente inconsapevole, una verità — potremmo dire — inconsapevole dei propri presupposti ⁽⁷⁰⁾.

(70) La lezione di Maine avrà valore in qualche modo programmatico per economisti come John Kells Ingram, William James Ashley e Thomas Edward Cliffe Leslie, che, nella dissolvenza dell’economia politica ‘classica’, daranno vita alla stagione della cosiddetta *English historical school*. Nonostante una posizione tra loro molto diversa sulla questione del protezionismo, questi autori sono considerati, ad esempio da Schumpeter — ma è opinione contestata —, per molti aspetti vicini all’omonima scuola tedesca facente capo a Gustav Schmoller. Oltre che nella storiografia economica di Ashley, la connessione con Maine è evidente soprattutto nell’opera più tarda ed epistemologicamente impegnata di Leslie. Cfr. STEFAN COLLINI, *Particular Politics: political economy and the historical method*, in S. COLLINI, D. WINCH e J.W. BURROW, *That noble science of politics* cit., pp. 247-276. Leslie (1826-1882), dopo gli studi al Trinity College di Cambridge, aveva ricevuto una formazione giuridica al Middle Temple, dove nel ’57 aveva seguito i corsi di Maine. Ottenuta nel ’53 una *Professorship of jurisprudence and political economy* al Queen’s College di Belfast, orienterà la propria attività verso l’economia applicata e lo studio delle varie forme di proprietà agraria, in particolare della proprietà contadina, procurandosi la stima e l’amicizia di J. Stuart Mill, che lo cita in modo assai positivo nella recensione del ’71 a *Village-Communities* sulla “Fortnightly Review”. L’approccio di Leslie sottolineava “the irrelevance of classical political economy outside a handful of developed economies, because its most fundamental theories were based on premiss of competition, which in backward economies was less important than custom as a determinant of economic relationships”, CLIVE DEWEY, *The rehabilitation of the peasant proprietor in nineteenth century economic thought*, in “History of Political Economy”, I (1973) 6, p. 39. Alla metà degli anni ’70 la sua attenzione si concentrerà sugli aspetti epistemologici e metodologici dell’economia politica, soprattutto negli scritti raccolti in *Essays in Political and Moral Philosophy*, Dublin, Hodges, Foster and Figgs, 1879 (riediti, con silloge in parte differente, come *Essays in Political Economy*, Dublin, Hodges and Figgs, 1882). Come scrisse di lui INGRAM nella nona edizione della *Encyclopedia Britannica* (1882): “What, more than anything else, marks him as an original thinker and gives him a place apart among contemporary economists, is his exposition and defence of the historical method in political economy... It is urged that the attempt to deduce the economic phenomena of a society from the so-called universal principle of ‘the desire of wealth’ is illusory, and that they cannot be fruitfully studied apart from the general social conditions and historic development of which they are the outcome”. EMILE DE LAVELEYE, di cui Leslie introdusse la traduzione inglese del volume sulla proprietà primitiva (*Primitive Property*, London, Macmillan, 1878) e che fu a lungo in contatto con lui, gli dedicò un saggio: *Les tendances nouvelles de l’économie politique en Angleterre — Cliffe Leslie*, in “La Revue des Deux Mondes”, XLIV (1881), pp. 623-646. Una ricostruzione recente è R.D. COLISSON BLACK, *The political economy of Thomas Edward Cliffe Leslie: a reassessment*, in “European Journal of History of

Il ricorso di Maine all'economia politica allo scopo di chiarire la portata di *contract* come secondo polo dello schema progressivo, riconduce ancora una volta allo specifico moderno dell'*individuo*. È dunque necessario fare convergere su quest'ultimo le linee di indagine percorse finora.

5. Imperatività e libertà

Ci aiutano a procedere le obiezioni portate da Dallari allo schema mainiano, in uno scritto che comunque rappresenta uno dei tentativi più impegnati nel discuterlo a fondo ⁽⁷¹⁾. “A volersi esprimere con attinenza alla terminologia adottata da Maine” — scrive Dallari — “pare a noi che il cambiamento giuridico, che avvenne nei riguardi dei *patres*, potrebbesi raccogliere proprio in una formula inversa in quella che lo storico si è forgiata. Si potrebbe rappresentarlo come un passaggio in cui domina presso che sconfinato e indisciplinato il contratto, ad una situazione in cui prevalgono o i dettami imperativi o almeno i freni di una disciplina legale”.

La tesi di Dallari è sostanzialmente la seguente. Prima della promulgazione delle tavole decemvirali — ma in genere prima della promulgazione dei codici —, l'autonomia dei capi dei gruppi fami-

Economic Thought”, 9 (2002) 1, pp. 17-41. Un'influenza mainiana è rintracciabile, fuori dall'*historical school*, anche in un antico allievo di Sidgwick destinato a un grande ruolo nel pensiero economico 'post-classico' come Alfred Marshall, il cui esito istituzionalistico certo risente di una lettura 'storica' dei fattori economici. Cfr. al riguardo MARCO DARDI, *Il giovane Marshall*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 111, che riporta un passo del 1892, dove Marshall afferma di aver avuto nell'insegnamento di Maine il suo primo punto di riferimento.

⁽⁷¹⁾ Specialmente se commisurato a una situazione, rispetto alla quale Vanni poteva affermare della “law of the progress” che “nessun'altra delle dottrine del Maine ha avuto tanta fortuna” ed è stata “accolta senza discussione, ripetuta senza riserve, applicata senza limiti”, *Gli studi di Henry Sumner Maine* cit., p. 79. GINO DALLARI, che di Vanni era stato allievo, torna su Maine all'interno di una ricostruzione critica, ma in fondo curiosa e anche ricettiva, delle istanze 'neocontrattualistiche' della seconda metà del diciannovesimo secolo che troverà espressione nel volume del 1911 (ma le prime versioni risalgono agli inizi del secolo) su *Le nuove dottrine contrattualistiche intorno allo stato di diritto e alla società: saggio critico dei loro fondamenti*, Torino, Bocca, (cfr. su di lui la voce redatta da FRANCO TAMASSIA per il *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. VIII, pp. 21-24).

liari era tale che non si davano vincoli alla loro libera attività contrattuale. “La libertà e la sfera del contratto sono ben vaste”, tanto che è a questa fase dello sviluppo evolutivo che andrebbe propriamente attribuita la definizione di vera e propria fase dominata dal contratto. Ciò che in realtà fa seguito ad essa è solo un lungo processo che verrà a disciplinare e a limitare dall'esterno, in termini sia procedurali sia di contenuto, le primitive relazioni che erano state originariamente garanti della pace tra le famiglie, e che avrà il proprio compimento nella “volontà più ferrea e imperiosa dello Stato” moderno che “ha dunque represso e soppiantato... l'arbitrio dei privati”. Altro non se ne può concludere, se non che “su tale territorio si assiste ad un lento crescere del diritto imperativo da una fonte inizialmente contrattuale” (72).

Ora, questa posizione sembra opporre una vera e propria tesi alternativa alla mainiana “law of progress”. Qui non interessano tanto gli elementi di dissonanza che in Dallari sembrano concorrere ad ostacolarne una lettura *iuxta propria principia* (la concezione organicistica del gruppo politico, l'irrelazione *a priori* di pubblico e privato che accompagna una definizione di *status* sostanzialmente diversa, una differente *lectio* storiografica sui rapporti tra *familia* e *gens*), quanto l'occasione che essa offre, attraverso la precisazione di come per Maine non siano affatto qualificabili come contrattuali le relazioni che si instaurano tra *patres familiae*, di mettere a fuoco le linee attraverso cui emerge l'individuo capace di contratto. La tesi di Dallari non è priva di ambiguità. Essa infatti non arriva a sostenere che la sfera della libertà di contratto è massima *prima* che vi sia unione di più famiglie sotto un unico potere; essa cioè non intende, almeno consapevolmente, porsi come l'ennesima affermazione di uno stato naturale, al cui interno le relazioni tra gruppi indipendenti sono garantite dal reciproco consenso. Essa si limita piuttosto a proiettare su una scena arcaica ciò che Maine chiama “the bias of most persons trained in political economy”, la convinzione cioè che la libertà contrattuale sia massima, quando minima è la legge imperativa, con la differenza specifica però che questo minimo non è orientato a garantire delle transazioni, assicurate dalla consensua-

(72) GINO DALLARI, *Di una legge del progresso giuridico* cit., pp. 53 e 57-58.

lità dei capi dei gruppi familiari, ma solo alla coesione dell'organismo comunitario — in altri termini, al diritto pubblico. Tra questo e le relazioni interne alla famiglia vi sarebbe dunque uno spazio libero, un'amplissima libertà *privata*; è una libertà che vale per i *patres familias* e solo per loro, ma nondimeno è essa che, una volta estesa generalmente, vede fortemente ridotta e disciplinata la propria portata. Dallari, in tutta coerenza, può affermare che, a rigore, lo schema mainiano trova la propria validità progressiva *solo* per i *filii familias*.

In realtà sul punto il testo di *Ancient Law* è esplicito. L'aspetto più importante e più difficile da comprendere delle società arcaiche consiste nel fatto che al loro interno “the individual creates for himself few or no rights, and few or no duties” (*AL*, 311). Su questa base c'è ben poco spazio per il contratto, anche se va riconosciuto che forme molto rudimentali che poi potranno evolvere in esso sono riscontrabili pressoché generalmente; “members of the same family (for so we may interpret the evidence) are *wholly incapable* of contracting each other, and the family is entitled to disregard the engagements by which any one of its subordinate members has attempted to bind it”. Continua Maine: “*Family*, it is true, *may contract with family, chieftain with chieftain*, but the transaction is *one of the same nature*, and encumbered by as many formalities, as the alienation of the property, and the disregard of one iota of the performance is fatal to obligation. The *positive* duty resulting from one man's reliance on the word of another is among the slowest conquests of advancing societies” (*AL*, 312 — *cors. miei*). L'affermazione di una comune natura dei due tipi di transazione riconduce all'orizzonte di *status* un materiale di osservazione che pure può essere considerato come l'arcaico precedente evolutivo di relazioni di natura differente; nei termini di Maine l'attribuzione di una sfera contrattuale, per quanto limitata, ai capifamiglia è dunque inconcepibile, perché inconcepibile è, da un lato, una relazione che si sviluppa in rapporto a un'obbligazione senza una scena che sia in grado di sanzionarla, senza cioè *vinculum juris civilis*, e, dall'altro, una concezione, come indicato in precedenza, meramente sottrattiva del soggetto *libero*, per la quale l'assenza di costrizione è pensabile come un *primum* irrelato al diritto e al potere.

Questo, più che la specifica messa a punto storiografica, è

l'elemento più importante della precisazione mainiana, che rovescia d'anticipo le affermazioni che costituiscono il corollario implicito delle obiezioni di Dallari. Non si tratta solo dell'affermazione di una precisa opzione giuspositivistica, anche se certo si tratta anche di questo; o meglio, questo ne è il complessivo orizzonte problematico. È l'affermazione di come il rapporto che Maine pone tra individuo e contratto, come prima implicazione della collocazione di *contract* nello schema polare, sia tale da coinvolgere entrambi i termini, segnalando la loro *comune* costituzione concettuale. La sua *natura* è pienamente *storica* e né l'immagine di un generale accesso a una specifica capacità — da parte di individui la cui invarianza è *presupposta*, perché pensati tali su di una base naturalistica, né la ricostruzione storica di un particolare istituto, possono nella prospettiva di Maine darne ragione.

Individual non è termine che denoti in sé una specifica appartenenza. In Hobbes compare rarissimamente e pressoché mai come sostantivo, mentre in Locke ha un'incidenza assai limitata, per quanto di rilievo, esclusivamente nelle sezioni del trattato sul *Civil Government* che riferiscono delle condizioni precedenti al patto di società o della sua dissoluzione. Nel lessico giuridico e in quello della filosofia politica difficilmente lo troveremo prima del Settecento inoltrato — ad esempio lo si ritrova cospicuamente in Blackstone —, per rilevarne solo nel diciannovesimo secolo un uso pervasivo e paradigmatico. Anche in *Ancient Law*, dove la sua incidenza in forma sostantivale cresce solo a partire dal capitolo quinto, ci si riferisce ad esso in un'accezione ampia, che è la medesima con cui, come in parte si è visto, in anni immediatamente successivi si parlerà — non senza differenze d'accento nei vari contesti nazionali — di 'individualismo' (73). Ma proprio quest'accezione ampia — penetrata nel corso del dicianno-

(73) Per alcune prime indicazioni in questo senso si veda la prima parte ("The semantic history of 'individualism'") del volume — utile, ma complessivamente debole — di STEVEN LUKES, *Individualism*, Oxford, Blackwell, 1973, pp. 3-42 e la letteratura ivi citata. Tuttavia va tenuto presente che nel mondo anglosassone, ma non esclusivamente, *individualism* è termine che trova originaria definizione fuori da quell'orizzonte proprietario che solo successivamente lo assorbirà pienamente, sia in termini ideologici sia in termini storiografici. Una messa a punto, attenta alle implicazioni genealogiche, del dibattito contemporaneo è nel lavoro, importante, di EMILIO SANTORO, *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell'antropologia liberale*, Pisa, ETS, 1999.

vesimo secolo sia nel linguaggio comune sia in quello delle scienze della società e ormai ‘interna’ alla rappresentazione di sé degli individui moderni — si presenta strettamente connessa al diritto e in particolare alla capacità contrattuale. Maine in questo senso è esemplare. È stato l’insieme delle trasformazioni cui l’*original law* è stata sottoposta, a determinare in una lunga progressione gli spazi in cui è emerso l’individuo capace di contratto: dal diritto di successione al diritto proprietario al diritto contrattuale in senso proprio, l’analisi mainiana riconosce nello sgretolarsi, sotto l’influsso di “changes effected deliberately and from without”, dell’orizzonte di *status* il costituirsi degli ambiti giuridici dall’interno dei quali successive ascrizioni concorrono via via a circoscrivere quel *luogo* che le rappresentazioni del sistema giuridico sostanzieranno come *individuo*, fornendo un generale orizzonte di pensabilità degli esseri umani, alternativo a quello che li aveva sempre considerati a partire dalle loro concrete posizioni e dalle loro specifiche appartenenze. L’individuo in questo senso è un *effetto* del lavoro del codice e dello sviluppo del sistema che su esso si struttura. In esso si evidenzia sinteticamente il carattere *produttivo* dell’imperatività della legge e di quel potere, che, nella propria differenziazione come politico, è riuscito a determinare una stabile relazione nei confronti del giuridico. La differenziazione individualistico-contrattuale del tessuto connettivo sociale ha l’individuo come esito, non come presupposto.

Su questo terreno diventa possibile per Maine riconsiderare il rapporto tra *law* e *morality* in termini nuovi e recuperare in parte quella nozione di progresso *morale* che era stata precedentemente rifiutata nelle pagine dedicate alla cosiddetta “historical theory of Bentham”, in quanto applicazione prospettica del criterio utilitaristico di oggettivazione etica ⁽⁷⁴⁾. Disintegrazione della famiglia e costruzione dell’individuo delineano un quadro storico che coincide con lo specifico processo di *moralizzazione* dell’Occidente: lo svilupparsi del principio di responsabilità individuale e la stretta correlazione tra diritti e doveri perimetrano infatti un’area in cui

⁽⁷⁴⁾ Per un tentativo di messa a punto del tema in una prospettiva di lettura complessivamente divergente da quella qui sostenuta, cfr. K.E. BOCK, *The moral philosophy of Sir Henry Sumner Maine*, in “Journal of History of Ideas”, 37 (1976), pp. 147-154.

diritto e rappresentazioni morali si intrecciano strettamente e dove è indelebile l'impronta del giuridico sull'etico (*AL*, 349).

Per restare in ambito contrattuale, persino il ricorrente luogo comune sulla scarsa moralità dei tempi presenti, se per un aspetto evidenzia “the instinctive reluctance” ad ammettere che criteri morali di comportamento — come buona fede e fiducia nel prossimo — abbiano una propria storia e possiedano ora una diffusione precedentemente affatto impensabile, costituisce per altro aspetto proprio una paradossale registrazione di questa diffusione. Di fronte alle molte perorazioni nostalgiche della presunta moralità del passato, che hanno accompagnato lo sconcerto della pubblica opinione per recenti e spettacolari attività fraudolente, l'analisi storica — argomenta Maine, con toni che anticipano Max Weber — può solo opporre che “the very character of these frauds shows clearly that, before they became possible, the moral obligations of which they are the breach must have been more than proportionately developed” (*AL*, 306). Ciò che un tempo non era nemmeno preso in considerazione, né dal diritto, né dalla morale, lo diviene ora sotto la spinta dell'allargamento del principio di responsabilità, cui un numero crescente di azioni e di comportamenti umani è andato via via sottomettendosi. Se “in the Homeric literature, for instance, the deceitful cunning of Ulysses appears as a virtue of the same rank with the prudence of Nestor, the constancy of Hector, or the gallantry of Achilles” (*AL*, 312-313) e “the only form of dishonesty treated of in the most ancient Roman law is Theft”, i più recenti sviluppi del diritto inglese puntano a rendere punibile l'inadempienza nei rapporti fiduciari: “We should... say that, in the interval between their days and ours, morality has advanced from a very rude to a highly refined conception — from viewing the rights of property as exclusively sacred, to looking upon the rights growing out of the mere unilateral proposal of confidence as entitled to the protection of the penal law” (*AL*, 307). In questa prospettiva, l'avanzamento della moralità può essere risolto nella storia della moralizzazione dei rapporti umani — e innanzi tutto dei rapporti di reciprocità — nel senso proprio della socievolezza, senza che ne venga perduta la concretezza ricorrendo a un'ipotesi *a priori*, con la conseguenza di un inevitabile dualismo tra azioni e loro rappresentazioni intenzionali. Ciò che aveva trovato espressione nella critica della “historical

theory” benthamiana come rifiuto della contiguità *scientifica* tra morale e diritto sembra ora tradursi nell’affermazione della loro contiguità *storica* e nell’indicazione di questa come campo di ricerca.

6. *Proprietà*

È in questa concatenazione che all’interno di *Ancient Law* vanno letti gli sviluppi che fanno seguito alla messa a punto della formula *from status to contract*. La conclusione del quinto capitolo aveva costituito il momento in cui maggiore si era mostrata l’urgenza di generalizzazione e di sintesi. Il prosieguo del testo ne sgrana gli elementi nell’indagine delle pratiche successorie, delle forme di proprietà e delle figure contrattuali, esplorando i percorsi arcaici per comprenderne i profili moderni. Se le prime due articolazioni del testo erano strutturate su di un asse centrale di progressione, questa terza articolazione, corrispondente a poco meno della metà dell’opera, tende a organizzarsi per affondi quasi monografici e trova il proprio registro più nella sincronicità che nella diacronicità. Ripercorrendo nelle sue prime fasi la storia del sistema giuridico dal punto del visto di vista della giuridicizzazione delle norme arcaiche e della loro trasformazione, l’intreccio tra i vari aspetti dell’esperienza giuridica appare nella società arcaica più aderente e viscoso e lo stesso profilo degli *istituti* giuridici si presenta meno netto e precisato.

Si pensi ad un esempio che può ben essere annoverato sul versante dell’innovazione, cioè alla forma plebea di *testamentum*. Il testamento *per aes et libram* affianca il patrizio *testamentum calatis comitiis* e, sostituendolo in modo relativamente rapido a favore di una semplificazione delle forme successorie, “in its remote effects has deeply modified the civilisation of the modern world” (*AL*, 203). Si tratta di uno strumento che, nato a ridosso della contesa tra patrizi e plebei, verrà ad operare in modo generalizzato in forza del suo carattere di *expediency*, assolvendo una rilevante funzione trasformativa nella società romana. Esso porta il segno di un’origine più arcaica, ma questa non va cercata nelle forme successorie precedenti, ma in quelle di trasferimento e alienazione. Che il dispositivo successorio trovasse la propria semplificazione in una pratica che marginalizzava, rovesciandone il profilo esclusivo, l’originaria forma

legata all'ordinamento gentilizio e si risolvesse in un, per quanto peculiare, trasferimento, non recideva per nulla il legame con l'orizzonte dominato dalla *familia*, anzi in qualche misura lo estendeva, dato che segnalava un'universalizzazione dello schema della *patria potestas* in funzione socialmente integrativa. Chi ereditava in questo modo 'acquistava', davanti a cinque testimoni e al *libripens*, la famiglia nella sua interezza, coi suoi diritti e i suoi privilegi, le proprietà e gli schiavi, i doveri e le obbligazioni. Egli era infatti indicato come *emptor familiae*, mostrando come il testamento fosse da intendersi come una vera e propria vendita, dato che era innanzi tutto la famiglia del legatario ad essere data in successione e i beni trasmessi altro non erano che accessori alla condizione domestica. "The key to all its characteristics lies in its descent from the *mancipium*, or ancient Roman conveyance, a proceeding to which we may unhesitatingly assign the parentage of two great institutions without which modern society can scarcely be supposed capable of holding together, the Contract and the Will" (*AL*, 203-204).

All'altezza di ciò che Maine chiama il *compromesso* decemvirale la contiguità tra istituti continua a essere stretta: *mancipium* e *testamentum per aes et libram* sono realtà non isolabili e la loro trattazione in momenti diversi ha comunque qualcosa di convenzionale. Come si è visto a proposito del carattere artificiale della distinzione tra diritto delle persone e delle cose, solo l'incessante rimando a un comune orizzonte ne permette l'indagine e la restituzione storiografica del processo che conduce alle forme note alla ripresa moderna resta inevitabilmente preclusa a chi intenda transitarlo senza rinunciare alla mappa prestabilita della disposizione in cui si riparte il diritto in forme più tarde. La progressione degli ultimi capitoli sembrerebbe dunque corrispondere a un'equilibrata esigenza espositiva e il parallelismo della trattazione non meritare considerazioni aggiuntive. Ma non è esattamente così e nella posizione 'intermedia' attribuita alla trattazione del tema proprietario sembrano intrecciarsi ragioni più sostanziali che vanno dipanate.

Nel capitolo ottavo su *the early history of property* — il più esteso dell'opera — è tangibile più che in altri momenti del testo la difficile consistenza tra *piano* e *scrittura* indicata sopra come caratteristica di *Ancient Law*, non solo per la sovrapposizione di piani argomentativi che vi si determina, ma anche per l'irrompere di

materiali, modalità d'approccio e di prospettive del tutto nuovi o finora solo latenti. L'obiettivo non è tanto quello di deprimere l'immagine proprietaria ereditata secondo lo schema del *dominium ex jure Quiritium*, anche se ad essa in qualche modo verrà tolto il centro della scena ⁽⁷⁵⁾, quanto di recidere la sutura tra questa, con i suoi tratti di assolutezza, esclusività e immunità, e una supposta *originarietà* che le conferisce caratteri di 'naturalità'. Più di altri momenti del diritto romano, la proprietà quiritaria è stata, nella sua configurazione classica e post-classica, il riferimento per le dottrine che, nell'emergere del moderno, hanno scalzato i profili frastagliati e multiformi delle proprietà medievali, costituendola come modello per *la* proprietà. Restituire ad essa dimensione storica vuol dire dunque da un lato *comprendere* i caratteri della proprietà moderna e dall'altro rendere ragione della razionalizzazione giusnaturalistica che di quest'ultima ha contribuito a determinare i profili. Sul terreno della vicenda arcaica della proprietà romana, come pure, anche se in misura minore, in quella della sua 'proiezione' inglese, si giocano per Maine le due facce di un'unica decisiva partita, quella in cui alla prova viene messa la sua interpretazione del mutamento progressivo e quella in cui il ruolo del giusnaturalismo viene compreso senza concessioni alla sua autorappresentazione dottrinale. In gioco sono dunque proprio gli elementi che, fin dal titolo, costituiscono il cuore di *Ancient Law*.

Il capitolo ottavo si apre sulla *occupatio*, uno dei modi in cui il diritto romano considera l'acquisizione di proprietà: "occupancy is the advisedly taking possession of what at the moment is the property of no man, with the view (adds the technical definition) of acquiring property in it for yourself" (*AL*, 245). Essa si riferisce a un elenco abbastanza definito di beni, classificabili appunto come *res nullius*, fra i quali spiccano — "an anomalous, but most formidable

⁽⁷⁵⁾ Non è da dimenticare che Maine rivendicherà sempre di essere un convinto assertore della coincidenza di espansione della civiltà ed espansione della proprietà privata. Come sosterrà nella *Rede Lecture* del 1875, avendo certo in mente le polemiche sulla originarietà della proprietà collettiva, il cui fantasma richiamava, dopo l'insorgenza operaia e comunista della *Commune*, ben altri spettri in giro per l'Europa: "Nobody is at liberty to attack several property and to say at the same time that he values civilisation. The history of two cannot be disentangled" (*V*, 230).

item” — le proprietà catturate al nemico, ma che solo molto tardi, nelle *Pandette*, arriverà ad includere tra queste ultime anche la terra. La quasi universalità della sua pratica ha fatto sì che essa sia stata inclusa già in tempi relativamente remoti nel *jus gentium* per essere successivamente annessa al diritto naturale ed è sotto tale qualificazione che è stata recepita in età moderna, andando a costituire, da un lato, una delle principale fonti del nascente diritto internazionale ⁽⁷⁶⁾ e diventando, dall’altro, la pietra miliare di “a theory of the Origin of the Property, which is at once the popular theory, and the theory which, in one form or another, is acquiesced in by the great majority of speculative jurists” (*AL*, 246). È all’interno di quest’ultima costruzione dottrinale che si delinea la convinzione che “the proceeding implied in Occupancy was identical with the process by which the earth and its fruits, which were at first in common, became the allowed property of individuals” (*AL*, 250) e che trovano costituzione quegli elementi che saranno ricorrenti nel lungo dibattito sulla deduzione dei diritti proprietari, da Locke sino a Spencer. Se di essi Maine insiste nel mettere a fuoco la derivazione dalla tarda produzione giurisprudenziale romana, ciò avviene dunque con un doppio obiettivo: precisare la loro posizione storica significa per un verso aprire la strada a una ricognizione non dottrinalmente ipotizzata delle forme più remote di proprietà e per un altro fare i conti con il ruolo di enorme importanza che quest’immagine della proprietà ha assolto per lo sviluppo del *concetto* di individuo.

Maine fa leva, in verità in modo un po’ capzioso, su di un passo del capitolo *On Property*, con cui si apre il libro dei *Commentaries* di Blackstone “on the Right of Things”, che offre abbastanza chiaramente, anche se senza farne menzione, una riformulazione epigonale dello schema lockiano del *Second Treatise* ⁽⁷⁷⁾. Esso verte

⁽⁷⁶⁾ Il tema della *occupancy* sarà ampiamente ripreso e sviluppato in *International Law*, soprattutto nelle *lectures* settima e undicesima, mostrando una linea di continuità con le problematiche di *Ancient Law* che negli ultimissimi anni sembra persino rafforzarsi.

⁽⁷⁷⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. II, cit., pp. 1-15. Maine è ben consapevole che “many writers more famous than Blackstone for precision of language” (*AL*, 252) hanno prodotto versioni intellettualmente più vigorose della medesima tesi, ma giustifica l’utilizzo di Blackstone in forza del suo rappresentare un ‘punto medio’ delle convinzioni dell’epoca. Si noti comunque l’uso che fa quest’ultimo

sul passaggio dell'umanità da una fase in cui è l'uso a determinare il transitorio 'diritto' possessorio, che, misurato sull'equilibrio perfetto di consumo e bisogno, non contraddice i caratteri del Creato come bene comune dato a *tutti* gli uomini, alla successiva fase in cui si stabilizzano quei diritti perpetui attraverso cui diventa possibile "to appropriate to individuals not the immediate use only, but the very substance of the thing to be used". Maine ha buon gioco nel denunciare il carattere favolistico della tesi di Blackstone (78), ribattezzando come non sia affatto dal mero possesso attribuito a colui che per primo si appropria tramite l'uso di beni privi di un precedente proprietario che si fonda la proprietà, ma che al contrario è proprio questo elemento difettivo a presupporre la categoria giuridica di proprietà privata. Solo quando diritti proprietari sono costituiti da tempo e da tempo hanno ottenuto consacrazione della loro inviolabilità, diventa possibile parlare di possesso in tale modo. La *res nullius*, che *prima facie* sembra parlare di una dimensione senza proprietà, in realtà documenta una lunga fase proprietaria e costituisce il corollario obbligato della persuasione della necessaria universalizzazione della proprietà.

Annota Pollock: "Blackstone's neglect to observe that the de-

del termine 'individual', evocando uno scenario che ben si presta alla critica mainiana: "It is an Individual who, in the picture drawn by Blackstone, is in the occupation of a determined spot of ground for rest, for shade, or the like" (*AL*, 257-258). Per le vicissitudini settecentesche della proprietà lockiana e per i suoi esiti politici e giuridici a cavallo del secolo nuovo obbligato è il rimando a PIETRO COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974 e a HARRY THOMAS DICKINSON, *Liberty and Property. Political Ideology in Eighteenth-Century Britain*, London, Methuen, 1977.

(78) Maine imputa tra l'altro a Blackstone l'incomprensione del reale significato della *occupatio* romana, che traspare a suo avviso dal fraintendimento di questa con la concreta occupazione di uno spazio in una lettura che Pollock ha considerato forzata e poco generosa, cfr. F. POLLOCK, *Note O: Capture, Occupation, Possession* della sua edizione di *Ancient Law* cit., pp. 311-315. La nota di Pollock sottolinea inoltre alcune ambiguità dell'argomentazione mainiana a proposito del diritto di preda, il cui profilo non sembra concedere molto all'appropriazione individuale. È vero che al riguardo il testo non è del tutto chiaro e forse presenta un cortocircuito espressivo, ma anche l'obiezione di Pollock non è così perspicua come sembra a prima vista. In questione infatti sono i caratteri dell'acquisizione proprietaria e sarà la forma della proprietà a definire l'individuo, non viceversa.

tached individual man whom he postulates is a kind of person altogether unknow to archaic institutions is the common and fatal fault... of all individualist theories of society: of Hobbes's, which Locke's was intended to refute, no less than of Blackstone's, which is a slight modification of Locke's" (79). Se alla base dell'asserzione che "every thing ought to have an owner" va rinvenuta non una spontanea inclinazione umana verso l'istituto della proprietà, ma piuttosto la lunga permanenza storica di quest'ultimo, proprio ad essa va riconosciuta la capacità di esprimere, anche se *in forma non ancora scientifica* e attraverso la proiezione in un'ipotetica condizione originaria, lo sviluppo delle relazioni proprietarie, fornendole di una registrazione d'insieme. Per quanto segnati da antistoricità, "it will be observed, that the acts and motives which these theories suppose are acts and motives of Individuals... It is an Individual who, in the picture drawn by Blackstone, 'is in the occupation of a determined spot of ground for rest, for shade, or the like'" (AL, 257-258). Tornerò tra un momento sugli sviluppi di tale approccio.

Importa ora considerare la piega argomentativa che prende il testo. Maine aveva appena ricordato un motto di Savigny che sembrava, fatte salve le ovvie differenze, validare in qualche modo l'immaginaria prestazione narrativa dell'autore dei *Commentaries*: "All property", sosteneva il giurista tedesco, era basata su di un'"Adverse Possession ripened by Prescription" (*cors. mio*). Se tale affermazione, commentava Maine, ha il suo senso proprio solo su di un'accurata base romanistica, l'idea di una presa di possesso non 'derivata' e continuata nel tempo può essere legittimamente applicata ad ogni contesto giuridico, qualora, ripercorrendone all'indietro la storia, ci si arresti alla soglia di emergenza della nozione di diritto proprietario (80). In ciò essa mostra certo il punto debole della

(79) Note O cit., p. 314.

(80) Vale riportare il passo per intero: "His meaning will, however, be indicated with sufficient accuracy if we consider him to assert that, how far so ever we carry our inquiry into the ideas of property received among the Romans, however closely we approach in tracing them to the infancy of law, we can get no farther than a conception of ownership involving the three elements in the canon - Possession, Adverseness of Possession, that is a holding not permissive or subordinate, but exclusive against the world, and Prescription, or a period of time during which the Adverse Possession has uninterruptedly continued. It is exceedingly probable that this maxim might be enun-

versione narrativa dell'origine della proprietà, ma da ultimo esibisce anche il proprio ⁽⁸¹⁾.

Per Maine, se si vuole cercare di profilare le forme arcaiche della proprietà, è inutile insistere sulle fonti romanistiche; proprio la dottrina romana della proprietà, reinterpretata alla luce del *Jus Naturæ*, ha indissolubilmente associato proprietà e individuo, lasciandoci in eredità il convincimento che la sola proprietà individuale sia la regola, relegando la proprietà in comune di gruppi di uomini tra le eccezioni.

Si apre qui una questione che complica *effettivamente* il piano discorsivo del testo. Non si tratta solo di considerare lo stretto legame tra l'istituto proprietario e le relazioni che, all'interno e all'esterno, concernono la famiglia, anche se Maine rileva come “the lessons learned in discussing the Jus Personarum have been forgotten where the Jus Rerum is reached, and Property, Contract, and Delict, have been considered as if no hints concerning their original nature were to be gained from the facts ascertained respecting the original condition of Persons” (*AL*, 258-259). ‘Rigorizzare’ l'indagine sulla proprietà a partire dalla consapevolezza che i processi emancipativi degli individui si svolgono a lungo e non linearmente all'interno di realtà di *status*, non basta. Per quanto costituisca un passaggio fondamentale, resta insufficiente nell'affondo storico e non può che disporsi a ripercorrere senza fine la vicenda trasformativa, cronologicamente spostata in avanti e i cui tempi coincidono

ciated with more generality than was allowed to it by its author, and that no sound or safe conclusion can be looked for from investigations into any system of laws which are pushed farther back than the point at which *these combined ideas constitute the notion of proprietary right*. Meantime, so far from bearing out the popular theory of the origin of property, Savigny's canon is particularly valuable as directing our attention to its weakest point” (*AL*, 291 — *cors. mio*). Maine sembra suggerire una circolare omogeneità dei tre elementi, quasi a indicare come il concetto di proprietà definisca l'orizzonte insormontabile in cui possesso non derivativo (*adverse*) e prescrizione trovano significato. L'affermazione savigniana verrebbe così letta in termini di scomposizione logica del concetto di proprietà, piuttosto che come indicazione di un reale processo genetico, secondo un approccio analogo a quello con cui era stata affrontata la questione della nozione austriana di legge in rapporto ai suoi *ingredients*.

⁽⁸¹⁾ Che nei limiti storici della ricostruzione dommatica di Savigny Maine adombrì il riemergere di un irrisolto legame con il giusnaturalismo, si può più suggerire che affermare.

con la storia positiva del *legal system*. Occorre osare andare oltre, facendo delle acquisizioni ottenute riflettendo sul diritto delle persone il criterio di orientamento per un'indagine positiva.

Si incontra così in *Ancient Law* una sorta di 'inserto' sulle forme di proprietà comune, che, per quanto esiguo per dimensione — sono esattamente dieci pagine, da p. 260 a p. 270 —, sarà di enorme importanza sia per la successiva avventura intellettuale del giurista Maine, sia per i dibattiti in tema di proprietà che impegneranno, fino alla fine del secolo e in forme più mediate anche oltre, la crescente area di intersezione tra diritto ed emergenti scienze sociali⁽⁸²⁾. “*It is more than likely*” — introduce Maine — “that joint-ownership, and not separate ownership, is the really archaic institution, and that the forms which will afford us instruction will be those which are associated with the rights of families and groups of kindred” (*AL*, 259 — *cors. mio*). Per trovare un supporto documentario che permetta a tale affermazione di valicare i caratteri della mera ipotesi è necessario volgere lo sguardo a realtà il cui orizzonte non sia segnato dal *dominium* e che l'appartenenza ad un'area comune come quella indoeuropea permetta di confrontare con ragionevole attendibilità. Le *Village-Communities* fanno così il loro ingresso.

Maine indica due gruppi di situazioni tipo, tra loro omogenee, che sfidano l'immagine di eccezionalità che ha nella tradizione giuridica occidentale la proprietà 'non individuale' e mostrano di convergere, al di là delle differenze, su di una situazione rovesciata rispetto a quella segnata dagli sviluppi del diritto romano. Il primo gruppo è costituito dalle cosiddette 'comunità di villaggio' indiane. Al loro interno le relazioni personali e i diritti proprietari si presentano frammisti e la proprietà, sebbene ogni membro di ogni generazione per nascita detenga un “legal right” a una sua quota e possa virtualmente rivendicarla, resta di fatto nel corso del tempo indivisa.

(82) È una vicenda che ha costituito uno dei capitoli maggiori della cultura europea della seconda metà del secolo e che è stata oggetto di una ricostruzione magistrale da parte di PAOLO GROSSI, che nel suo *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, partendo proprio da Maine (in particolare pp. 43-78) ne ha seguito con curiosità e passione lo svolgersi soprattutto in area francofona (Laveleye, Fustel) e italiana. Nelle pagine di Grossi ben riecheggia la forza sovvertitrice delle tesi mainiane nei confronti della lunga e dottrinalmente consolidata primazia del *dominium*.

La comunità di villaggio si presenta come “an assemblage of joint proprietors, a body of kindred holding a domain in common”, in una dimensione tuttavia sociale e indipendente, dotata di un’auto-noma organizzazione amministrativa e con “a complete staff of functionaries, for internal government, for police, for the administration of justice, and for the apportionment of taxes and public duties” (AL, 260). Il legame di parentela, anche quando non è presente o accertabile, opera come elemento coesivo, tanto più resistente quanto maggiormente è riconosciuta un’unica ascendenza comune, e costituisce l’orizzonte relazionale, definendo una condizione nella quale, previo il consenso degli altri membri, si può entrare, come pure uscire, ma sempre nella pienezza personale dei rapporti e degli obblighi. Quando una famiglia dell’aggregato si estingue, la sua proprietà ritorna nel patrimonio comune del villaggio.

Il secondo gruppo è europeo ed è costituito dai villaggi russi e dell’Europa centro-orientale. Anche nel caso della Russia non ci si trova di fronte ad aggregazioni casuali, né a unioni fondate contrattualmente, ma a strutture sociali dove “the assumption of an agnatic connection between the villagers, in the blending of personal rights with privileges of ownership, and in a variety of spontaneous provisions for internal administration” e che appaiono essere “a nearly exact repetition of the Indian Community”. Rispetto a quest’ultima, essi presentano nondimeno delle differenze. Mentre in India i diritti sono e restano separati e la proprietà resta frammista (“blended”), nel villaggio russo i diritti dei membri sono temporanei e le quote proprietarie rientrano a periodi stabiliti nel fondo comune per essere ridistribuite. Non è l’unica diversità rinvenibile all’interno di esperienze che presentano un conforme profilo. Nelle aree di confine tra impero asburgico e impero ottomano la tipologia varia ulteriormente e nella forma più diffusa i membri del villaggio posseggono e conducono collettivamente la proprietà considerata indivisibile, applicando tra i capifamiglia una rotazione annua della terra e dei lavori.

Pur richiamando a proprio sostegno “a great number of intelligent and observant writers, most of whom had no theory of any sort to support concerning its nature and origin”, le fonti di cui Maine mostra di avvalersi sono relativamente limitate. Esse nondi-

meno meritano qualche attenzione. Per i villaggi indiani egli utilizza la *History of India* di Montstuart Elphinstone, un'opera di buona diffusione, che, per scrupolosità e impianto metodico, aveva costituito al suo apparire un'alternativa alla *History* di James Mill, unendo competenze storico-filologiche a una sensibilità che derivava da un'osservazione diretta e simpatetica del mondo indiano ⁽⁸³⁾. Ingredienti analoghi erano presenti, con una più marcata inclinazione a documentare la realtà contemporanea, nei lavori degli autori richiamati per l'Europa orientale e la Russia. Sia il *Freiherr* Haxthausen ⁽⁸⁴⁾, sia il consigliere Tegoborski ⁽⁸⁵⁾ costruiscono le

⁽⁸³⁾ MONTSTUART ELPHINSTONE, *History of India*, London, Murray, 1841 in due volumi (ne esiste una prosecuzione postuma curata da SIR EDWARD COLEBROOKE, *The Rise of the British Power in the East*, London, Murray, 1887). M. Elphinstone (1779-1859) non era quello che può essere definito uno storico accademico. Funzionario della East India Company, era stato attivo sul campo dal 1795 al 1827, lavorando a stretto contatto con i poteri locali, fino a diventare, dal '19 al '27, *Governor* di Bombay. Con Thomas Munro, *Governor* di Madras negli stessi anni, con Charles Metcalfe, che operava come autorità politica nei territori settentrionali, e con John Malcom, che gli succedette a Bombay, incarnò la posizione di coloro che intendevano correggere l'approccio anglicizzante di Lord Cornwallis in un'ottica di conservazione delle istituzioni native e di promozione di una classe dirigente autoctona. Gli fu proposta due volte la General Governorship per l'India, che rifiutò per dedicarsi alla stesura della sua *History of India*. Questa "porta chiaramente il segno di un atteggiamento di complessivo rispetto e favore per le tradizioni indiane, tanto indù quanto musulmane... Attraverso un accurato studio della società indù al tempo del *Codice di Manu*, della cronologia, della letteratura, della filosofia e delle arti indù, Elphinstone pervenne a conclusioni diametralmente opposte a quelle di Charles Grant e James Mill: tutta la sua trattazione non solo della storia, ma anche dei vari aspetti sociali e culturali dell'India musulmana, rivela un rispetto per la tradizione, una sensibilità per tutto ciò che è frutto di lunghi processi storici, una ostilità per i progetti razionali di rapida innovazione e una fondamentale simpatia per la civiltà indiana", G. ABATTISTA, *James Mill e il problema indiano* cit., p. 198. Maine non avrà più occasione di riferirsi a Elphinstone negli anni successivi alla *propria* esperienza indiana e sarebbe più che forzato leggere nel suo utilizzo in *Ancient Law* l'indizio di una particolare consonanza. Nell'indicazione della difformità dei villaggi delle regioni meridionali dell'India, "which appear to have sprung not from one but from two or more families; and... some whose composition is known to be entirely artificial" (*AL*, 263), Maine anni più tardi leggerà il presupposto di una diffusa piccola proprietà contadina, nella cui costruzione è intervenuto direttamente e felicemente lo strumento legislativo (*VC*, 105-106).

⁽⁸⁴⁾ AUGUST VON HAXTHAUSEN (1792-1866) aveva attivamente partecipato alla guerra di liberazione antinapoleonica e il suo interesse per i problemi agrari si sviluppò

loro ricerche in modo composito, mettendo assieme osservazione diretta e generalizzazione storica, resoconto di viaggio e indagine statistica e anch'essi non hanno interessi antichistici specifici.

Maine costruisce la propria tesi esattamente al punto di incrocio dei loro resoconti. Se da Elphinstone gli viene confermata la convinzione della "immense antiquity" delle comunità di villaggio, del loro carattere di "the least destructible institution of a society which never willingly surrenders any one of its usages to innovation" (AL, 260), dalle descrizioni del mondo slavo trae la convalida del carattere *generalizzato*, almeno nell'area indoeuropea, del radicamento ancora vitale di forme collettive e condizionali di proprietà. Il suo dunque è un attraversamento mirato, coerente con lo scopo che si è prefissato, e non sembra testimoniare alcun particolare coinvolgimento nei dibattiti che erano allora all'ordine del giorno sia in Gran Bretagna, dove il tema della proprietà della terra era caldo sia sul

all'interno di una concezione di restaurazione cetuale che nella nobiltà vedeva un ruolo tutelare nei confronti delle popolazioni contadine. Dopo il suo primo lavoro (*Über die Agrarverfassung in den Fürstentümern Paderborn und Convey*, Berlin, Reimer, 1829), fu incaricato di redigere un'indagine sulla situazione in Prussia in vista di un nuovo codice. Ne risultò un'opera, *Die ländlichen Verfassung in den einzelnen Provinzen der Preussischen Monarchie*, Königsberg, Bornträger, 1839, che a sua volta indusse il governo russo a commissionargli un'indagine analoga. Le *Studien über die inneren Zustände, das Volksleben und insbesondere die ländlichen Einrichtungen Rußlands*, Berlin, Behr, 1847-1852, frutto della permanenza di Haxthausen in Russia, furono un successo internazionale e furono tradotte sia in francese, sia in inglese (*The Russian Empire; its people, institutions and resources*, London, Chapman & Hall, 1856). Analoga diffusione ebbero i suoi vari resoconti di viaggio nel Caucaso. Haxthausen, cui ENGELS attribuisce in una nota dell'edizione inglese del 1888 del *Manifesto* la scoperta in Russia della proprietà comune della terra, influenzò durevolmente l'immagine del *mir* (o *obščjna*) rivendicata da Herzen e da Černyševskij e, per loro tramite, da intere generazioni di slavofili e di populisti, che ne fecero il perno dottrinale per la rivoluzione russa. Di questo rovesciamento prospettico delle tesi di Haxthausen, che al villaggio russo guardava come a un baluardo contro il disordine cittadino e operaio del '48 europeo, parla diffusamente DIETER GROH nel quinto capitolo del suo importante libro su *Russland und Selbstverständnis Europas* (Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1961).

(⁸⁵) Consigliere privato e membro del consiglio imperiale, il polacco LUDWIG TEGOBORSKI (1792-1857) fu autore di ricerche economiche e di importanti indagini statistiche sulla società russa. La sua presenza nel mondo anglosassone è legata soprattutto alla traduzione dei *Commentaries on the productive forces of Russia* (London, Longman, 1855-56, in due volumi — l'originale era apparso in francese a partire dal '52) e ai suoi interventi sugli effetti internazionali della scoperta dell'oro in California.

versante nazionale, sia su quello coloniale ⁽⁸⁶⁾, sia nell'Europa continentale, soprattutto nell'area tedesca, dove un autore come Georg Ludwig von Maurer stava trasformando in canone storico-costituzionale la sensibilità romantica verso il mondo rurale, espressa una generazione prima da Justus Möser ⁽⁸⁷⁾.

Né le sue sono conclusioni che è il solo a trarre in quegli anni. Con maggiore radicalità, ma attraversando più o meno gli stessi materiali, Karl Marx aveva scritto due anni prima in una nota del primo capitolo di *Zur Kritik der Politischen Ökonomie* (1859): "Es ist ein lächerliches Vorurteil, in neuester Zeit verbreiten, daß die Form des naturwüchsigen Gemeineigentums spezifisch slawisch oder gar ausschließlich russische Form sei. Sie ist die Urform, die wir bei Römern, Germanen, Kelten nachweisen können, von der aber eine Ganze Musterkarte mit mannigfaltigen Proben sich noch immer, wenn auch zum Teil ruinenweisen, bei den Inden vorfindet. Ein genaueres Studium der asiatischen, speziell der indischen, Ge-

⁽⁸⁶⁾ Un eccellente quadro ricostruttivo che percorre tutto il secolo è in CLIVE DEWEY, *Images of the Village Community: A Study in Anglo-Indian Ideology*, in "Modern Asian Studies", 6 (1972) 3, pp. 291-328. L'estraneità di *Ancient Law* a tale contesto è ben sottolineata da John Burrow, che lo confronta contrastivamente sia con Freeman, sia con le posizioni anglo-indiane di T. Munro e di J. Malcom, cfr. J.W. BURROW, 'The Village Community' and the Uses of History in Late Nineteenth-Century England, in NEIL MCKENDRICK (ed.), *Historical Perspectives. Studies in English Thought and Society in honour of J. H. Plumb*, London, Europa Publications, 1974, pp. 255-284 (sul punto, pp. 271-273). Un discorso a parte meriterebbe il saggio di LOUIS DUMONT, *The 'Village Community' from Munro to Maine*, in "Contributions to Indian Sociology", no. 9 (1966), 67-89, il cui ragguaglio analitico delle pagine di *Ancient Law* è comunque forzato e fuorviante. Più generalmente, Dumont fornisce di Maine, verso cui è complessivamente ben più debitore di quanto riconosca, un'immagine scorciata in funzione dell'opposizione gerarchia/eguaglianza su cui elabora il concetto di casta (cfr. *Homo Hierarchicus, Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, 1966). La costruzione ideologica di Dumont svolge un ruolo importante, e forse non sufficientemente percepito, nell'impianto teorico con cui in anni recenti autori come Pierre Rosanvallon hanno affrontato la modernità politica e la storia costituzionale.

⁽⁸⁷⁾ Solo negli anni '70, discutendo le tesi di von Maurer e di Erwin Nasse (VC, rispettivamente 77-82 e 168-169), Maine mostrerà un'effettiva conoscenza dei risultati della produzione storiografica tedesca, di cui fornirà un dettagliato elenco (*Recent German Works bearing on the subject of the Lectures on Village-Communities*, in VC, 398).

meineigentumsformen würde nachweisen, wie aus der verschiedenen Formen des naturwüchsigen Gemeineigentums sich verschiedene Formen seiner Auflösung ergeben. So lassen sich z.B. die verschiedenen Originaltypen von römischer und germanischen Privateigentum aus verschiedenen Formen von indischem Gemeineigentum ableiten“ (88).

La definizione mainiana dell'antecedenza della proprietà comune non presenta dunque elementi di originalità assoluta. Essa va letta nella connessione specifica di *Ancient Law* e in questa trova la forza d'impatto che la cultura giuridica registrerà nel corso del decennio successivo e che la pubblicazione nel '71 della prima edizione di *Village-Communities in the East and West* consoliderà ed espanderà. Nel capitolo ottavo essa si presenta, come riprenderemo più avanti, strettamente legata al peculiare confronto con il diritto naturale. Ciò che a Maine sta più a cuore è il ritrovamento positivo di uno scenario sintonico con quanto delineato nel capitolo quinto. Esso opera come elemento dirimente e gli permette di non indugiare in un esame più approfondito. Significativamente espressioni come proprietà comune, proprietà in comune e relazioni di condominio si

(88) *Marx-Engels Werke*, Bd. 13, Berlin, Dietz Verlag, 1961, p. 21. Ma si confronti anche questo passo della *Einleitung* dell'agosto del '57: "Lächerlich aber ist es, hiervon einen Sprung auf eine bestimmte Form des Eigentums, zu machen. (Was dazu noch eine gegensätzliche Form, die Nichteigentum ebensowohl als Bedingung unterstelle). Die Geschichte zeigt vielmehr Gemeineigentum (z.B. bei den Indern, Slawen, alten Kelten etc.) als die ursprünglichere Form, eine Form, die unter der Gestalt des Gemeinideeigentums noch lange eine bedeutende Rolle spielt" (*MEW*, Bd. 42, cit., 1983, p. 23). Ciò sta probabilmente alla base del fatto che non vi sia riscontro di *Ancient Law* nella sterminata letteratura utilizzata da Marx, come anche sembra indicare a distanza di decenni il mordace, ma ambivalente giudizio di FRIEDERICH ENGELS nel secondo capitolo di *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (1884): "Indem sie alle Dinge in Waren verwandelte, löste sie alle überkommenen, altherkömmlichen Verhältnisse auf, setze an die Stelle der ererbten Sitte, des historischen Rechts, den Kauf und Verkauf, den "freien" Vertrag; wie denn der englische Jurist H.S. Maine glaubte eine ungeheure Entdeckung gemacht zu haben, als er sagte, unser ganzer Fortschritt gegen frühere Epochen bestehe darin, daß wir gekommen seien from status to contract, von erblich überkommenen zu freiwillig kontrahierten Zuständen, was freilich schon im "Kommunistischen Manifest" stand, soweit es richtig ist" (*MEW*, Bd. 21, cit., 1962, p. 80).

pongono come equivalenti, trovando un ruolo unitario nella loro opposizione al *dominium* della maturità del diritto romano ⁽⁸⁹⁾.

In ogni caso, a partire dalle pagine sulla proprietà comune si aprono delle complicazioni non di poco conto per il piano generale di sviluppo del testo.

La prima riguarda lo schema della rappresentazione storica e Maine non ha esitazioni a registrarla. Il punto di focalizzazione era stato finora la transizione storica dalla famiglia all'individuo, anche se l'espandersi delle relazioni familiari in relazioni gentilizie non era mai stato dimenticato. Ora però se ne impone una precisazione. "Though the evidence does not warrant our going so far as this, it renders less presumptuous the conjecture that private property, in the shape in which we know it, was chiefly formed by the gradual disentanglement of the separate rights of individuals from the blended rights of a community. Our studies in the Law of Persons seemed to show us the Family expanding into the Agnatic group of kinsmen, then the Agnatic group dissolving into separate households; lastly the household supplanted by the individual; and it is now suggested that each step in the change corresponds to an analogous alteration in the nature of Ownership" (*AL*, 269-270). Ma

⁽⁸⁹⁾ Proprio sulla base della profonda diversità tra le varie forme proprietarie (e possessorie!) non direttamente riconducibili alle categorie 'quiritarie' Marx criticherà duramente i successivi sviluppi della ricerca di Maine negli appunti di lettura delle *Lectures on the Early History of Institutions* stesi tra il 1880 e il 1882, all'interno di una ricognizione che, oltre che su Maine, si concentra su *Ancient Society* di MORGAN, su *The Aryan Village* di JOHN BUDD PHEAR e su *The Origin of Civilisation* di JOHN LUBBOCK, e che saranno pubblicati solo nel 1972 da LAWRENCE KRADER come *The Ethnological Notebooks of Karl Marx*, Assen, Van Gorcum (su Maine pp. 285-336). Gli appunti marxiani su Maine presentano, anche per configurazione, un carattere diverso di quelli sugli altri autori in considerazione e discutono serratamente tutto l'arco del testo mainiano, dalle parti dedicate al diritto dei *Bretons* irlandesi alle famose *lectures* su sovranità e sovranità e impero. Le note di Marx presentano elementi importanti, che sembrano decisamente poco consoni al quadro interpretativo fornito da Krader, preoccupato più che altro — qui come in altri interventi — di officiare nel tempio della religione delle forze produttive. Della letteratura su questi quaderni marxiani poca si concentra sugli appunti su Maine, con l'eccezione di qualche felice indicazione di NICOLA BADALONI nel suo *Marx e la formazione dell'individuo sociale* (in AA.VV., *Problemi teorici del marxismo*, Roma, Critica Marxista-Editori Riuniti, 1976, pp. 61-103). Non potendolo fare ora, spero di tornare presto su questo tema.

tale corrispondenza male si distribuisce sull'asse diacronico e si protende fuori dal solo registro proprietario, esibendo un doppio movimento, dapprima espansivo, poi contrattivo, attraverso cui ricompare sotto una luce più algida la questione del rapporto tra *familia* e *gens*, che non per caso diventerà oggetto di discussioni infinite al cuore delle quali, più che la veridicità storica, sarà un'opzione tra differenti immaginari del legame sociale.

Lo stesso Maine ne sembra, se non del tutto consapevole, almeno presago. Proprio sul tema di ciò che tra gli umani fa legame si concludono le pagine sulle *village-communities*, in modo problematico, che ritorna 'a rovescio' sul *mistero* dell'originario del potere patriarcale, interrogandosi su di *che cosa* esso sia fatto. "If it be true that far the most important passage in the history of Private Property is its gradual elimination from the co-ownership of kinsmen, then the great point of inquiry is identical with that which lies on the threshold of all historical law — what were the motives which originally prompted men to hold together in the family union. To such a question, Jurisprudence, unassisted by other sciences, is not competent to give a reply. The fact can only be noted" (AL, 270).

Ma c'è anche una seconda complicazione, che va riconosciuta nell'uso stesso di fonti contemporanee *a supporto* di una ricostruzione di tempi che, dal punto di vista della storia giuridica, costituiscono una sorta d'area di battaglia tra preistoria e storia. Che Maine riconosca il problema traspare anche da una scrittura che nella stessa scelta dei termini sembra farsene carico, quasi a circoscriverlo epistemologicamente. "The *tokens* of an extreme antiquity are discoverable in almost every single feature of the Indian Village Communities. We have so many independent reasons for *suspecting* that the infancy of law is distinguished by the prevalence of co-ownership by the intermixture of personal with proprietary rights" (AL, 265 — *cors. miei*). Con un atteggiamento che manterrà sempre, Maine non fa concessioni alle concezioni che tendono a scivolare nell'equiparazione 'antropologica' di primitivo e non civilizzato e in cui vede una riedizione 'scientifica' del mito del buon selvaggio. La connessione che egli instaura non solo ha carattere giuridico, ma è di natura indiziaria e si rapporta alla durata o, se si vuole, alla sopravvivenza. I mondi umani di cui ci parlano i villaggi indiani e russi non sono una sorta di *Jurassic Park*, anche se a volte, come nel 1857,

quando in India scoppia, del tutto impreveduta agli occhi degli Inglesi, la rivolta dei *Sepoys*, ne hanno avuto l'aspetto inquietante e incomprendibile⁽⁹⁰⁾, e Maine non ne arrischia mai un'immagine caricaturale, à la *James Mill*.

È ragionevole sostenere che al *giurista* Maine non sfugga che queste realtà, se rimandano a un arcaico *prima* dei sistemi giuridici, testimoniano pure di un contemporaneo *altro* dai sistemi giuridici. Tale contemporaneità non è mera cronologia e non si risolve nella differenza tra tempi *storici* e tempi *cronologici*; si sostanzia al contrario delle relazioni che queste realtà intrattengono con il dispiegarsi di una giurisdizione e di una legislazione, la cui prima caratterizzazione è l'alterità. Forse non è casuale che in queste pagine *customary law* o *custom* siano termini che non ricorrono mai. Essi sono diventati un problema e un problema nuovo. Non che le relazioni rinvenute all'interno delle *village-communities* non siano coerenti con il quadro delineato a proposito della fase precedente l'emergenza dei codici; egualmente confermato risulta il ragionamento sulla deriva degenerativa del *custom* come patologia ostruttiva che, contro ogni svolgimento progressivo, lascia spazio solo a un accumulo materiale sempre precario. La sfasatura che incrinava il parallelismo apparente di codice romano e 'codici' orientali si ripropone a quest'altezza in termini accresciuti, ma in parte anche modificati.

I riferimenti nel testo al fallimento dei ripetuti tentativi da parte dell'amministrazione anglo-indiana di separare relazioni personali e

⁽⁹⁰⁾ Maine cercherà di fornirne una spiegazione sulla base della propria interpretazione del *custom*, riprendendo ed espandendo le osservazioni sull'irrigidimento 'rituale' delle norme nella perdita della loro efficacia funzionale, nel suo tardo saggio sull'*India* nel primo volume di THOMAS HUMPHRY WARD, ed., *The Reign of Queen Victoria. A Survey of Fifty Years of Progress*, London, Smith, Elder & Co., 1887, pp. 460-528 (sul punto cfr. pp. 471-482). Sull'*impossibilità* dello sguardo coloniale di leggere le rivolte contadine, cfr. il pionieristico volume di RANAJIT GUHA, *Elementary Aspects of Peasant Insurgency in Colonial India*, New Delhi, Oxford U.P., 1983 (che a Maine fa riferimento per discuterne in contesto la nozione di territorialità, cfr. pp. 279-280) e in genere il lavoro degli storici attorno alla rivista "Subaltern Studies", su cui cfr. la rassegna di SANDRO MEZZADRA, *Immagini della cittadinanza nella crisi dell'antropologia politica moderna. Gli studi post-coloniali*, in RAFFAELLA GHERARDI (a cura di), *Politica, consenso, legittimazione* cit., pp. 85-100.

diritti proprietari (*AL*, 250), da una parte, e, dall'altra, la supposizione dell'introduzione della servitù della gleba in Russia per impedire una diserzione di massa dall'ordine tradizionale delle campagne (*AL*, 266), sono in questo senso sintomatici. Essi parlano, oltre che della persistenza e della fragilità delle comunità, anche del loro difficile assoggettamento a concreti dispositivi di governo e di strategie in cui potere e conoscenza si intrecciano indissolubilmente. Che in India la questione della natura degli insediamenti contadini e la necessità di un accertamento presuntivo dei diritti di proprietà si siano poste innanzitutto in funzione delle politiche di esazione fiscale, è cosa che poco ha bisogno di essere enfatizzata ⁽⁹¹⁾. Tutta l'amministrazione inglese in India ha dovuto fare i conti con essa, sia in termini giurisdizionali, sia in termini legislativi, coinvolgendo in ciò anche la costruzione dei canoni conoscitivi con cui gli studiosi anglo-indiani hanno cercato di capire la società o, meglio, le società del subcontinente asiatico. Il dualismo cui rimanda la condizione delle comunità di villaggio, che lo si sia inteso come colmabile o come eliminabile, ridefinisce *comunque* la posizione del *custom*. L'osservazione, riproposta più volte da Maine dopo il suo ritorno dall'India, che là ogni funzionario britannico è costretto a regolare il proprio orologio su di una doppia longitudine, ha anche un risvolto teorico. Nel ridefinire la questione del *custom* ridefinisce anche l'immagine della maturità del sistema giuridico a partire dal risvolto imperiale della forma politica.

Nel capitolo ottavo di *Ancient Law* Maine riprende il filo dell'esposizione, dopo le pagine sulla proprietà comune, ricordando le relazioni di reciproca indipendenza che le comunità arcaiche, come pure le loro sopravvivenze contemporanee, intrattengono tra loro, e sottolineandone la corrispondenza con le relazioni internazionali fra Stati sovrani. Ma la relazione che questi ultimi intrattengono con le seconde pone problemi sostanziali che nessun formal-

⁽⁹¹⁾ Analoghe considerazioni valgono anche per la Russia, dove già negli anni '50, prima cioè della riforma, le maggiori obiezioni all'interpretazione slavofila del villaggio contadino venivano dalla cosiddetta 'Scuola Statale', il cui maggiore esponente era il filosofo e giurista Nikolaj B. Cicerin, che, rovesciandone l'impostazione, faceva leva proprio sul ruolo costitutivo della responsabilità fiscale nel determinarne il carattere comunitario.

smo può aggirare e che non trovano risposte in quanto, da Adam Smith a Cornwall Lewis, era stato elaborato a proposito delle *dependencies*. Dopo lo scioglimento nel 1858 della East Indian Company la necessità di determinare un quadro di riferimento *scientifico* per l'amministrazione della giustizia e per la produzione normativa nel governo *diretto* dell'Impero si sommerà a quella pratica della gestione di un territorio immenso e composito, assorbendo le forze migliori dell'intelligenza giuridica britannica, con effetti non marginali sull'impegno per la riforma in Inghilterra. *From Status to contract* assume nell'Impero un significato diverso e così la considerazione delle sue *agencies*, di cui la sequenza per Maine si riordina, per quanto problematicamente, a partire dalla *legislation* ⁽⁹²⁾.

È lungo queste linee problematiche che, 'dopo' *Ancient Law*, quando Maine andrà in India, le complicazioni poste dall'inserito sulle comunità di villaggio al progetto teorico di Maine si faranno sentire, ridisegnandone il profilo e in un certo senso facendolo esplodere. Ma, per quanto i vari elementi del quadro disegnato nel '61 non ritroveranno più una reale sintesi, sovradeterminati da derive disciplinari che ne renderanno più opaco il nesso con la *jurisprudence* — Cocks parla asciuttamente, ma non senza argomenti, di "decline of a Jurist" —, il filo della centralità teorica attribuita alla nozione di sistema giuridico resterà saldo e mostrerà proprio sul versante ora indicato la sua continuità. Se Maine tuttavia terrà nell'insieme ferme le posizioni assunte in *Ancient Law*, disper-

⁽⁹²⁾ Si considerino attentamente in questo senso il discorso di Maine del 16 dicembre 1866 al *Council of the Governor General* a Calcutta e la minuta connessa, ripresi in SIR M.E. GRANT DUFF, *Henry Maine. A Brief Memory* cit., pp. 227-247, oltre che la minuta posta in appendice alla 3^a edizione di *Village-Communities in the East and West* (VC, 387-397), che orientano anche nelle diverse e contrapposte 'tradizioni' che nella seconda metà del secolo a Maine si richiameranno nell'amministrazione anglo-indiana (su cui CLIVE DEWEY, *The influence of Sir Henry Maine on agricultural policy in India*, in ALAN DIAMOND, ed., *The Victorian achievement of Sir Maine. A centennial reappraisal*, Cambridge, Cambridge U.P., 1991, pp. 353-375). Sull'immagine 'imperiale' in Maine, ma in prospettiva culturale, qualche fertile indicazione è in CHRISTOPHE HUTTON, *Race And Language, Ties of 'Blood And Speech', Fictive Identity And Empire in The Writings Of Henry Maine And Edward Freeman*, in "Interventions", 2 (1) 2000, pp. 53-72.

dendone piuttosto lo sviluppo in specifiche ricerche e comparazioni storiche, sulla questione del *legal system* la sua produzione presenterà ancora tratti di effettiva innovazione, ad esempio quando ne riconsidererà la logica centripeta in rapporto al diritto internazionale, optando per la soluzione americana di ricezione giuridica delle regole di moralità internazionale, piuttosto che per la soluzione inglese di rideterminazione legislativa⁽⁹³⁾. Anche su questo piano, solo apparentemente lontano, le complicazioni del progetto iniziale si erano fatte sentire.

7. “*The great antagonist of the Historical Method*”

La convinzione che il diritto naturale sia una costante della storia intellettuale dell’Occidente accompagna l’insieme della riflessione mainiana fin da *The Conception of Sovereignty*. Nel testo del ’61, tuttavia, se il *jus naturæ* dei giureconsulti romani riceve una trattazione sintetica, ma nell’insieme capace di delinearne un profilo relativamente nitido in rapporto allo sviluppo del sistema, il tema del giusnaturalismo post-classico non sempre risulta chiaramente precisato e non permette di individuare *nella sola ricostruzione storiografica* un filo unitario in grado di riconnetterne i vari momenti.

Il piano di *Ancient Law* assegna alla “Modern History of the Law of Nature” — come recita il titolo del capitolo quarto — la posizione ben determinata di un secondo blocco argomentativo, con l’esplicita funzione di integrare la parte dedicata alla rappresentazione storica generale raccordandola agli sviluppi testuali successivi. Queste pagine tuttavia offrono uno svolgimento abbastanza peculiare, che lascia irrisolto il profilo d’insieme, e sollecitano alcune precisazioni ulteriori. Ripercorrerle brevemente non è inutile.

L’organizzazione del capitolo quarto lascia intravedere una struttura composita e non priva di cesure brusche. Punto d’avvio è la messa a fuoco del rapporto tra diritto naturale e temporalità, in cui trovano sviluppo le osservazioni del capitolo precedente su *jus naturæ* e *æquitas*. La forma antica di diritto naturale — cioè il *jus naturæ*, come si è formato dall’incrocio di filosofia greca e esperienza

⁽⁹³⁾ Cfr. *IL*, 26-53.

giuridica romana all'interno di quest'ultima; in questo senso per Maine "the theory of Natural Law is exclusively Roman (*AL*, 339) —, si caratterizza per l'aver sempre mantenuto una dimensione temporale sostanzialmente ambivalente, dove passato e presente si confondono. Si può affermare che essa, pur collocando in un passato originario la condizione regolata dalla legge di natura, sia letta nell'insieme come rivolta al presente ed è nel presente che si punta a ritrovare gli indizi di una permanenza, che, anche se latente, continua a vivere tra l'accumulo di istituzioni umane costruite *by convention*. "Natural law, for all practical purposes, was something belonging to present, something entwined with existing situations, something which could be distinguished from them by a competent observer" (*AL*, 73). Questo "competent observer" era il giurista esperto in grado di selezionarne gli ingredienti in base ai criteri di semplicità e di armonia, in una prestazione che coincideva con il contributo giurisprudenziale al processo di semplificazione espansiva, su base equitativa, del sistema giuridico, ed era in questo senso affatto interna a tale processo. In ciò sta l'importanza del ruolo assolto dal *jus naturæ*, nonostante le sue invalicabili deficienze filosofiche, nella maturazione di una rappresentazione dinamica del diritto e quindi nello sviluppo di una coscienza giuridica.

Diversa è la situazione per i moderni seguaci dei giureconsulti romani: in costoro la mescolanza di presente e di passato si accentua irrimediabilmente e i tentativi di razionalizzare ciò che per i Romani era solo un presupposto regolativo implicito, che tematizzare a fondo non era né necessario, né opportuno, si irretiscono in contraddizioni, che si accentuano quanto più il riferimento al diritto naturale tende a 'sostanzializzarsi' prescrittivamente.

Nasce da ciò la spinta da parte di alcuni autori a rifuggire da tale situazione infelice "by contending that the Code of Nature exists in the future and is the goal to which all civil laws are moving" e determinando così un plateale rovesciamento di prospettiva, impensabile nella formulazione originaria, cui concorrono la tendenza del pensiero cristiano a guardare al futuro e non al passato "for types of perfection" e l'immagine, ad essa strettamente collegata, di un progresso della società umana necessariamente avanzante "from worse to better" (*AL*, 74).

Maine non è interessato a sviluppare un'indicazione problema-

tica che in altri autori si rivelerà feconda, limitandosi a dare di tale rovesciamento una presentazione piuttosto secca che introduce la successiva sezione del capitolo. Da queste considerazioni — che possono essere considerate per lui preliminari — egli passa direttamente ad affrontare la “Modern History of Natural Law” in senso proprio. Tale trattazione non si configura né — come ci si potrebbe aspettare — come un’analisi della stagione teorica del giusnaturalismo razionalistico, né come una messa a fuoco complessiva dei presupposti dottrinali degli sviluppi equitativi dei sistemi moderni — in analogia con quanto effettuato con il *jus naturæ* antico e secondo la linea d’indagine delle “agencies of legal change”. Si delinea invece come una ricostruzione di taglio ‘sociologico’ della linea storica che, in un privilegiamento quasi esclusivo della vicenda francese, va dai *juristes* a Rousseau per sfociare infine nella Rivoluzione, cui segue un’altra sezione, del tutto priva di connessione analitica con la precedente, dedicata alla costruzione giusinternazionalistica groziana e dove alcune pagine riprese da *The Conception of Sovereignty and Its Importance in International Law* ⁽⁹⁴⁾ vanno a documentare l’altra faccia del diritto naturale moderno, quella connessa al *Jus gentium* come *Law of Nations*.

Il privilegiamento francese trae motivazione dalla necessità di sottolineare che “the theory of Natural Law is the source of almost all the special ideas as to law, politics and society which France during the last hundred years has been the instrument of diffusing over the western world” (*AL*, 80). Maine riconduce il diffondersi in Francia della passione per il diritto naturale a uno specifico elemento ideologico della storia cetuale dei giuristi. L’alleanza, che sino dall’età capetingia si è stretta tra giuristi e monarchia, aveva dato uno spazio senza eguali alla ricezione del diritto romano, contribuendo alla fortuna di entrambi i contraenti: il re ne ricava un armamentario prezioso per la sua lotta contro i grandi feudatari, l’aristocrazia e la

⁽⁹⁴⁾ Come già ricordato, le pagine di *Ancient Law* riprese dal testo del ’55 non sono segnalate da Maine, contrariamente al brano ripreso con leggerissime modifiche da *Roman Law and Legal Education*. La corrispondenza stretta tra i due testi riguarda soprattutto le considerazioni sul passaggio dalla *tribe-sovereignty* alla *territorial sovereignty*, ma, in un criterio appena più largo, sono coinvolgibili anche le pagine immediatamente precedenti.

Chiesa, mentre il ruolo sociale degli uomini di legge cresce parallelamente alla qualità della loro formazione.

Essi costituiscono un ordine privilegiato, che “had assured their influence by an organisation which distributed their profession over France in great chartered corporations possessing large defined powers and still larger indefinite claims”, ma acquisiscono anche tatto giuridico e abilità espressive, senso dell’analogia e dell’armonia e amore per la giustizia, pari solo alla “singular variety of talent” che li anima. L’enfasi sui “French Lawyers” trova il suo scopo nel contrasto subito evocato con la situazione inglese. Proprio in Francia, dove la territorializzazione delle figure di superiorità politica aveva costituito un’esperienza fondamentale per il concetto moderno di sovranità, si determina una situazione contraddittoria che nemmeno nel lungo periodo riesce ad avere soluzione. “The system of laws which they had to administer stood in striking contrast with the habits of mind which they had cultivated. The France which had been in great part constituted by their efforts was smitten with the curse of an anomalous and dissonant jurisprudence beyond every other country of Europe”. L’accentramento monarchico non ha significato la coerenza del sistema giuridico e la divisione in *Pays du droit coutumier* e *Pays du droit écrit* spezza la possibilità di un esercizio unitario della giurisdizione, lasciando il primo in balia dei localismi, mentre nel secondo “the stratum of feudal rules which overlay the Roman Law was of the most miscellaneous composition” (AL, 84). La Francia mostra quindi tutta la singolare paradossalità di una situazione, in cui un sistema giuridico ‘bloccato’ da una insostenibile frammentazione coesiste con un forte accentramento politico e amministrativo e con un nascente spirito nazionale.

“No such confusion as this ever existed in England” (AL, 85): se un paragone simile può essere fatto, suggerisce Maine, è con la Germania, dove tuttavia la conflittualità religiosa impedisce che l’insoddisfazione per un tale stato di cose si canalizzi in protesta consapevole. Nasce da ciò la passione dei giuristi francesi per il diritto naturale. Stretti tra “their speculative opinions and their intellectual bias” e “their interests and professional habits”, essi si entusiasmano per un’immagine del diritto che, anche se solo sul piano intellettuale, permette di valicare i particolarismi di rango e di suolo ed è in grado di soddisfare le loro esigenze universalizzanti di

eleganza e sistematicità. Si rivelerà una passione sterile. Il diritto naturale diventa una rappresentazione del ‘diritto’ del tutto esterna alla realtà del sistema giuridico, una sorta di mondo ideale e parallelo che “committed its devotees to no specific improvement, and not directly threaten any venerable or lucrative technicality”. Essa configura una soluzione compromissoria, che entra a far parte di un’identità di ceto ⁽⁹⁵⁾, per passare poi di mano, penetrando in processi di formazione di una nascente opinione pubblica e diventando senso comune. Se fosse restato un affare tra giuristi, se alla via alternativa aperta da Montesquieu fosse stato concesso più tempo ⁽⁹⁶⁾, probabilmente le cose sarebbero andate diversamente, ma così non è stato.

Il seguito dell’argomentazione di Maine batte strade più frequentate: la polemica antirousseauiana (*AL*, 87), la denuncia della definitiva trasformazione della *law of nature* in *state of nature* e del pieno capovolgimento, dal passato al futuro, del vettore temporale nell’autore del *Contrat social* (*AL*, 88-89 e 308), la sottolineatura della differenza tra rivoluzione americana e rivoluzione francese e la contrapposizione di “all men are born free” e di “tous les hommes sont égaux”, vengono così a costituire una concatenazione sempre

⁽⁹⁵⁾ COCKS coglie con la consueta perspicacia il nesso che si configura in Maine tra *natural law* e identità cetuale dei giuristi francesi, anche se a mio avviso rischia di sottovalutare il quadro complessivo dando a queste pagine mainiane un risalto troppo *militante*: “In writing about French law Maine emphasised once more the bold outlines of his theories concerning the role of professional in modern society. Professional conventions and beliefs were not in some way self-justifying: they had to be justified by reference to external non-professional criteria. The values of everyday practice were not self-evident. Law and legal practice were the focal point of a battle between competing ideas, and, if a man was going to be a good lawyer, he had to begin with an understanding of this fact”, *Sir Henry Maine* cit., p. 70.

⁽⁹⁶⁾ “Bearing in some exaggerations the marks of the excessive violence with which its author’s mind had recoiled from the assumptions usually suffered to pass without scrutiny, yet showing in some ambiguities the traces of a desire to compromise with which the existing prejudice, the book of Montesquieu, with all its defects, still proceeded on that Historical Method before which the Law of Nature has never maintained its footing for an instant. Its influence on thought ought to have been as great as its general popularity; but, in fact, was never allowed time to put it forth, for the counter-hypothesis which seemed destined to destroy passed suddenly from the forum to the street, and became the key-note of controversies far more exciting than are ever agited in the courts or the schools” (*AL*, 86-87).

più stringente che sfocia in un esplicito rimando ai benthamiani *Sophismes anarchiques* ⁽⁹⁷⁾ (AL, 92-94), che contribuisce a illuminare l'intero sviluppo della progressione.

La seconda metà del diciottesimo secolo è appunto “the most critical period of the history of Natural Law”, in cui tra *moral philosophy* di impronta giusnaturalistica e il suo antecedente romano (e romanistico) si produce la massima divaricazione e in cui sembra consumarsi interamente la vicenda del diritto naturale moderno: il lessico che accomuna Ulpiano e i redattori del “Moniteur” testimonia ormai di una continuità solo nominale ed esprime in realtà concezioni ormai non più comunicanti. Più che con la Germania dal lungo declino imperiale, il paragone che ora il contesto con più forza richiama è quello con le antiche città dei Greci, geniali, ma incapaci di darsi una misura.

Il quadro che Maine tratteggia nelle pagine del quarto capitolo di *Ancient Law*, sembra attribuire all'insieme della forma moderna del diritto naturale, nel momento stesso in cui ne evoca l'enorme potenza sulla scena storica, un ruolo *debole* nei confronti del diritto positivo, una scarsa capacità ordinatrice — l'opposto cioè di quanto viene attribuito al *jus naturæ* romano. Tuttavia, a rigore non è così, né nella prospettiva di Maine potrebbe esserlo senza lacerare la coerenza dell'impianto argomentativo. L'accento infatti non pare tanto cadere su di una intrinseca difettività del diritto naturale moderno, quanto sulle condizioni ‘sociologiche’ che ne ostacolano

(97) “Looking back...to the period at which the theory of the state of nature acquired the maximum of political importance, there are few who will deny that it helped most powerfully to bring about the grosser disappointments of which the first French Revolution was fertile. It gave birth, or intense stimulus, to the vices of mental habit all but universal at the time, disdain of positive law, impatience of experience, and the preference of *à priori* to all other reasoning... It is surprising to note how many of *Sophismes Anarchiques* which Dumont published for Bentham, and which embody Bentham's exposure of errors distinctively French, are derived from Roman hypothesis in its French transformation, and are unintelligible unless referred to” (AL, 91-92). Il testo inglese delle *Anarchichal Fallacies*, pubblicato per la prima volta nel vol. II delle *Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, W.Tait, 1843, pp. 489-534, non è più stato ripubblicato; tuttavia è stato antologizzato più volte, ad esempio, nel volume di JEREMY WALDRON, *Non-senses upon Stills. Bentham, Burke and Marx on Rights of Man*, London, Methuen, 1987. Più acre sarà il giudizio di Maine su Bentham *democratico in Popular Government* (cfr. PG, 82 e 152-153).

l'integrazione e che determinano quindi il processo della sua progressiva deformazione in discorso *ideologico* che si sovrappone e alla fine si contrappone al diritto positivo.

Maine non nega, anzi enfatizza aspetti e determinazioni specifici della ripresa post-classica del diritto naturale, ma rifiuta di isolarne le dinamiche: la stessa affermazione, più volte ripetuta, della dipendenza romanistica distingue tra forme della ricezione e omogeneità strutturale dei sistemi, mantenendo sempre aperto uno scarto che è anche criterio di valutazione storica delle diverse formazioni culturali cui la ricezione approda. In questo senso l'area forte della ricezione romanistica non è necessariamente quella in cui maggiormente se ne dispiegano gli elementi dottrinari, indipendentemente dalla necessità pratica di risolvere o di interpretare un momento determinato dello sviluppo del diritto positivo.

C'è nella trattazione della relazione tra *French lawyers* e diritto naturale moderno più di qualche analogia con il modo con cui era stato affrontato nello scritto del '55 il nodo teorico della costruzione giusinternazionalistica groziana e della definizione di sovranità da essa proposta. In entrambi i casi la ripresa moderna del *jus naturæ* si è data in un momento di difficoltà dello sviluppo storico, in una strozzatura del processo, e ne rappresenta sul piano propriamente teorico le ambivalenze. In entrambi i casi, l'interazione con la realtà politica e istituzionale non è priva di effetti che concernono la possibilità stessa di uno sviluppo della teoria, inibendole una dissoluzione *scientifica* verso il chiarimento del nucleo di realtà che in essa si esprime e costringendola a ripiegare o in un'adattività subalterna alle condizioni del proprio tempo (questo era stato il caso delle teorie sulla sovranità limitata e sulle scale di sovranità, in cui Maine legge, nella realtà della situazione dell'impero tedesco, incagliarsi la tradizione groziana) o in una piena contrapposizione ad esse (ed è appunto la vicenda francese, in cui la teoria perviene alla dissociazione 'anarchica' di diritto e potere). In entrambi i casi, l'analisi presuppone (esplicitamente in *The Conception of Sovereignty and Its Importance in International Law*, implicitamente in *Ancient Law*) un punto d'osservazione che questa evoluzione della teoria *verso la scienza* la possa garantire — quale appunto è concesso a un giurista che sia nel contempo “[a] citizen of a state at once isolated and consolidated” (cfr. *CS*, 29).

L'immagine compatta fornita nelle pagine del quarto capitolo non esaurisce la considerazione mainiana della vicenda del giusnaturalismo moderno ed è appunto nelle pagine sulla proprietà che il filo della riflessione viene ripreso. Se la vicenda francese, almeno da un certo punto in avanti, mette in scena un'esemplificazione *negativa*, uno sviluppo *implosivo*, della ripresa giusnaturalistica, nondimeno, dove lo sviluppo del sistema giuridico è più certo, il ruolo del diritto naturale è più complesso e fornisce elementi per giudizi meno recisi. Se Maine non affronta mai la questione direttamente e unitariamente, scomponendo la ricostruzione mainiana degli istituti, elementi importanti si rendono disponibili dove maggiore spazio trova la comparazione tra sistemi progressivi e torna in primo piano il confronto tra *jus civile* ed *English Law*. Tenendo in mente ciò che è già stato argomentato a proposito dell'*occupancy*, rivolgiamoci al capitolo dedicato a *The Early History of Contract*.

È qui infatti che sono reperibili, frammezzate alla ricostruzione del lungo percorso che va dalle forme arcaiche e ancora rituali della *mancipatio* ai tardi contratti consensuali "in which the mental attitude of the contractors is solely regarded, and external circumstances have no title to notice except as evidence of the inward undertaking" (*AL*, 339), le annotazioni più ampie che il testo del '61 offre sulla figura centrale del giusnaturalismo moderno, quello del "Social Compact or Contract". Il patto sociale è agli occhi di Maine un *errore sistematico*, che generalizza il fraintendimento moderno di quei contratti detti *juris gentium*, che, venuti alla luce per ultimi nel sistema di diritto romano, appartengono a una classe particolare in cui solo ingrediente materiale è la promessa giurata dei contraenti⁽⁹⁸⁾. Ma proprio tale carattere di sistematicità ne fa un punto d'osservazione privilegiato. Frutto delle passioni politiche del proprio tempo, la teoria contrattualistica non avrebbe avuto alcuna consistenza, se non si fosse nutrita delle speculazioni dei giuristi;

(98) Per la considerazione tecnica del rapporto tra patti e contratti e sulle difficoltà che i contratti consensuali pongono alla classificazione pretorile cfr. *AL*, 335-338. "The revolution of the ancient law of Contracts was consummated when the Prætor of some year announced in his Edict that he would grant equitable actions upon Pacts which had never been matured at all in Contracts, provided only that the Pacts in question had been founded on a consideration (*causa*)" (337).

“true it certainly is that the famous Englishmen, for whom it had first had attraction, valued it chiefly for its political serviceableness, but...they would never arrived at it, if politicians had not long conducted their controversies in legal phraseology”. Ciò nonostante, “their writings show they perceived that it could be made to account for all social, quite as well as for all political, phenomena” (AL, 309). In ciò essi anticipano la verità inconsapevole che sarà propria della *political economy*: analogamente ad essa, riconoscono infatti come elemento centrale della realtà sociale la progressiva riduzione dello spazio occupato dalla dimensione imperativa della legge e lo spostamento in atto nello spazio delle norme positive cui gli uomini prestano obbedienza a favore delle regole di derivazione contrattuale. Ma nello stesso modo “they were ignorant or careless of the historical relation of these *two constituents of jurisprudence*” (*cors. mio*), cosicché la necessità intellettuale e politica di contrapporre alla sfida delle “doctrines which claimed a divine parentage for Imperative Law” un’immagine unitaria del diritto li spinge a individuare nel contratto l’unica e originaria fonte di ogni obbligazione. Che il contratto ipotizzato tra *governed* e *governor*, tra popolo e principe, si delinei in realtà come un *quasi-contract*, cioè non sia *affatto* un contratto e non possa *in alcun senso* essere rivendicato come tale, ha opposto scarsa resistenza al tentativo di cristallizzare in una formula teorica quella che aveva inizialmente avuto origine come una disputa teologica sul diritto regale (AL, 346). Ciò che, in uno stadio più avanzato del pensiero umano, avrebbe potuto rappresentare un’ipotesi ingegnosa o una conveniente formula verbale — “a convenient form for the expressions of moral truths”, come dirà Maine, riferendo un’espressione di Whewell (AL, 347) — per qualificare in senso *etico* la natura dell’obbligazione politica, conduce, in un’età che era ancora “under the dominion of legal superstition”, ad attribuire “a fallacious reality and definiteness to the contractual origin of Law by insisting on the Social Compact as a historical fact” (AL, 310).

Quale che sia la correttezza *storiografica* dell’interpretazione offerta da Maine, risulta chiaramente che anche in questo caso il maggiore referente dell’argomentazione, quello a partire dal quale essa si modella, è, anche se non esplicitamente richiamato, quello lockiano. Nondimeno l’insistenza sulla presunzione di realtà *storica*

attribuita al contratto originario come elemento *determinante* della costruzione contrattualistica sembra allargare il riferimento iniziale, individuando una corrispondenza tra Locke e Hobbes, che proprio su questo specifico terreno sembra aggirare la fondamentale differenza determinata dall'assenza in Hobbes di una specifica base romanistica nella definizione di stato di natura e che permette quindi di leggere nella posizione hobbesiana un'alternativa alla tradizione groziana ⁽⁹⁹⁾. “The Lockean theory of origin of Law in a Social

⁽⁹⁹⁾ Si può certo affermare che Maine sottovaluti la peculiarità delle connessioni logico-simboliche che presiedono alla strutturazione del dispositivo del *compact*, in una disaggregazione che solo isolandone in uno schema di reversibilità gli elementi può sottolineare gli aspetti riconducibili alla tradizione romanistica; in questo senso egli si preclude ogni considerazione sul rapporto tra registro filosofico e registro storico nel discorso contrattualistico, omologandone i testi come se in essi la dimensione storica avesse una necessaria priorità e in essa si risolvesse ogni temporalizzazione. Significativo ciò che sul modo in cui Maine legge il problema della storicità del contratto sociale in Hobbes dice LEO STRAUSS nel suo *The Political Philosophy of Thomas Hobbes. Its Basis and its Genesis* (1936), Chicago, Chicago U.P.: “Criticism of the patriarchal community, such as Maine — be it said, in complete harmony with Hobbes views — continually offers, could not satisfy him either. For his concern is the justification of this criticism, of the standards which first make historical investigations *inter alia* possible. Thus he seeks the most precise expression for the imperfection of the patriarchal communities in particular, and in general for the imperfection of all commonwealths up to his time, showing itself in the constant danger of civil war; and he does this by pointing out at the same time the possibility of the radical remedying of this defect, the possibility of the ‘movement from Status to contract’, which he approves of as does Maine. Therefore, going beyond the findings of history, that the original condition of society was the patriarchal, he constructs a completely defective state of mankind. As such a state he conceives the lack of any, even the most defective order, the war of every one against every one. Finally, he derives this war from its origin in human nature. So in the criticism that Hobbes’s political philosophy is ‘unhistorical’, the only statement that is justified is that Hobbes considered the philosophic grounding of the principles of all judgment on political subjects more fundamental, incomparably more important than the most thoroughly founded historical knowledge”. Ho indagato i presupposti della lettura straussiana di Hobbes in M. PICCININI, *In the grip of the theological-political predicament. Leo Strauss en el umbral de los años treinta*, in ANTONIO LASTRA-MARIO PICCININI (a cura di) *Straussiana*, “Res Publica. Revista de la historia y del presente de los conceptos políticos”, IV no. 8 2001, pp. 149-182. Sull’immagine della stagione ‘classica’ del contrattualismo nella letteratura e nella storiografia politica e giuridica di metà ottocento in Gran Bretagna qualche cenno è nella mia *Introduzione* all’edizione italiana di F.W. MAITLAND, *A Historical Sketch of Liberty and Equality* cit., ma è comunque tema su cui tornare.

Compact scarcely conceals its Roman derivation, and indeed is only the dress by which the ancient views were rendered more attractive to a particular generation of moderns; but on the other hand the theory of Hobbes on the same subject was purposely devised to repudiate the reality of a law of nature as conceived by Romans and their disciples. Yet these two theories... resemble each other strictly in their fundamental assumption of a non-historical, unverifiable, condition of the race” (*AL*, 114). Nonostante la difficoltà che in Maine solleva la questione del rapporto Hobbes-giusnaturalismo e che traspare anche da questo passo — non a caso il solo, assieme a quello citato sopra, in cui nel testo compaia il nome dell’autore del *Leviathan* —, è evidente che l’enfasi posta sulla formulazione contrattualistica e sulla presunzione della sua realtà storica non è priva di conseguenze interpretative. Sottratto a quella che, attraverso Grozio, è stata vista come la via maestra della ripresa moderna della *natural law* in forza della sua teoria della sovranità, riconosciuto per la sua considerazione della positività del diritto come fondatore dell’approccio scientifico che trova la propria maturità nell’*analytical jurisprudence*, Hobbes viene ora riconsegnato in qualche modo all’orizzonte giusnaturalistico — anche se con il profilo fortemente autonomo di chi inverte la usuale scansione ‘storica’ di contratti tra individui e patto di sovranità ⁽¹⁰⁰⁾ — determinando così una sorta di raccordo, di commistione, tra *natural law* e teoria scientifica. Ma proprio quest’ultimo elemento complica ulteriormente il quadro, perché — seguendo la logica dell’argomentazione di Maine più che i suoi termini — proprio la peculiarità hobbesiana del patto di sovranità, mentre afferma ‘correttamente’ l’antecedenza necessaria della determinazione di un sovrano per l’esistenza di reali relazioni contrattuali dei singoli, *produce* con una superiore forza intellettuale il presupposto individualistico di cui parla la metafora dei *grains of sandbank* la cui *collection* deve consolidarsi in roccia e fornisce una versione più ‘sottile’ e potente di inversione ideale del reale processo storico.

⁽¹⁰⁰⁾ Quella cioè che permette di formulare un’immagine dualistica del patto sociale, scandito tra *pactum unionis* e *pactum subjectionis*, come sovente — e erroneamente — è stata attribuita a Locke. Maine sembra indulgere, anche se con qualche incertezza, in tale errore.

Si delinea così la possibilità di una lettura a spettro più largo dell'affermazione mainiana che “though the philosophy founded on the hypothesis of a state of nature has fallen low in general esteem, in so far as it looked upon under its coarser and more palpable aspect, it does not follow that in its subtler disguises it has lost plausibility, popularity, or power” (*AL*, 90). Il giudizio che ne deriva, che cioè proprio questa ‘filosofia’ sia *tuttora* “the great antagonist of the Historical Method”, non è infatti circoscrivibile, se si tiene del percorso analitico fino a qui prodotto, alla sola vicenda francese del diritto naturale, né tanto meno può essere inteso come una proposizione di carattere meramente storiografico. La polemica antirousseauiana in cui si declina l’immagine della deriva anarchica come esito necessario dell’*affermazione* dello stato di natura, non può essere considerata la misura esclusiva con cui Maine valuta l’*insieme* del riferimento giusnaturalistico moderno, compresa la sua (problematica) articolazione contrattualistica.

Eppure la formulazione antagonistica del rapporto tra giusnaturalismo e “Historical Method” — significativamente l’espressione stessa ha incidenza solo in contesti polarizzati in senso *polemico* come quello sopra indicato — è tale da avere un carattere strutturante per la posizione *teorica* di Maine e non è semplice renderne ragione di fronte ad un contesto filosofico-politico come quello *mid-victorian*, rispetto al quale il referente polemico, almeno nella veste indicata da Maine, si presenta sfocato e inattuale. È significativo che James Fitzjames Stephen, nel suo apprezzamento della ricostruzione storica mainiana, non sappia indicare come termine contrastivo di confronto altro che “about a page and a quarter” di un’opera come la *Moral and Political Philosophy* di William Paley⁽¹⁰¹⁾, non solo ormai sicuramente lontana, ma probabilmente sui

(101) Nella sua recensione di *Ancient Law* sulla “Edinburgh Review” cit. JAMES FITZJAMES STEPHEN scrive: “The fifth and sixth chapters [of *Ancient Law*] treat of the origin of civil society and of testamentary succession. No better illustration can be given of the general character of Mr. Maine’s book than is afforded by a contrast between these two chapters and one in Paley’s *Moral Philosophy* on the same subject. Paley dismisses the whole matter in about a page and a quarter. He says that in the earliest form of society men lived alone; and that the earliest kind of property consisted of the product of personal labour; and that the earliest wills were those by which men bequeathed to others the things which they had made or collected with their own

temi richiamati da Stephen tale da apparire già datata al momento della pubblicazione. Del resto, l'ambivalente stagione della *conjectural history* scozzese aveva fornito del tema dello stato di natura una versione in gran parte degiuridicizzata e non più linearmente riconducibile all'ipotesi razionalistica impugnata nell'esemplificazione mainiana, mentre per il contratto originario inteso come dato storico-fattuale già la critica humiana aveva segnato un momento esiziale. Lo stesso Hobbes recuperato dal radicalismo filosofico benthamiano e dall'*analytical jurisprudence* è un Hobbes *senza contratto* e in questa direzione va indubbiamente — come si è visto — anche la lettura del Maine di *The Conception of Sovereignty*.

La presenza, si potrebbe persino dire l'*incombenza*, della figura del potere all'interno dell'opera mainiana è stata più volte e da più parti messa in risalto. Ciò che tuttavia va qui sottolineato è il fatto che in Maine essa si dispone come affatto priva della intrinseca connessione con il problema della sua legittimazione che in Hobbes era condizione necessaria della sua costruzione concettuale. Se in Hobbes il potere è pensato radicalmente *sul versante dei soggetti*, la cui obbedienza trova fondamento nel riconoscimento che il potere del sovrano è il *loro* e costituisce l'unica forma pensabile di potere comune, gli sviluppi successivi avevano eroso questa prospettiva offuscandone il dispositivo logico connesso con il patto di rappresentanza. Ancora in Hume, la cui critica corrosiva dissolve la configurazione *narrativa* del dispositivo contrattuale, il rapporto potere/soggetti è letto in termini che, attraverso la mediazione dell'*opinione*, restano ancora comunicanti con quelli hobbesiani: "Force is always on the side of governed, the governors having to support them but opinion" ⁽¹⁰²⁾. E forse qualcosa di analogo può essere suggerito per Bentham la cui *censorial jurisprudence* o teoria della legislazione continua a nutrirsi di un canone costruttivistico, al cui interno il riferimento alla sensazione si dispiega, tra memoria e previsione, su di un registro immaginativo, in cui la stessa natura umana è inscritta. È l'imperativismo austiniiano, con il suo pezzo di

hands", p. 478-479. Probabilmente Stephen ha in mente soprattutto *Moral and Political Philosophy*, VI, 1, ma il resoconto che ne dà è in verità piuttosto semplificato.

⁽¹⁰²⁾ DAVID HUME, *Of the First Principles of Government* in IDEM, *Essays Moral, Political, and Literary*, Indianapolis, Libertyclassics, 1987, p. 32.

teologia politica, a contribuire a un marcato rovesciamento: certo l'obbedienza resta elemento decisivo, ma il suo profilo si fa sempre più statistico e la sua determinazione è, per così dire, interna alla registrazione della effettualità del comando. La categorizzazione mainiana del concetto austiniiano di sovranità e la sua rideterminazione storica operano la definitiva traduzione in una considerazione della relazione potere/sudditi che è tutta spostata sul versante del potere, sul suo carattere immediatamente produttivo ⁽¹⁰³⁾. Non casualmente quando Maine nelle *Lectures on the Early History of Institutions* intenderà ridefinire l'ambito di copertura della definizione austiniiana di sovranità, mettendone in discussione il carattere di universalità, il criterio distintivo sarà individuato proprio nella sua capacità di implementazione giuridica, nel suo carattere operativo. In questa connessione la prestazione mainiana forgia un'immagine del potere che si dispone a permeare le nascenti scienze sociali, contribuendo, in forza della sua collocazione in una posizione meta-giuridica, alla sua fuoriuscita dal discorso strettamente giuridico e rideterminandone conseguentemente il profilo in senso distributivo-sociale.

Tale immagine del potere non è senza relazione con le vicissitudini del dispositivo contrattuale, se di questo non ci limitiamo a considerare le determinazioni narrative e ne assumiamo pienamente il carattere logico e concettuale ⁽¹⁰⁴⁾. La posizione hobbesiana, abrasa la dimensione rappresentativa e criticata la sua (presunta) base storico-fattuale, si presenta agli occhi di Maine come una tappa decisiva di quella *mature jurisprudence* alla cui consapevolezza storica egli intende contribuire. Ma proprio questo schema di riduzione

⁽¹⁰³⁾ Ho cercato di delineare le linee di tale vicenda nella mia relazione al seminario internazionale sulla costituzione inglese tenuto presso l'Università di Messina nei giorni 14-16 novembre 1996: MARIO PICCININI, *Corpo politico, opinione pubblica, società politica. Per una storia dell'idea inglese di costituzione*, in ANDREA ROMANO (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 71-128.

⁽¹⁰⁴⁾ In questo senso resta fondamentale GIUSEPPE DUSO, *Patto sociale e forma politica*, in G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, Angeli, 1993², pp. 7-49; si consideri anche, in orientamento parzialmente convergente, PATRICK RILEY, *Will and Legitimacy. A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1982.

fa riemergere il tema giusnaturalistico in una diversa connessione: il privilegiamento, coerente con l'impianto complessivo del testo del '61, della tradizione 'lockiana' passa anche di qui. Ciò che è stato negato sul versante del potere, ricompare nella dinamica storica degli istituti e nelle formazioni etico-discorsive che la accompagnano. Gli elementi sintetizzati nella legittimazione del potere *sul versante dei soggetti* vengono ritrovati 'esternalizzati' nei caratteri della differenziazione progressiva degli individui e negli elementi di prefigurazione dottrinale che 'ideologicamente' la anticipano. Solo così peraltro l'utilitarismo benthamiano/benthamita, come specifica dottrina filosofica, può essere considerato come l'erede contemporaneo del giusnaturalismo romano e questo come "the ancient counterpart of Benthamism" (AL, 79).

Perché dunque l'insistenza di Maine nell'indicare "the philosophy of state of nature" — una costruzione certamente inscindibile dal dispositivo contrattualistico — come l'antagonista *permanente* dello "Historical Method" e quindi come il *proprio* antagonista? Per la 'versione' *francese* della teoria, in cui il diritto naturale si trasforma nella *fallacy* di un 'diritto' *rivoluzionario*, è forse possibile considerare sufficienti le pagine di *Ancient Law* già prese in esame, riconoscendovi un crescente elemento di panico politico per gli effetti dissolutori dei rapporti sociali che essa minaccia. Ma per l'altra faccia del problema, per quella 'versione' che non si è a un certo punto contrapposta allo sviluppo positivo del sistema giuridico verso la contrattualizzazione dei rapporti sociali, ma anzi questo sviluppo ha accompagnato e favorito, in un continuo scambio di categorie e di lessici — per tutti valga l'esempio della *res nullius* —, il problema assume un diverso profilo. Se la prima 'versione' costituisce infatti per Maine quello che può essere considerato una sorta di antagonista *esterno*, la seconda costituisce invece una sorta di antagonista *interno*. "Interno" nel senso che costituisce un problema interno all'orizzonte della *scienza*. Qui la polarizzazione polemica tra *giusnaturalismo* e *metodo storico* non è più sufficiente e per la propria comprensione richiede un terzo, che ne tolga l'infelice immediatezza. Il riferimento alla *analytical jurisprudence* risulta a questo riguardo ancora una volta decisivo.

È lo stesso procedere dell'indagine di *Ancient Law*, che, se riconferma il riconoscimento della specifica adeguatezza scientifica

della costellazione concettuale analitica nei confronti della realtà giuridica contemporanea, impone non di meno di riconsiderare quest'ultima da una diversa angolatura. Nella prospettiva della "law of progress" e della differenziazione individualistica, il problema della definizione della irriducibilità storica degli assetti concettuali al cui interno si precisano le categorie giuridiche, si traduce in quello di rappresentarne il *movimento* complessivo e di ridefinire i singoli elementi in modo che di essi non vada perduta la dimensione genetico processuale. Rispetto a questa istanza e alla possibilità stessa della sua praticabilità, l'attitudine analitica mostra la massima resistenza e i criteri su cui si organizza l'economia della sua classificazione appaiono come il frutto di assunzione di astrazioni ipostatizzate: in ciò essa sembra duplicare l'infondatezza storica degli assunti del giusnaturalismo razionalistico. Se al contrario dell'economia politica, l'*analytical jurisprudence* ha ben chiaro quale sia il rapporto tra *imperative law* e *contractual rules* — e per questo è una teoria *scientifica* del diritto —, non di meno di questo rapporto dà una definizione statica, incapace di farsi carico della verità sintomale che nei confronti del diritto l'economia politica esprime. In essa, la registrazione del processo di individualizzazione espresso dal *contract* resta congelata nella disposizione sistematica della classificazione, quando, come si è visto a proposito di *status*, solo una messa in movimento di quest'ultima può restituirne la rilevanza polare. Proprio rispetto a questo punto fondamentale, il diritto naturale moderno trova una collocazione paradossale. È in esso infatti che trovano centralità quegli elementi che contraddistinguono la tendenza alla contrattualizzazione e che viene mediata l'eredità storica che in questo stesso orientamento il diritto romano nella fase della propria maturità ha lasciato. Anche se è espressa in termini non scientifici, ma mitici — anche se questa mitologia è razionale e non naturale, il che fa appunto la differenza tra la "legal superstition" moderna e le arcaiche "superstitious reasons" che impongono l'immutabilità del *custom* —, questa centralità va recuperata alla scienza e non dissolta a contatto con essa, come avviene quando se ne sottopongono gli elementi alla critica analitica. La *jurisprudence* storica che ha in mente Maine è anche questo: una rettifica teorica dell'*analytical jurisprudence* che la trasformi, rendendola capace di

ridare evidenza alla centralità del contratto come momento focale del progresso giuridico.

In questo orientamento, la questione dello stato di natura e del contratto originario cessa di essere 'inattuale', diventando momento privilegiato rispetto al quale vengono a contrapporsi due assetti teorici che fanno discorsi diversi, ma che hanno un lessico in comune. Fondamentalmente, il lessico concettuale della rappresentazione storica mainiana è un lessico marcatamente segnato in senso giuspolitico e non differisce poi molto da quello della tradizione del contrattualismo, specialmente da quello dell'opzione radicale che, come sua 'variante', trova espressione da Hobbes in avanti e la cui collocazione in quella tradizione a Maine sembra spuria, perché essa non rinuncia ad affermare l'originarietà di un contratto costitutivo della società, pur riconoscendo con assoluta determinazione la vera natura della relazione tra le due "components of jurisprudence". L'affermazione sul diritto naturale come "great antagonist of the Historical Method" sembra dunque leggibile da ultimo come l'indicazione della permanente necessità di dissolvere in prospettiva storico-genetica l'ipotesi che garantisce la compattezza del lessico del diritto naturale moderno, per potere reintegrare a pieno titolo quest'ultimo nel discorso scientifico, traducendo il mito di un contratto originario nel riconoscimento della società contrattuale come esito della storia del progresso.

APPENDICE

Vengono trascritti di seguito i programmi dei corsi e degli esami tenuti da Henry Sumner Maine al Middle Temple degli Inns of Court e pubblicati sul quotidiano "Law Times" dal 1853 al 1859. Come risulta evidente, essi contengono talvolta errori o incertezze che tuttavia si è preferito non emendare o precisare nel corpo del testo, aggiungendo a tal fine un elenco corretto degli autori e dei testi impiegati, cercando inoltre di approssimare, quando possibile, l'edizione più prossima alla data di utilizzo.

LAW TIMES

Nov. 5, 1853

INNS OF COURT

MICHAELMAS TERM, 1853

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will deliver in the course of the Ensuing Educational Term Six Public Lectures on the following subjects:

On General or Scientific Jurisprudence — On some of the primary technical terms of Legal Science — On the relation of Law to Moral Philosophy — On the *Ius Gentium* of the Roman Jurists, and on some Modern Theories of Natural Law — On the Sources of the Roman Civil Law and the Composition of the *Corpus Iuris* — On The Relation of the Roman Civil Law to General Jurisprudence — On the Order and Connection of the Departments of Law, and on the Systems of Classification adopted by certain Modern Jurists.

With his private classes, the Reader will proceed regularly through the principle heads of Roman Law, following the order of topics observed in the Institutional Treatise of Gaius. The modern commentaries principally employed will be the *Institutiones* and *Commentarii Iuris Romani Privati* of Warnkönig, the *Pandekten* of Puchta and the *Institutes Nouvellement Expliquée* of Ducaurroy.

The following works will also be incidentally referred to, and portions of them recommended for perusal: — Dumont's *Bentham*, Austin's *Province of Jurisprudence determined de l'Esprit des Lois*, the *Droit Civil* of Toullier, de *Doctrina Iuris Philosophica* of Warnkönig, the *Histoire du*

Droit of Herminier, Die Innere Geschichte des Romischen Rechts and the Aussere Geschichte des R.R. of Tigerstrom, the Explication Historique des Institutes of Ortolan, Wheaton's Elements of International Law, the Droit International Privé of Fælix, and Story's Conflict of Law.

The public lectures will be delivered in the hall of the Middle Temple on Tuesday in each week, at 2.00 p.m., (the first lecture of the course on Tuesday, nov. 1)

The private classes will assemble at the class room in Garden-court on every Monday, Wednesday and Friday during the Educational Term at half-past nine a.m.

Dec. 17, 1853

The Reader on Jurisprudence and Civil Law proposes to examine on the following subjects:

1. the Roman Law of Persons. The modern Treatises referred to may be the Institutions and Commentarii Iuris Romani Privati of Warnkönig; and on the subject of Tutelage, the Pandekten of Puchta.
2. the Roman Law of Criminal Process. The modern authorities consulted may be Laboulaye — Lois Criminelles des Romaines; Platner — De Iure Criminum Romano, Quaest. VI; or Phillimore-Introduction to the Study of Roman Law, pp. 138 et seq.
3. the Conditions of Legislative Power; Austin-Province of Jurisprudence Determined lect. VI, pp. 197, 296.
4. the Conflict and Harmony of Laws in the Interpretation of Foreign Contracts; Phoelix-Droits International Privee pp. 136 et seq.; Story — Conflict of Laws ch. 8.5. The Rights and Duties of Neutrals; Wheaton — Elements of International Law, French ed. Vol. II, pp. 72 et seq.; English ed.; Vol. II; pp. 102 et seq.

Candidates for distinction will be examined in all the foregoing subjects: candidates for a certificate will be examined in 4, and also in 1, so far as the subject there indicated is treated of in the first book of the commentaries of Gaius, and in the Institutes of Iustinian

January 14, 1854

INNS OF COURT
JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and Civil Law will, in the course of ensuring Educational Term deliver Nine Public Lectures on the following subjects:

I. On the order and connection of the departments of law, and on the system of classification adopted by certain modern jurists.

II. On status — On the Definition and Forms of status — On some Peculiarities in the Conditions of Early Societies and the durable effects which they have produced on ancient and modern jurisprudence — On the Theory of Social Progress originated by G.B. Vico, and on the Evidence for and Against It Afforded By the History of the Roman Law of Persons — On the Connection of the Roman Law of Persons with the Political Organization of the Roman State, and on the Historical Character of the Distinction between Private and Public Law — On the Power of the Father and on the Tutelage of Women and Pupils — On the Agencies by which the Roman Law of persons was progressively modified; on the Praetorian Equity, and the Principle Descended from it to the Modern Jurisprudence

III. On the Provinces of International Law materially affected by Roman Jurisprudence — on Territorial Sovereignty, its Nature, Limits and Criteria — on Paramount and Absolute Domain — On the Rights Accruing to Nations Through First Discovery and First Occupation — On the Mare Clausum and Mare Liberum, and on some Disputed Questions Connected with the former topic — On Rights of River Navigation — On Maritime and Military Capture and on the Attempts made in the Last Century to modify the Law of War particularly by Katherine II of Russia — On Prisoners of War, Booty, Prize, and Postlimini — on the Rights of Neutral and the Mode in which they are enforced and protected.

IV. On Obligation and Contract — On the Roman Theory of obligation and on the Mode in which it has been interpreted by Pothier and others — On the Necessary Elements of Contract, and on the manner in Which they are discriminated by the Roman Jurists — On Pollicitations and Pacts — On the Classification of Contracts.

With his private classes the Reader will proceed regularly through the principal heads of the Roman Law, following the order of topics observed in the Institutional Treatise of Gaius, and commencing with the subject of testamentary inheritance. The modern commentaries principally employed will be the *Institutiones* and the *Commentarii Iuri Privatae* of Warnkönig, the *Pandekten* of Puchta and the *Institute Nouvellement Expliquées* of Ducaurroy.

The following works will also be incidentally referred to at the public or private lectures and portions of them recommended for perusal.

Dumont's *Bentham*, Austin's province of Jurisprudence determined de *Esprit des Lois*, the *Droit Civil* of Toullier, the *Doctrina Iuris Philosophica* of Warnkönig, the *Histoire Du Droit* of Lerminier, the *Innere Geschichte des Romischen Rechtes* and the *Aussere Geschichte des R.R.* of Tigerstrom, the *Explication Historique des Institutes* of Ortolan, Wheaton's *Elements of International Law*, the *Droit International Privé* of Faelix, and Story's *Conflict of Law*.

The public lectures will be delivered in the Hall of the Middle Temple

on Tuesday in each week at 2.00 p.m. (the first lecture of course on Tuesday, January 24th).

After the 18th proximo, the private classes will assemble at the classroom in Garden-court on every Monday, Wednesday, Friday, during the educational term at half-past nine. a.m.

April 8, 1854

INNS OF COURT
EASTER TERM, 1854
JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will, in the course of the ensuing Educational Term deliver Twelve Public Lectures on the following subjects:

I. On Obligation and Contract — On the Nature of Obligations, and their place in General Jurisprudence — On the Roman Theory of Obligation, and the mode in which it has been interpreted by Pothier and others — On the Necessary Elements of Contract, and on the manner in which they are discriminated by the Roman Jurists and by English law — On Pollicitations, Conventions and Pacts, and on some disputed Questions connected with the Pactum Nudum — On the Classifications of Contracts — On some particular Forms of Contract, and more especially on the Contract of Sale.

II. On Prescriptions — On Usucapion, and on some Peculiarities in the Ancient Views of Proprietary Right — On the Connection between Possession and Prescription, and Savigny's Theory of Possession — On the Nature and Criteria of a True Prescription, and on the extent to which such Prescriptions are admitted in English and Roman Jurisprudence, and in certain Continental Systems of Law.

III. On Testamentary Jurisprudence — On some current Theories respecting the Origin of the Testamentary Power — On Universal Successions; on the manner in which the Conception of a Universal succession appears to have been originally formed, and on its importance as a Key to Testamentary Jurisprudence — On the Principal Rules of the Roman Law of Testaments, and on the Modifications and Distortions with those Rules have undergone in Modern Law — On the Jus Accrescendi; its Ancient and Modern History — On Substitutions, and their Connection with entails — On Legacies and Fidei-commissa.

IV. On the Doctrines of Roman Law, regarding Conditions, good Faith, Negligence, and Fraud.

With his private classes, the Reader proposes to read the Institutiones Iuris Privati of Warnkönig, and afterwards the Commentaries of the same writer or some other Compendium of Pandect-Law.

The following works will also be incidentally referred to at the public or private lectures, and portions of them recommended for perusal:

Dumont's Bentham, Austin's Province of Jurisprudence determined, the *Esprit des Lois*, the *Droit Civil* of Toullier, the *Doctrina Iuris Philosophica* of Warnkönig, the *Histoire du Droit* of Herminier, the *Innere Geschichte des Romischen Rechts*, and the *Aussere Geschichte des R.R.* of Tigerstrom, the *Explication Historique des Institutes* of Ortolan, Wheaton's *Elements of International Law*, the *Droit International Privé* of Fœlix, and Story's *Conflict of Laws*.

The Public Lectures will be delivered in the Hall of the Middle Temple on Tuesday in each week at two p.m. (the first lecture of the course on Tuesday, April 25th).

The Private Classes will assemble at the Class-room in Garden-court on Monday, Wednesday, and Friday mornings, at half-past nine o' clock.

Aug. 26, 1854

INNS OF COURT

PUBLIC EXAMINATION, MICHAELMAS TERM, 1854

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to examine in the following Books and Subjects:

1. The Roman Law of Persons; of Real, Verbal, and Consensual Contracts. The modern Commentaries employed may be the *Institutiones* or *Commentarii Iuris Romani Privati* of Warnkönig.

2. Grotius on the Natural Obligations arising from Ownership, Promises, Contracts, and Oaths. *De Jure belli et Pacis*, lib. II, cap. 10, 11, 12, 13. (Whewell's edition, Vol. II, pp. 18, *et seq.*)

3. *Dig.*, lib. 1, tit. 16, 17. *De verborum Significatione*. *De regulis Juris*.

4. Kent's Commentaries — Law of Nations, Lectures 3, 4 and 6. the subjects of these lectures must be considered in connection with the modifications introduced into the general International Law by the practice of the present war. (Hazlitt and Roche's *Manual of Maritime Warfare*, Appendix.)

5. Story's *Conflict of Laws*, chap. 17

Candidates for a certificate will be examined in (3) and (4) so far as regards chapters 11 and 12, and in (1) so far as the subjects there indicated are discussed in Sandars's edition of the *Institutes of Justinian*, and in Cumin's edition of Lagrange's *Manual*.

Oct 21, 1854

PROSPECTUS OF THE LECTURES
JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will, in the course of the ensuing Educational Term deliver Six Public Lectures on the following subjects:

I. On the Science of Jurisprudence, its Nature, Limits, and Uses — On some prevalent errors concerning it, and the misapprehensions from which they have arisen.

II. The Analysis of the Conceptions implied in the Primary Terms of Jurisprudence — On the extreme importance of this Analysis, the mode in which it has occasionally been prosecuted, and the results to which it has been supposed to lead.

III. The relation of Jurisprudence to certain departments of Moral Philosophy — the Jus Gentium and Jus Naturale of the Romans — on Some Modern Theories of Natural Law, considered with reference to the soundness of the assumptions on which they rest.

IV. On Grotius, his Method, his Doctrines, and the School which he founded — The influence of his Writings on Modern Private Law and on the International System — On some recent symptoms of reaction against his view.

V. and VI. On the Roman Civil Law and its relation to scientific Jurisprudence — On the principal points of contrast between the Laws of England and the system of the Jurisconsults — The study of the Civil Law in England, and the grounds on which it is to be defended and recommended.

With his private classes the Reader proposes to discuss the Roman Law of property, using as his text-book the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig. It is desirable that Students should provide themselves with the Latin text of Justinian's "Institutes" and of Gaius's "Commentaries," and also, if possible, with the "Explication Historique des Instituts" of Ortolan, or with the annotated English Edition of the "Institutes" by Sanders. Copies of the entire *Corpus Juris* will be provided in the Lecture-Room.

The Public Lectures will be delivered in the Hall of the Middle Temple, on Tuesday in each week, at two p.m. (The first Lecture of the course on Tuesday, Nov. 7.)

The Private Classes will assemble at the Class-room in Garden-court, on Tuesday, Thursday and Saturday evenings, from seven to nine o' clock.

Dec. 30, 1854

INNS OF COURT

HILARY TERM, 1855

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will, in the course of the ensuing Educational Term deliver Nine Public Lectures on the following subjects:

I. On Sovereignty. — The nature, limits, and criteria of Territorial Sovereignty — The History of the Conception, and its importance in Theories of Jurisprudence — On some complex forms of Sovereignty, with reference, more particularly to the United states of America and to the Germanic Confederation.

II. On the Law of Persons. — on some peculiarities in the Condition of early Societies, and the durable effects which they have produced on Ancient and Modern Jurisprudence — the Power of the Father, and the Tutelage of Women and Pupils — on the Original Character and Objects of these Institutions, and the Agencies by which they were progressively modified — on Legal Fictions, and their place in Jurisprudence — On the Praetorian Equity, and the principles descended from it to Modern Law.

III. On the Law of Things. — On the order and connection of the Departments of Law — On the different classes of Rights, and their relation to each other — on Universities of Rights, and Universal Successions — On Ownership and its Modifications — On Obligation, Contract, and Delict.

With his private classes the Reader proposes to discuss the Roman Law of Contracts, Testaments, and Legacies, employing as his Text-book the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig. It is desirable that students should provide themselves with the text of Justinian's Institutes, and of the Commentaries of Gaius; and also, if possible, with the *Explication Historique des Institutes* of Ortolan, or with the English Edition of the Institutes by Sanders. Copies of the entire *Corpus Juris* will be provided in the lecture-room.

The Public Lectures will be delivered in the Hall of the Middle Temple, on Tuesdays in each week, at two p.m. (The first lecture of the course on Tuesday, Jan. 16, 1855.)

The Private Classes will assemble at the class-room in Garden-court, on Tuesday, Thursday and Saturday evenings, from seven to nine o' clock.

Aug. 11, 1855

MICHAELMAS TERM, 1855

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to deliver, in the course of the ensuing Educational Term, Six Public Lectures on the following subjects:

- I. The Roman Civil Law, its Original Character, the agencies by which it was progressively modified, and the Form which it ultimately assumed.
- II. The Philosophical Theories of the Roman Jurisconsults, their effects on Modern Jurisprudence, and in particular, on International Law.
- III. The Juristical Conceptions peculiar to Primitive Societies, their Importance and the Mistakes which have arisen from neglecting them, more particularly with reference to the Feudal System.

With his private class, the Reader will commence an elementary course of Roman Law, employing as his text-book the Commentaries of Gaius, the Institutes of Justinian (Sandars's or Ortolan's Edition), and the Institutiones Iuris Romani Privati of Warnkönig. On certain days the last two titles of the Digest De Verborum Significatione and De Regulis Juris will be discussed and illustrated. Copies of the entire *Corpus Juris* will be provided in the lecture-room.

The public lectures will be delivered in the Hall of the Middle Temple on Tuesdays in each week, at two p.m. (The first lecture of the course on Tuesday, Nov. 13.) The private classes will assemble at the Class-room in Garden-court, on Tuesday, Thursday and Saturday evenings, from seven to nine o' clock. (The first private class to be held on Thursday, the 15th Nov.)

Dec. 29, 1855

HILARY TERM, 1856

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes, in the ensuing Educational Term, to deliver a Course of Nine Public Lectures on the following subjects:

- I. The Analysis of Law, and the Conceptions immediately dependent on it.
- II. The Law of Persons or status: its departments and sub-departments, and their connection with each other.
- III. The Law of Things: its relation to the Law of Persons, and the connection of its several departments.
- IV. Actions and Civil Process.

V. The Law of testamentary Succession: ancient theories of succession, and the principles descended from them to modern jurisprudence.

VI. The Position of Women in Roman Law, as respects personal and proprietary rights.

The private classes will proceed regularly through the principal departments of Roman law, beginning with the Law of Things. The text-book principally used will be the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig. On certain days the class will read the last two and other selected titles of the Digest. Copies of the entire *Corpus Juris* will be provided in the lecture-room.

The Public Lectures will be delivered in the hall of the Middle Temple, on Tuesdays in each week, at two p.m. (The first lecture of the public course on Tuesday, Jan. 15, 1856.)

The Private Classes will assemble at the Class-room in Garden-court, on Tuesday, Thursday and Saturday evenings, the junior class at a quarter to four p.m.; and the senior at half-past six p.m.. The first private class will be held on Thursday, the 17th Jan. All gentlemen desirous of joining either class are requested to meet the reader on that day in the class-room at a quarter to four.

Jan. 12, 1856

INNS OF COURT

PUBLIC EXAMINATION, HILARY TERM 1856

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to examine Candidates for Honours in the following Books and Subjects:

1. The Elements of the Roman Law of Testaments and Legacies as contained in the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig.

2. Wheaton's Elements of International Law. Vol. 2, chap. III on Neutral Rights, and chap. IV on Treaties.

3. Lindley's Introduction to the Study of Jurisprudence. Chap. III on "The Objects of Rights and Duties." (The text of Thibaut as translated by Lindley, and the notes of the translator in appendix).

Candidates for a pass certificate will be examined in:

1. Sanders's Institutes of Justinian. Book 2

2. Wheaton's Elements of International Law, Vol. 2 chap. IV

April 19, 1856

TRINITY TERM, 1856

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes, in the ensuing

Educational Term, to deliver a course of Twelve Public Lectures on the following subjects:

The Law of Testamentary Succession (continued from last Term) — The Principles of the Roman Law of Legacies — Ancient and Modern Contract-Law — Ancient and Modern theories concerning Crimes and Delicts — Roman Formulary Pleading and English Common Law Pleading — The Technicalities of the oldest Roman Law compared with those of the Law of England.

The Junior Private class will read the Roman Law of Contract, Quasi-Contract, and Delict in the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig, and the Roman Law of Civil Process in the Fourth Book of the Commentaries of Gaius. The Senior Class will read Selected Titles of the Digest, particularly such as illustrate the principles of the Roman law of Contracts and Legacies.

The Private Classes will assemble at the Class-room in Garden-court, Middle Temple, on Tuesdays, Thursdays and Saturdays, at a quarter to four p.m.; the first meeting to take place on April 22nd.

The first Lecture of the public course will be delivered on Tuesday, April 22nd, in the Middle Temple Hall.

Dec. 27, 1856

PUBLIC EXAMINATION
HILARY TERM, 1857

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to examine Candidates for Honours in the following Subjects:

1. The Elements of the Roman Law of Contract, Quasi-Contract and Delict; to be collected from the Third Book of the *Institutiones Iuris Romani Privati* of Warnkönig.

2. The Modification of Rights and Duties, by Conditions and by Limitations of Time: Lindley's Introduction to the Study of Jurisprudence, page 78 to 98.

3. The Rules of Public and Private International Law which are derived from the Right of Independence attaching to Sovereign States; to be collected from Wheaton's Elements of International Law, part. II, chap. 2, or from the corresponding chapters in Story's Conflict of Laws.

Candidates for a certificate will be examined in:

1. Wheaton's Elements of International Law, part. II, chap. 2

2. Sanders's Institutes of Justinian. Book III, with the note, and the first eleven titles of book IV.

Jan. 3, 1857

HILARY TERM, 1857

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes in the course of the ensuing Educational Term, to deliver Nine Public Lectures on the following subjects:

The Early History of some of the Fundamental Conception of Law — The Ancient Codes, European and Asiatic, their History, Character, and Influence — The Mechanism of the Roman Legal System, and the point in which it differed from the Mechanism of English Law — The Principles of the Roman Praetorian Jurisprudence, and their Influence on Modern Law and Modern Thought — Classifications in Law, their Use and Abuse — The Sources of the Roman Law of Persons.

With his Private Classes the Reader proposes to proceed regularly through the principal departments of Roman Law, beginning with the Law of Contract. The Commentary of Gaius will be the text-book of the Lectures, and will be read together with the Institutes of Justinian. On particular days, certain selected portions of the Digest will be taken.

April 11, 1857

LECTURES AT THE INNS OF COURT

EASTER TERM, 1857

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes during the ensuing Educational Term to deliver Twelve Public Lectures on the following subjects:

The Sources of Personal Law, the Early History of the Law of Property, the Early History of the Law of Contract and the Mature Jurisprudence of Rome on the subject of Contract, the Law of Testaments, its Ancient and Modern History, the Roman Law of Civil Process.

The Reader will, with his private class, consider the subject of Roman Law in its bearing on Modern Jurisprudence, using as his text-book the *Systema Juris Romani Hodie Usitati* of Mackeldey (Leipzig, 1847).

Sept. 12, 1857

INNS OF COURT

PUBLIC EXAMINATION: MICHAELMAS TERM, 1857

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to examine Candidates for Honours in the following Subjects:

1. The Elements of the Roman Law of Conventional Obligations. Mackeldey, *Systema Juris Romani Hodie Usitati*, Lib. II sect. 2, cap. 1 (edition of 1847, pp. 362-428)

2. Principles of General Jurisprudence with reference to Rights and Duties, their relation to each other, and their modifications. Lindley's Introduction to the Study of jurisprudence. Part II, cap. 1, pp. 52-98

3. Absolute International Rights of States. Wheaton's Elements of International Law. Part II

Candidates for a certificate will be examined in

1. The Institutes of Justinian, book III (beginning with the title xiii.), and book IV, together with the notes in Sandars's edition. 2. absolute International Rights of States. Wheaton's Elements of International Law. Part II.

March 20, 1858

INNS OF COURT

PUBLIC EXAMINATION: TRINITY TERM, 1858

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will examine Candidates for Honours in the following subjects:

1. The Elements of the Roman Law of Dominion. Servitudes, Mortgages and Contractual Obligations. Mackeldey, *Systema Juris Romani Hodie Usitati* (Latin edition), pp. 249-428

2. International Rights of Independence, Equality and Property. Wheaton's Elements of International Law, part II, chaps. 2, 3 and 4

3. De Verborum Significatione and De Regulis Juris. The last two titles of the Digest

Candidates for a certificate will be examined in:

1. Sandars's Institutes of Justinian, books III. And IV, and also the first nine titles of book II.

2. International Rights of Equity and Property Wheaton's Elements, part II, chaps 3 and 4.

April 3, 1858

SPRING ASSIZES

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes, in the ensuing Educational Term, to deliver course of Ten Public Lectures on the following subjects:

1. Ancient Codes, and the Characteristics of Primitive Law
2. The Conception of Equity; its Ancient and Modern History
3. The Early History of the Law of Persons
4. The Principles of Legal Classification
5. The Analysis of Law, and the Conceptions dependent on it, as effected by Bentham and Austin.

With the senior private class the Reader will continue to read Mackeldey's *Systema Juris Romani Hodie Usitati* beginning with the on Obligation. On one day of the week he will take a selected title of the Digest. He will also endeavour to form a junior class, for the study of the Elements of Roman Law. This class, if it be formed, will read on of the Institutional Treatises from the commencement. Gentlemen, desirous of joining it, are requested to attend at Garden-court on the first Private Class Day, at $\frac{1}{4}$ to 5 p.m.

Sept. 4, 1858

INNS OF COURT

PUBLIC EXAMINATION, MICHAELMAS TERM, 1858

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes in the ensuing Educational Term, to deliver Six Public Lectures on the following subjects:

1. The Roman and Feudal Conceptions of Property, and the Consequences of the difference between them
2. The Roman Law of Contracts and Delicts
3. The Roman Law of Civil Process

With his senior private class the Reader will proceed through a course of Roman Law, beginning with the Law of Persons. He will use as his text-book the *Systema Juris Romani Hodie Usitati* of Mackeldey, and will commence at the section entitled "Jus Familiare." The Reader will also endeavour to form a junior class, for the purpose of going through one of the Roman Institutional Treatises. The private classes meet at the Lecture-room in Garden-court.

Jan. 1, 1859

INNS OF COURT
HILARY TERM, 1859
JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to deliver in the ensuing Educational Term, a Course of Nine Public Lectures on the following subjects:

1. the Analysis of "Law" and of the Conceptions dependent on it, as effected by Bentham and Austin
2. the Roman Law of Contract, and the Principles of Modern Jurisprudence descended from it.
3. the Roman Law of Testaments, and the Principles of Modern Jurisprudence descended from it.
4. the Connection of Roman and of Modern International Law.

With his private class the Reader will continue the course of Roman Law already commenced. After finishing the Institutional Treatises, the Reader will take up the *Systema Juris Romani Hodie Usitati* of Mackeldey, or some similar compendium of modern civil law. Portions of the Digest will also be read on stated days.

April 9, 1859

INNS OF COURT
TRINITY TERM, 1859

The reader on Jurisprudence and Civil Law proposes, in the course of ensuing Educational Term, to deliver Ten Public Lectures on the following subjects:

1. International Law, so far as its Principles depend on those of Roman Law
 2. the Early History of Written Law
 3. the early History of Equity
 4. the early History of Civil Process
 5. principle of classification in Jurisprudence
- with his private class the Reader will begin by discussing the subject of Roman Testamentary Law. He will then consider several departments of the more modern Civil Law, using as his text-book the work of Mackeldey, called *Systema Juris Romani Hodie Usitati*. On certain days he will read selected titles of the Digest.

17 Sept., 1859

PUBLIC EXAMINATION

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law proposes to examine Candidates for Honours the following books:

1. the Institutes of Justinian. Books I and II.
2. The General Part of Mackeldey's Modern Civil Law; pp. 132 to 224 of the Latin edition called *Systema Juris Romani Hodie Usitati*.
3. Phillimore's Principles and Maxims of Jurisprudence, pp. 162-251 (from the maxim *Domiciliare et facto transfertur* to the maxim *Culpa ... immiscere se rei as se non pertinenti*.)

Candidates for a pass certificate will be examined in

1. The Institutes of Justinian. Books I. And II
2. Phillimore's Principles and Maxims of Jurisprudence, pp. 162 to p. 200 (from the maxim *Domicilium*, & c., to the maxim *Is natura debet*, &c.)

Dec 31, 1859

INNS OF COURT

HILARY TERM 1860

JURISPRUDENCE AND THE CIVIL LAW

The Reader on Jurisprudence and the Civil Law will, in the ensuing Educational Term deliver Nine Public Lectures on the following subjects:

1. on some peculiarities in Ancient Law and their influence on modern ideas
2. on the Roman Law of Contract, Delict and Crime, with its influence on Modern Jurisprudence.
3. On Domicil

With his Private Class the Reader will proceed through several departments of Roman Law, beginning with the Law of Wills. He will use as his textbook the "Systema Juris Romani Hodie Usitati" of Mackeldey (Latin edition), and will commence at the chapter on Jus Haereditarium, if time permits, selected chapters of the Digest will be taken on specified days.

Testi utilizzati da Maine nei corsi al Middle Temple

- AUSTIN: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Murray, 1832.
- BENTHAM: Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais, Bruxelles, L. Hauman, 1829-30.
- CUMIN: Patrick Cumin, *Manual of civil law; or, examination in the Institutes of Justinian being a translation of that work, with an introduction on the history of the Roman law*, London, Stevens and Norton, 1854.
- DU CAURROY: A.M. Du Caurroy, *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Paris, Thorel, 1851⁸.
- FÆLIX: Jean-Jacques Gaspard Foelix, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1847².
- HAZLITT AND ROCHE: William Hazlitt & Henry Philip Roche, *Manual of the law of maritime warfare, embodying the decisions of Lord Stowell and other English judges, and of the American courts, and the opinions of the most eminent jurists: with an appendix of the official documents and correspondence in relation to the present war*, London, V. & P. Stevens and G.S. Norton, 1854.
- KENT: James Kent, *Commentaries on American Law*, New York, W. Kent, 18517 (la sezione *On the Law of Nations* corrisponde al libro I; solo dopo il 1866 sarà ristampata autonomamente).
- LABOULAYE: Edouard Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des romains concernant la responsabilité des magistrats*, Paris, A. Durand, 1845
- LAGRANGE: Eugène Lagrange, *Manuel de droit romain, ou Explication des Institutes de Justinien par demandes et réponses, précédé d'une introduction historique à l'étude du droit romain*, 4e édition augmentée, Paris, Mansut fils, 1841-1842.
- LERMINIER: Eugène Lerminier, *Introduction générale a l'histoire du droit*, Paris, Chamerot, Gobelet, 1835².
- LINDLEY: Nathaniel Lindley, *An introduction to the study of jurisprudence: being a translation of the general part of Thibaut's System des Pandekten Rechts*, London, W. Maxwell, 1855.
- MACKELDEY: Ferdinandi Mackeldeii, *Systema iuris romani hodie usitati / post Cl. Rosshirtii curas novissimas nunc primum latine interpretatus est Ernestus Eduardus Hindenburg*, Lipsiae, Hinrichs, 1847.
- MACKELDEY: Ferdinand Mackeldey, *Compendium of modern civil law*, edited by Philip Ignatius Kaufmann. from the 12th German edition, London, Wiley and Putnam, 1845.

- ORTOLAN: Joseph Louis Ortolan, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien: avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe précédée d'une généralisation du droit romain*, Paris, Joubert, 1847⁴.
- PHILLIMORE: John George Phillimore, *Introduction to the Study and History of Roman Law*, London, W. Bennig, 1848
- PHILLIMORE: John George Phillimore, *Principles and Maxims of Jurisprudence*, London, Parker, 1856.
- PLATNER: Eduard Platner, *Quaestiones de jure criminum romano praesertim de criminibus extraordinariis*, Marburgi et Lipsiae, Elwert, 1842
- PUCHTA: Georg Friedrich Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, J.A. Barth, 1838.
- SANDARS: Thomas Collett Sandars, *The Institutes of Justinian; with English introduction, translation, and notes*, London, J.W. Parker and Son, 1853.
- STORY: Joseph Story, *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgements — Second edition revised, corrected, and greatly enlarged*, London, A. Maxwell, 1841.
- TIGERSTROM: Friedrich Wilhelm von Tigerström, *Die innere Geschichte des römischen Rechtes, nach den Quellen bearbeitet*, Berlin, G. Reimer, 1838.
- TIGERSTROM: Friedrich Wilhelm von Tigerström, *Die Äussere Geschichte des Römischen Rechtes*, Berlin, G. Reimer, 1841.
- CHARLES-BONAVENTURE-MARIE TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Bruxelles, H. Tallar, 1829-1832.
- WARNKÖNIG: Leopold August Warnkönig, *Commentarii juris Romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati, in usum academicarum praelectionum et studii privati*, Leodii, J. Desoer, 1825-1829.
- WARNKÖNIG: Leopold August Warnkoenig, *Doctrina Iuris Philosophica aphorismis distincta in usum scholarum*, Aquisgrani — Lovanii, 1830.
- WARNKÖNIG: Leopold August Warnkönig, *Institutiones juris Romani privati, in usum praelectionum academicarum Vulgatae cum introductione in universam jurisprudentiam at in studium juris Romani*, Bonnae, A. Marcus, 18343.
- WHEATON: Henry Wheaton, *Elements of international law, with a sketch of the history of the science*, London, B. Fellowes, 1836
- WHEWELL: *H. Grotii de Jure Belli et Pacis Libri tres, accompanied by an abridged translation by W. Whewell, with the notes of the author, Barbeyrac, and others. Lat. & Engl.*, Cambridge, London, J.W. Parker, 1853.

INDICE DEI NOMI *

- ABATTISTA, GUIDO 90 n., 233 n.
AGNELLI, ARDUINO 37 n., 42 n., 44 n., 61 n.,
101 e n., 195 n.
ALLEN, CARLETON KEMP 29 n., 145 n.
ALPA, GUIDO 189 n.
ALTHUSSER, LOUIS 115 n.
AMOS, SHELDON 25-28
AMPOLO, CARMINE 38 n.
ANNAN, NOEL 74 n.
ANTONINO CARACALLA 201 e n.
ARNOLD, THOMAS 36
ASHLEY, WILLIAM JAMES 217 n.
ATIYAH, PATRICK SELIM 212 n.
ATTWOOLL, ELSPETH 60 n.
AUSTIN, SARAH 130, 195 n.
AYALA, BALTASAR 55
BACHOFEN, JOHANN JAKOB, x n., 88 n.
BADALONI, NICOLA 237 n.
BAGEHOT, WALTER 170 n.
BARBERIS, MAURO 201 n.
BARBEYRAC, JEAN 130 n.
BARTH, PAUL 131 n.
BENVENISTE, ÉMILE 131 n.
BERLIN, SIR ISAIAH 34 n.
BERNARD, MONTAGUE 71-73, 77, 78, 152-
153
BETHELL, ROBERT (LORD WESTBURY) 10
BEVINGTON, MERLE MOWBRAY 12 n., 48 n.,
78 n.
BIRKS, PETER 160 n.
BLACK, R.D. COLISSON 217 n.
BLACKSTONE, WILLIAM 2, 22 n., 29, 51 n., 59
e n., 72 n., 146-148, 195 n., 221, 227-
229
BLAUG, MARK 190 n.
BOBBIO, NORBERTO 42 n., 111 n.
BOCK, KENNETH E. 83 n., 222 n.
BOLOGNA, MARIA PATRIZIA 78 n.
BONFANTE, PIETRO 39, 155 n., 166 n.
BONNER, ROBERT 97 n.
BORSA, GIORGIO 90 n.
BOWRING, SIR JOHN 126 n., 148
BOWYER, SIR GEORGE 10 e n.
BRACON, HENRY DE 15 e n.
BRUNNER, OTTO 56 n.
BUCCHI, SERGIO 48 n., 59 n.
BUCKLAND, WILLIAM WARWICK 145 n.
BUCKLE, THOMAS HENRY 91 n., 123-126
BURKE, EDMUND 90 n.
BURNS, JAMES HENDERSO 59 n.
BURROW, JOHN W. VIII, 32 n., 40 n., 76 n.,
77 n., 82 n., 108 n., 126 n., 131, 132 n.,
133, 209 n., 217 n., 235 n.
CAMERON, JAMES REESE 15 n.
CAMPBELL, ENID 7 n.
CAMPONESI, CRISTIANO 77 n., 108 n.
CANTARELLA, EVA 88 n.
CAPOGROSSI COLOGNESI, LUIGI 30 n., 39, 40
n., 85 n., 134 n., 179 n.
CAPPELLINI, PAOLO 193 n.
CAPPELLINI, SUSANNA 129 n.
CARLE, GIUSEPPE 109 n.
CARLISLE, HENRY E. 7 n.
CARRILLO, GENNARO 34 n.

* Maine, Bentham e Austin ricorrono troppo di frequente per essere indicati. L'indicazione *App.* rimanda all'appendice.

- CASSANI, ANSELMO VIII, 17 n., 75 n., 128 n., 160 n.
 CASSIRER, ERNST 77 n.
 CATTANEO, MARIO A. 44 n., 45 n.
 ČERNYŠEVSKIJ, NIKOLAJ GAVRILOVIC 234 n.
 CERRONI, UMBERTO 164 n.
 CHAPMAN, R.A. 114 n.
 CHIASSONI, PIERLUIGI 154 n.
 CICERIN, NIKOLAJ B. 240 n.
 CICERONE 66
 CLÉRO, PIERRE 147 n.
 COBBETT, WILLIAM 53 n.
 COCKS, RAYMOND C.J. x, 6 n., 9 n., 10 n., 11 n., 12 n., 34 n., 43 n., 79, 80 n., 120 n., 136, 241, 246 n.
 CODAZZI, ANTONELLA 124 n.
 COHN, BERNARD S. 90 n.
 COLAJACO, J.A. 48 n., 170 n.
 COLEBROOKE, SIR EDWARD 233 n.
 COLERIDGE, HENRY NELSON 35, 36 e n.
 COLERIDGE, SAMUEL TAYLOR 8 n., 36
 COLLER, J.F. 90 n.
 COLLINI, STEFAN 76 n., 108 n., 210 n., 217 n.
 COLLINS, F. HOWARD 206 n.
 COMANDUCCI, PAOLO 154 n.
 COMTE, AUGUSTE 160 n.
 COMTE, CHARLES 160 n.
 CONSTANT, BENJAMIN 206
 CORNWALLIS, CHARLES (LORD CORNWALLIS) 90
 CORSANITI, ALDO 192 n.
 CORSANO, MARINELLA 97 n.
 COSGROVE, RICHARD A. 26 n.
 COSTA, PIETRO 201 n., 212 n., 215 n., 228 n.
 COWARD, ROSALIND 178 n.
 CRICK, MALCOM 77 n.
 CRIMMINS, JAMES E. 61 n.
 CRISCUOLI, GIOVANNI 5 n., 12 n., 145 n., 169 n.
 CRONE, J.S. 35 n.
 CROOKE, ANDREW 114 n.
 CROSS, GEOFFREY 26 n.
 CUMIN, PATRICK *App.*
 D'AMELIO, GIULIANA 32 n.
 DAHLE, HEIKO IX
 DALLARI, GINO 178 n., 198 n., 218-221
 DALY, JAMES 104 n.
 DARDI, MARCO 218 n.
 DARWIN, CHARLES 69, 83 n.
 DE CHAMPS, EMMANUELLE 79 n., 149 n.
 DERRETT, J.D.M. 90 n.
 DETIENNE, MARCEL 77 n.
 DEWEY, CLIVE 218 n., 235 n., 241 n.
 DEWEY, JOHN 62 n.
 DEWOLFE, MARK 98 n.
 DIAMOND, ALLAN 241 n.
 DICKENS, CHARLES 169-170
 DICKINSON DE WITT, E. 45 n.
 DICKINSON, HARRY THOMAS 228 n.
 DOCKHORN, KLAUS 29 n., 36 n.
 DOLIN, KIERAN 170 n.
 DRINKER BOWEN, CATHERINE 98 n.
 DROYSEN, JOHANN GUSTAV 123 n.
 DU CAURROY, ADOLPHE MARIE *App.*
 DUMONT, ETIENNE 33, 247 n.
 DUMONT, LOUIS 235 n.
 DUNCAN, DAVID 205 n.
 DURKHEIM, ÉMILE 199 n., 200 n., 211 n.
 DUSO, GIUSEPPE 187 n., 255 n.
 ELPHISTONE, MONTSTUART 233-234
 EMERSON, ROGER L. 121 n.
 EMPSON, WILLIAM 30 n., 160 n.
 ENGELS, FRIEDERICH 234 n., 236 n.
 ÉTIENNE, LOUIS 123 n.
 ETTER, ANNEMARIE 90 n.
 FARNSWORTH, EDWARD ALLAN 182 n.
 FEAVER, GEORGE VIII, IX, 13 n., 24 n., 48 n., 70 n., 86 n., 198 n., 204 n.
 FEBVRE, LUCIEN 131 n.
 FERRARI, GIUSEPPE (JOSEPH) 37-38
 FERRARI, VINCENZO IX
 FERRERO, GUGLIELMO 109 n.
 FILMER, ROBERT 104 n.
 FIORAVANTI, MAURIZIO 31 n.
 FLETA (cosiddetto) 15 e n.
 FOELIX, JEAN-JACQUES GASPARD *App.*
 FORBES, DUNCAN 36 n., 90 n.
 FRANK, JEROME 98 n.
 FREEMAN, EDWARD A. 76 n., 235 n.
 FUCHS, ECKARDT 123 n.

- FULLER, LON L. 145 n., 151 n., 154 n.
 FUSTEL DE COULANGES, EMIL 199 n., 231 n.
 GAIO 15, 176 e n.
 GHERARDI, RAFFAELLA 90 n.
 GIANNOTTI, GIANNI 200 n., 214 n.
 GIERKE, OTTO VON x, 202 n.
 GIGANTE, MARCELLO 86 n.
 GIULIANI, ALESSANDRO 7 n.
 GIUSTINIANO 162 e n., 167
 GLIOZZI, GIULIANO 114 n.
 GLUCKMAN, MAX 182 n.
 GODEFROY, DENIS 147
 GRANT CHARLES 233 n.
 GRANT DUFF, M.E. 72 n., 85 n., 241 n.
 GRAVESON, RONALD H. 192 n., 212 n.
 GREEN, THOMAS HILL 215 n.
 GROH, DIETER 234 n.
 GROSSI, PAOLO 213 n., 231 n.
 GROTE, GEORGE 37-39, 66-67, 78 n., 86 n.,
 95 n., 97 n.
 GROTIUS, HUGO 45, 52-53, 55, 252
 GUASTINI, RICCARDO 154 n.
 GUHA, RANAJIT 90 n., 239 n.
 GUIZOT, FRANÇOIS 51, 131 n.
 HAENEL, GUSTAV 25
 HALE, MATTHEW 194
 HARE, JULIUS CHARLES 36
 HARRISON, FREDERIC 6 e n., 72, 81
 HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS 44 n.,
 147 n.
 HAVELOCK, ERIC A. 94 n.
 HAXTHAUSEN, AUGUST VON 233 e n.
 HAYEK, FRIEDRICH A. VON 201 n.
 HAYWARD, ABRAHAM 7 n.
 HAZLITT, WILLIAM *App.*
 HEINECKE, JOHANN GOTTLIEB 151
 HERON, DENIS CAULFIELD 35 e n., 37 n.
 HERZEN, ALEKSANDR 234 n.
 HILL, CHRISTOPHER 52 n.
 HINTON, R.W.K. 114 n.
 HOBBS, THOMAS 32, 46-49, 56, 61, 64 n.,
 114 n., 184, 187 n., 221, 229, 251 n.,
 252, 254
 HOLDSWORTH, WILLIAM S. 169 e n.
 HOLLAND, THOMAS ERSKINE 25 e n.
 HOLMES, OLIVER WENDELL 98 e n.
 HUGO, GUSTAV 41-42, 103 n.
 HUME, DAVID 149, 254 n.
 HUTTON, CHRISTOPHE 241 n.
 INGRAM, JOHN KELLS 217 n.
 JEFFERSON, THOMAS 57 n.
 JHERING, RUDOLPH VON 29 n., 151 n., 153
 n., 178 n.
 JONES, WILLIAM 89-91
 KADISH, SANFORD H. 23 n.
 KAHN-FREUND, OTTO 198 n.
 KANT, IMMANUEL 77 n.
 KANTOROWICZ, HERMANN 29 n.
 KENT, JAMES *App.*
 KIRALFY, ALBERT KENNETH ROLAND 142 n.
 KLINCK, DENNIS R. 170 n.
 KOSCHAKER, PAUL 145 n.
 KRADER, LAWRENCE 237 n.
 LA VERGATA, ANTONELLO 83 n.
 LABOULAYE, EDOUARD *App.*
 LAGRANGE, EUGÈNE *App.*
 LANARO, GIORGIO 129 n.
 LANDUCCI, SERGIO 114 n.
 LASKI, HAROLD VII, XI, 98 e n.
 LASTRA ANTONIO 251 n.
 LATTE, KURT 97 n.
 LAVAL, CHRISTIAN 147 n., 149 n.
 LAVELEYE, EMIL DE 217 n., 231 n.
 LAW, IRENE 13 n.
 LECKY, WILLIAM EDWARD HARTPOLE 140 n.,
 160 n.
 LEFORT, CLAUDE 37 n.
 LERMINIER, EUGÈNE *App.*
 LESLIE, T.H. CLIFF 217 n.
 LEWIS, GEORGE CORNWALL 62 n.
 LIEBERMAN, DAVID 2 n., 59 n.
 LINDLEY, NATHANIEL *App.*
 LIVINGSTON, EDWARD 23 n.
 LOBBAN, MICHAEL 35 n.
 LOCHE, ANNAMARIA 51 n.
 LOCKE, JOHN 47 n., 64 e n., 102, 104 n.,
 187 n., 227, 229, 251, 252 n.
 LONG, GEORGE 9-10
 LOOS FRITZ, 53 n.
 LUBBOCK, JOHN 237 n.

- LUKES, STEVEN 221 n.
 LYELL, CHARLES 82 n.
 MACCORMACK, GEOFFREY 192 n.
 MACCORMACK, N. 160 n.
 MACKELDEY, FERDINAND 29 n., *App.*
 MACNAIR, ARNOLD DUNCAN 145 n.
 MAITLAND, FREDERIC WILLIAM 13 n., 15 n.,
 29 n., 83 n., 112, 201-202, 210 n., 211
 n.
 MALCOM, JOHN 233 n.
 MALTHUS, THOMAS ROBERT 30 n., 31 n.
 MANU 89-92, 109, 134, 191 n., 233 n.
 MARCONI, PIO 207 n.
 MARCUCCI, SILVERIO 129 n.
 MARINI, GIULIANO 30 n., 31 n., 42 n., 78 n.
 MARINO, LUIGI 53 n.
 MARKBY, SIR WILLIAM 171 n., 197 e n.
 MARRA, REALINO 199 n.
 MARSHALL, ALFRED 218 n.
 MARTENS, GEORG FRIEDRICH VON 53 e n.
 MARX, KARL x, 235, 236 n., 237 n.
 MAURER, GEORG LUDWIG VON 235 e n.
 MAZZARINO, SANTO 38 n.
 MCKENDRICK, NEIL 235 n.
 McLELLAN, JOHN FERGUSON 85 n., 97 n.
 MEADOWCROFT, JAMES 215 n.
 MEEK, RONALD 121 n.
 MEHTA, UDAY SINGH 90 n.
 MERLO, MAURIZIO 187 n.
 METCALFE, CHARLES 233 n.
 MEZZADRA, SANDRO 239 n.
 MICHELET, JULES 37
 MILL, JAMES 59, 90 n., 128 n., 233 n., 239
 MILL, JOHN STUART 37, 60, 71 n., 83, 129,
 135 n., 191 n., 195 n., 196 n.
 MILMAN, HENRY HART 36
 MINUTI, ROLANDO 135 n.
 MITFORD, WILLIAM 38
 MOLESWORTH, SIR WILLIAM 48, n., 67
 MOMIGLIANO, ARNALDO 37 e n., 66 n.
 MOMMSEN, THEODORE 37 e n., 66 n., 178 n.
 MONTESQUIEU, C.-L. DE, 51 n., 81 n., 115
 n., 160 n., 182 n., 199 n., 246 e n.
 MOORE, ELON H. 23 n.
 MORGAN, LEWIS x, xi, 85 n.
 MORGLEN, EBEN 158 n.
 MORISON, WILLIAM LOUITT 41 n., 60 n., 151
 n., 194 n., 195 n., 196 n.
 MÖSER, JUSTUS 235
 MÜLLER, MAX 77-78, 88 n., 108 n.
 MUNRO, THOMAS 233 n.
 MURRAY, JOHN 69
 MURRAY, R.H. 34 n.
 NASSE, ERWIN 235 n.
 NETTLESHIP, RICHARD LEWIS 215 n.
 NIEBUHR, BARTHOLD GEORG 36-37, 38 n.
 NIETZSCHE, FREDERICH 91 n., 124 n.
 NUSSBAUM, ARTHUR 53 n.
 OGDEN, CHARLES KAY 149 n.
 OMEMO 35, 36 n., 85-87, 93, 177 n.
 ORESTANO, RICCARDO 178 n., 193 n.
 ORSUCCI, ANDREA 89 n.
 ORTOLAN, JOSEPH LOUIS *App.*
 PALAZZOLO, CLAUDIO 215 n.
 PALEY, WILLIAM 45 n., 60, 61 n., 253 n.
 PANIZZA, DIEGO 169 n.
 PANTALEONI, MAFFEO 97 n.
 PARSONS, TALCOTT 132 n.
 PASUKANIS, EVGENI B. 164 n.
 PATEMAN, CAROLE 114 n., 178 n.
 PEEL, ROBERT 12 n.
 PEROZZI, SILVIO 32 n.
 PERRY, SIR ERSKINE 29 n.
 PHEAR, JOHN BUDD 237 n.
 PHILLIMORE, JOHN GEORGE 10-11, *App.*
 PICARDI, N. 7 n.
 PICCININI, MARIO 29 n., 56 n., 187 n., 202
 n.
 PICK, DANIEL 109 n.
 PIEVATOLO, MARIA CHIARA 201 n.
 PLATNER, EDUARD *App.*
 POLLARD, SIDNEY 204 n.
 POLLOCK, FREDERICK 6 n., 91 n., 96 n., 97
 n., 110 n., 112, 128 n., 153 n., 213 n.,
 228-229
 POLLOCZEK, DIETER PAUL 170 n.
 POSTEMA, GERALD J. 2 n., 22 n., 51 n., 56 n.
 POSTIGLIOLA, ALBERTO 115 n.
 POTHIER, ROBERT-JOSEPH 20 n.
 PREVITERA, AURELIO 94 n.

- PUCHTA, GEORG FRIEDRICH 9 n., 28 n., 29
 e n., *App.*
 QUAGLIARIELLO, GAETANO 203 n.
 RADCLIFFE, G.R.Y. 26 n.
 RAMETTA, GAETANO 56 n.
 RAUSCHNING, DIETRICH 53 n.
 REDDIE, JAMES 160 n.
 RESCHER, NICHOLAS 129 n.
 RESTAINO, FRANCO 160 n.
 RICCIARDI, MAURIZIO 198 n.
 RILEY, PATRICK 255 n.
 ROACH, JOHN 48 n., 213 n.
 ROBERTSON, JOHN MACKINNON 123 n.
 ROBSON, JOHN M. 195 n.
 ROBSON, ROBERT 77 n.
 ROCHE, HENRY PHILIP *App.*
 ROMANO, ANDREA 255 n.
 ROSANVALLON, PIERRE 235 n.
 ROSS, ALF 154 n.
 ROSSI, PIETRO 206 n.
 ROUSSEAU, JEAN-JACQUES 134 n., 144
 RUBEN, EIRA 60 n.
 RUIPÉREZ, MARTIN S. 97 n.
 RUMBLE, WILFRID E. x, 41 n., 59 n.
 SALVIO GIULIANO 166
 SANDARS, THOMAS COLLETT *App.*
 SANTORO, EMILIO 221 n.
 SANTUCCI, ANTONIO 206 n.
 SAUSSURE, FERDINAND DE 77 n.
 SAVIGNY F.C. 7-9, 29-31, 72-73, 151 n.,
 160 n., 167 n., 193, 229, 230 n.
 SAVILLE, JOHN 52 n., 204 n.
 SCHELLING, F.W.J. 77 n.
 SCHIEL, E. 83 n.
 SCHMITT, CARL 86 n., 198 n.
 SCHMOLLER, GUSTAV 217 n.
 SCHNEEWIND, J.B. 129 n.
 SCHREMPF, GREGORY 77 n.
 SCHUMPETER, JOSEPH VIII, 217 n.
 SCHWARZ, ANDREAS B. 42 n.
 SCIALOIA, VITTORIO 97 n.
 SCOTT, JOHN (LORD ELDON) 168-171
 SEMMEL, BERNARD. 123 n.
 SHANLEY, M.L. 114 n.
 SHAPIRO, BARBARA 21 n.
 SIMON, DAPHNE 204 n.
 SMELLIE, K.B. 131-132, 175 n.
 SMITH, ADAM 214 n., 240
 SMITH, BRIAN 121 n.
 SMITH, GERTRUD 97 n.
 SMITH, WILLIAM 10 n., 201 n.
 SOLONE 66
 SPENCER, HERBERT x, 83 n., 199 n., 204-211,
 227
 STARR, J. 90 n.
 STEIN, PETER 7 n., 8 n., 10 n., 22 n., 24, 97
 n., 160 n.
 STEPHEN, JAMES FITZJAMES 6 n., 42 n., 80 n.,
 170 n., 253 e n.
 STEPHEN, LESLIE 13 n., 48 n., 129 n.
 STOKES, ERIC 91 n.
 STORY, JOSEPH *App.*
 STRAUSS, LEO 251 n.
 STRAYER, JOSEPH R. 158 n.
 TACITO 102, 122 n.
 TALBOT CHARLES (LORD TALBOT) 168
 TAMASSIA, FRANCO 218 n.
 TAPPER, COLIN 102 n.
 TAYLOR, MICHAEL W. 207 n., 213 n.
 TEGOBORSKI, LUDWIG 233, 234 n.
 TEUBNER, WERNER 21 n.
 THIBAUT, A.F.J. 8 e n., 30, 167 n., 194 n.,
 197 n., *App.*
 THIRLWALL, CONNOP 36, 38
 TIGERSTRÖM, FRIEDRICH WILHELM VON *App.*
 TOCQUEVILLE, ALEXIS DE 23 n.
 TODESCAN, FRANCO 149 n., 153 n.
 TÖNNIES, FERDINAND x-xi, 198 n., 199 n.
 TOOKE, JOHN HORNE 78
 TOSCANO, MARIO A. 206 n.
 TOULLIER, C.-B.-N. *App.*
 TURNER, FRANK M. 36 n., 38 n.
 ULPIANO 247
 UTZ, STEPHEN G. 74, 75 n., 98 n.
 VALERA, GABRIELLA 29 n.
 VANNI, ICILIO 31 n., 59 n., 63 n., 96 n., 127
 n., 179 n., 211 n.
 VERSTERG, J. RUSSELL 192 n.
 VICO, GIAMBATTISTA 33-40, 93, *App.*
 VILLARI, PASQUALE 123 n.

- VILLEMMAIN, ABEL FRANÇOIS 51
VINOGRADOFF, PAUL VII, VIII, XI, 28 n., 79 n.,
112
VOGELER, M.S. 6 n.
WALDRON, JEREMY 247 n.
WARNKÖNIG, LEOPOLD AUGUST 29 n., *App.*
WEBER, MAX x, 56 n., 203 n., 223
WEBER, W.E. 37
WHATELEY, RICHARD 36
WHEATON, HENRY *App.*
WHEWELL, WILLIAM 61 n., 82 n., 129-130,
149 n., 250, *App.*
WHITNEY, WILLIAM DWIGHT 77 n.
WILLIAM, HENRY 13 n.
WILLIAMS, RAYMOND 131 n.
WINCH, DONALD 76 n., 217 n.
ZOLO, DANILO 201 n.
ZULUETA, FRANCIS DE 176 n.

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	VII
<i>Abbreviazioni</i>	xv

CAPITOLO PRIMO

SEMANTICA DEL CODICE

1. Maine al Middle Temple	4
2. Tra codice e codificazione.	14
3. Il codice tra scienza e riforma.	19
4. Le <i>mani</i> di Sir Henry	25
5. <i>Historische Schule</i>	28
6. Una promessa mancata: l'ombra di Vico.	33
7. <i>Analytical Jurisprudence</i>	40
8. <i>The Conception of Sovereignty</i>	43
9. Figure e tradizioni della sovranità	47
10. Sovranità territoriale	52
11. Un 'benthamismo' <i>ragionevole</i>	58
12. Uno storicismo non storicista	62

CAPITOLO SECONDO

SULLA LOGICA DELLA RAPPRESENTAZIONE STORICA

1. Una filosofia della storia del diritto.	74
2. L'epoca dei codici come problema	84
3. <i>Themistes</i>	93
4. Genere e genealogia I: comando/legge	99
5. "Customary law".	105
6. Genere e genealogia II: potere/politico.	112
7. Semantica del progresso I.	117

CAPITOLO TERZO
DAL CODICE AL SISTEMA

1.	<i>Fictio/fiction</i>	143
2.	<i>Æquitas/Equity</i>	159

CAPITOLO QUARTO
SISTEMA E STORIA

1.	Tra <i>aggregation</i> e <i>collection</i> : la continuità del principio compositivo	181
2.	Semantica del progresso II	185
3.	<i>Status</i>	191
4.	<i>Contract</i>	203
5.	Imperatività e libertà.	218
6.	Proprietà	224
7.	“The great antagonist of the Historical Method”	242
<i>Appendice</i>		259
<i>Indice dei nomi</i>		279

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999), 8° - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001) due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) *in preparazione*

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

- Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIA
GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL
CENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OC
TALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATUR
LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204

- I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL L
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACION
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopardi
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTA
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

- Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografia intellettuale
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, **IURISDICTION**
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, **TRA LEGGE E CONTRATTO**
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE

€ 23,00 I.V.A. inclusa
L. 44.534

3966-40

ISBN 88-14-10273-2



9 788814 102738