

QUESTO LIBRO ...

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

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

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

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

I curatori

GLI AUTORI

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

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

Pierre Bonin, Nader Hakim

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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