

Ius, νόμος, ma'at.
‘Inattualità’ e ‘alterità’ delle esperienze giuridiche antiche

Es läuft gegen die Ordnung der Geschichte, daß Homer zum zweiten Male erstehe, Phidias wiederkehre und der ganze Zusammenhang der Dinge sich auflöse, damit ein zweiter Priamus von einem zweiten Achill um Hectors Leiche flehe.

Bachofen 1951, 429

ἀλλ' εἰ χειρῶν ἔχον βόες <ἵπποι τ' > ἢ ἐλέοντες
ἢ γράψαι χεῖρεσσι καὶ ἔργα τελεῖν ἅπερ ἄνδρες,
ἵπποι μὲν θ' ἵπποισι, βόες δέ τε βουσὶν ὁμοίως
καὶ <κε> θεῶν ιδέας ἔγραφον καὶ σώματ' ἐποίουν
τοιαῦθ', οἷόν περ καὶ τοὶ δέμας εἶχον <ἐκαστο>.
Xenoph. fr. 13 Diehl

Sommario: 1. L'attuale inattualità dell'antico. - 2. L'eterogeneità dell'antico e il 'neo-pandettismo' di L. Gernet: per un diritto senza 'Stato' e senza 'Giudice'. - 3. *Ma'at*: il modello 'altro' dell'iniziale indistinzione e l'ordine cosmico del potere. - 4. *Ius* e νόμος: agli inizi del *droit* in Occidente tra scienza e coscienza. - 5. Qualche breve conclusione su una βιλύχνης occidentale e su una *lux ex Oriente*.

1. L'attuale inattualità dell'antico.

Nel 1999, in occasione della mostra *Das XX. Jahrhundert. Ein Jahrhundert Kunst in Deutschland*, presso la *Nationalgalerie* di Berlino, Raffael Rheinsberg presentava una *Darstellung* dal titolo alquanto suggestivo: *‘Die Antike kennt uns nicht’*, ossia *‘L'antichità non ci conosce’*. In uno spazio quadrangolare, secondo un ordine quasi militare, erano stati disposti dall'artista, e talora contrassegnati numericamente, pezzi di pietra che ricordavano sarcofagi, lapidi e sepolcri: simulacri, vale a dire, di un tempo oramai passato. Dinanzi a quest'opera l'osservatore attento non poteva che percepire tanto l'innaturale artificiosità dell'organizzazione dello spazio così riprodotto, quanto la discrasia tra l'essere e l'apparire, atteso che i presunti simulacri dell'antichità erano invece moderni prodotti dell'industria, quali rottami, rovine, pezzi di fabbricati andati demoliti. Ciò che, *prima facie*, appariva antico, non era tale, risolvendosi, *de facto*, in una artata ri-costruzione soggettiva tutta 'presente'¹.

‘L'antichità non ci conosce’, nella sua brevilocuente chiarezza, s'atteggia ad *adagium* che non esita a disvelare un principio metodologico di stringente persuasività, che, anzitutto, predicando l'‘inattualità’ dell'antico², depreca, come odioso letto di Procuste,

¹ Traggio la notizia da Fögen 2002, 13 ss.

² Cf., sul punto, le illuminanti osservazioni ‘metodiche’ del Foucault, secondo cui, partendo dall'umile, ma sovente negletta, convinzione secondo cui «alla radice di quel che conosciamo e di quel che siamo non c'è la verità e l'essere, ma l'esteriorità dell'accidente», è d'uopo «fare a pezzi ciò che permetteva il gioco consolante dei riconoscimenti», in quanto «sapere, anche nell'ordine storico, non significa ‘ritrovare’, e ancor meno ‘ritrovarci’», e la storia, una volta «genealogicamente diretta» ha il fine di «dissipare ... le radici della nostra identità» e non tanto tende «a cercare il luogo unico da dove veniamo», quanto «si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano» (Foucault 1977, 51). Così si pongono le basi di quella che è una ricerca genealogica,

la convinzione – tutt'altro che poco diffusa – della bontà di ricerche volte a trovare, nelle linee della storia, sempiterni «verità regolari»³. Convinzione, quest'ultima, che può prendere la forma o di una fluida dommatica *prêt-à-porter* atta, pur nella sua compatta chiusura, a essere calata, onde descriverle, in realtà anteriori⁴, o di una – per quanto

ossia di una ricerca che, prendendo – almeno formalmente – le distanze dall'impostazione archeologica, intende programmaticamente prescindere dalla chimera metafisica dell'*ἀρχή-Ursprung* ('principio' o 'origine' che designa l'essere interiore, anteriore, esatto, immobile, puro di un *quid* esteriore ed accidentale), in nome dell'indagine storico-fattuale sulla *Herkunft* (provenienza) e sulla *Entstehung* (punto di insorgenza): che tale approccio implichi un '*conjurer*' l'*ἀρχή* nel senso agambeniano di una «evocazione-espulsione» (Agamben 2008, 85), mi pare, tuttavia, non esatto, in quanto la genealogia foucaultiana (nel segno della 'continuità') non è altro che una (archeo)logia che viene privata dell'*ἀρχή* stessa attraverso un'espulsione che presuppone un sostanziale silenzio (cf., in termini non dissimili a quelli testé brevemente esplicitati, Rella 1977, 48; Pandolfi 2000, 342). Del resto, ritengo viziata da una, forse solo terminologica, confusione la definizione provvisoria che l'Agamben dà di 'archeologia', nel senso di una «pratica che, in ogni indagine storica, ha a che fare non con l'origine, ma col punto di insorgenza del fenomeno e deve, perciò, confrontarsi nuovamente con le fonti e con la tradizione» (Agamben 2008, 90): in un contesto pressoché *in toto* foucaultiano, infatti, la connessione operata dall'Agamben, tra 'inizio' e *ἀρχή* è, anche in sede di reinterpretazione del pensiero dell'intellettuale francese, direi quanto meno azzardata (vd., per un'analoga indebita sovrapposizione concettuale, Narducci 1985, 187, 191; Rovatti 2008, 218). Sulla ricerca genealogica foucaultiana (massimamente con riguardo ai suoi influssi nella storiografia giuridica), vd., da ultimo, la penetrante messa a punto di Stolfi 2010, 13 ss., 75 ss. (con ampi richiami bibliografici); nonché, sul suo modello nietzscheano, cf., oltre ad Agamben 2008, 85 ss., Berni 2005, 87 ss., 91 ss.

³ Così, Guarino 2008, 12, che ritiene che alla miope visione di chi reputa che la 'dogmatica universale' sia, *sub specie iuris*, applicabile *sic et simpliciter* al mondo antico (fino a prova contraria), vada necessariamente sostituito il principio metodologico secondo cui «al diritto romano deve corrispondere ... la dogmatica giuridica romana, e nella ricostruzione di questa deve esaurirsi il compito dei romanisti, in quanto tali» (Guarino 1995, 9). Il metodo genealogico, di contro, mette in crisi non solo le presunte linearità di una storia «destinata a comprovare la conformità di origine e fine ... ma anche l'intero assetto categoriale cui tale concezione fa capo» (Esposito 2004, 80); sulla distinzione di tipo qualitativo, più che di tipo cronologico, per ogni fenomeno storico (e quindi anche per il diritto), tra l'elemento della *Urgeschichte* (da intendere come storia dell'insorgenza) e quello della *Geschichte*, nonché sull'eterogeneità tra questi due elementi (che implica altresì, per ciascuno di essi, diversità sia di metodo di indagine, sia di precauzioni epistemologiche), cf. Overbeck 1996, 53 ss.

⁴ Per la storia del diritto antico un consapevole impiego, pur ammissibile solo in chiave 'euristica', di categorie, concetti, e istituti elaborati dalla scienza contemporanea – e ciò a continuazione del lavoro dogmatico operato anzitutto dalla Pandettistica tedesca – al fine di comprendere il passato (anche e soprattutto in chiave di diversità di *formae mentis*), giammai deve costituire un'inappropriata 'retrodatazione di codici culturali', la quale ultima, del resto, non può che far cadere l'interprete in stereotipi e antistoriche concezioni universalistiche (alle quali, in definitiva, mi paiono accedere sia Pugliese 1985, 159 ss., sia, per certi versi, anche Betti 1991, 217 ss.); per una prima, ma sostanzialmente definitiva critica agli eccessi di tali atteggiamenti, cf. De Francisci 1936, 1 ss.; Guarino 1990, 39 ss.; Guarino 2008, 5 ss., 108 ss.; nonché sulla dogmatica moderna quale chiave di lettura del pensiero giuridico antico, soprattutto con riferimento alla posizione del Betti, cf., ampiamente, Nardoza 2007, 10 ss., 61 ss., 67 ss. A due idee, semplici ma potenti, credo, invero, sia tutt'oggi proficuo aderire contestualmente: da una parte, quella – di matrice 'bettiana' (Betti 1952) – secondo cui «non si può scambiare il concetto con la realtà, come chi pretende di identificare, ad esempio, il singolo ed irriducibile individuo vivente con il concetto di uomo» (Monteleone 2000, 24); dall'altra, quella secondo cui le opere antiche possono continuare a vivere e a parlarci solo per il fatto che noi diamo loro la nostra anima e il nostro sangue, sicché il

blanda – *Aktualisierung* dell'antico⁵, talora ideologizzata (e non solo superficialmente)⁶, talaltra giustificata in termini di unica risposta possibile a debilitanti 'crisi di identità'

presentarle in modo veramente 'storico' sarebbe un dialogo tra spettri: «soll man aber ... den später Kommenden das Recht versagen, die älteren Werke nach ihrer Seele zu beseelen? Nein, denn nur dadurch, dass wir ihnen unsere Seele geben, vermögen sie fortzuleben: erst unser Blut bringt sie dazu, zu uns zu reden. Der wirklich 'historische' Vortrag würde gespenstisch zu Gespenstern reden» (Nietzsche 1879, 56). Fare della frase '*Die Antike kennt uns nicht*' il proprio motto, non significa, quindi, a mio credere, postulare un divieto assoluto di 'leggere il passato', impiegando 'le lenti del presente': come ben rimarca il Bretone, infatti, «fra la cautela che si richiede, come sempre del resto, nell'impiego delle categorie interpretative moderne e il loro abbandono puro e semplice, però ci corre. La storiografia non può farne a meno. La nostra conoscenza del passato sarebbe egualmente rischiosa, se fosse costretta a servirsi soltanto delle categorie con cui il passato ha interpretato sé stesso. È insito, senza dubbio, nell'uso dei concetti, moderni o antichi che siano, il pericolo di una coercizione predicativa. Bisogna stare in guardia per evitarla. Ciò che vogliamo comprendere, in definitiva, è un mondo scomparso, le sue strutture e le forme di pensiero che gli appartengono, e il suo linguaggio autentico» (Bretone 1989, 51). In questa prospettiva, dunque, che muove dalla ferma consapevolezza dell'alterità dell'antico rispetto al contemporaneo, supera la tesi della fungibilità dei singoli *periti*, rivendica con vigore la natura e la funzione di 'autentico giurista' allo storico del diritto, penso vadano letti e interpretati i numerosi (e, come noto, non edulcorati) attacchi mossi dal compianto professor M. Talamanca (i cui interessi, le cui curiosità, il cui sapere, travalicavano di gran misura i limitati spazi del fenomeno giuridico, della sua scienza, della sua storia) alla cd. *nouvelle vague*: con tale formula (assai fortunata, se non assai felice) il grande studioso, infatti, non intendeva affatto definire «con stucchevole esibizione di mediocre ironia» entro un piano globale di «massiccia offensiva, condotta anche a livello di potere accademico» (così Scarano Ussani 2008a, 189, il quale, peraltro, contrappone, in direzione opposta a quella seguita da Talamanca, pochi paragrafi prima i 'romanisti', storici che «vogliono sentirsi e si proclamano giuristi», ai 'cultori del diritto positivo', «cioè gli autentici giuristi»), gli appartenenti all'orientamento sorto entro la 'Scuola napoletana', ma, fuor di ogni forma di sarcasmo e di logica di potere, come chi ama tenta di proteggere al meglio l'oggetto del proprio amore, intendeva icasticamente stigmatizzare lo sciogliersi della storia del diritto in una «generica storia della cultura, in cui il diritto – sostanzialmente incompreso nella sua specificità – non trova in realtà una sua collocazione» (Talamanca 2006, 42).

⁵ Già Koschaker 1962, 477 ammetteva lucidamente il divario tra il diritto professorale elaborato dai Pandettisti e il diritto romano su cui si formavano i sistemi pandettistici, rilevando l'impossibilità di appropriarsi di un «bene spirituale esterno» senza adeguarlo ad esigenze contingenti e trasformarlo in virtù di sensibilità soggettive e particolari. Sull'alluvionale ammasso di posizioni antitetiche e variegate *nuances* dottrinali rispetto a tale opzione metodologica, con esplicito ed esclusivo riguardo al diritto romano, rinvio totalmente alle persuasive osservazioni e agli ampi rimandi bibliografici di Garofalo 2008, 167 ss., 188 ss., soprattutto per la giustificazione di quell'indirizzo che viene erroneamente additato dallo Schiavone come 'neoattualizzante', in quanto considererebbe il diritto romano come «guida ravvicinata» e come «punto di riferimento privilegiato per la formazione e l'interpretazione del diritto positivo» (Schiavone 2002, 1158 ss.). Tuttavia, a ben vedere, detto filone può legittimamente dirsi autenticamente genealogico, atteso che esso cerca nel diritto romano, ovviamente quale esperienza totalmente consegnata alla storia e totalmente da restituire nelle sue ricostruzioni al mondo antico (secondo un insegnamento caro allo stesso Schiavone 2002, 1160), non un 'assoluto' calabile, di regola, in ogni epoca e in ogni tempo, ma il luogo di provenienza (da cui trarre, solo se del caso, soluzioni interpretative od operative). A ciò vanno aggiunte, almeno, le recenti puntualizzazioni dello Stolfi, secondo il quale, a mente di Capogrossi Colognesi 2006, 99 ss., nonché di Mantovani 2007, 57 ss., una volta riconosciuta «nell'esperienza giuridica di Roma ... il fondamento storico della tradizione entro cui ancora oggi ci muoviamo», tuttavia, «il riconoscimento, pressoché scontato, di questa specifica matrice antica, non può significare un rilancio di opzioni neopandettiste, né intende avallare improbabili velleità di

(come quella, oramai cronica, che investe la scienza romanistica)⁷, talaltra ancora indirizzata dall'*usus hodiernus pandectarum* alle imperanti istanze dell'europeismo⁸.

Ammettere che '*L'antichità non ci conosce*', invero, significa aderire implicitamente ad un modello foucaultiano di ricerca: un modello, più precisamente, di tipo 'genealogico' e non 'archeologico', in quanto tendente alla valorizzazione, sia storica sia trascendente, di 'inizi' e di 'fratture', piuttosto che all'indagine, tutta meta-storica, incentrata su 'origini' e 'continuità' posta in essere dal 'soggetto'⁹. Avere scolpite nella mente queste

assumere il diritto romano come base, *sic et simpliciter*, del cosiddetto diritto (privato) europeo» (Stolfi 2010, 53).

⁶ Cf. Schiavone 1990, 275 ss., sulle vicende della 'tradizione romanistica' nell'Italia post-unitaria e durante il fascismo: vicende connotate, con sfumature ora meno ora più marcate, da esaltazione ideologica della 'romanità'.

⁷ Koschaker 1962, 601: «la trattazione puramente storica del diritto romano, per quanto non si possa prescindere da essa e per importanti che siano i suoi risultati, fa di questo studio una parte della scienza dell'antichità e lo pone fuori dalla cerchia delle discipline giuridiche. Ma il prezzo di questo spostamento non potrebbe non essere alla fine l'indifferenza della massa dei giuristi per il diritto romano». Nel fenomeno della 'storicizzazione del diritto' e nella pratica dell' 'interpolazionismo' lo studioso di lingua tedesca rinviene le cause prime della *Krise des römischen Rechts und Rechtswissenschaft*, così come nell'attualizzazione che consenta un 'dialogo' con i gius-positivisti ed eviti l'esilio della romanistica dall'ambito delle discipline giuridiche egli vede un possibile antidoto a detta *Krise*; diverse diagnosi e/o diverse terapie si sono delineate, sul fronte italiano, durante il ventesimo secolo: cf. Pugliese 1985a, 159 ss. (che pensa all'utilità dello studio storico del diritto non per una *Aktualisierung*, ma in un contesto di unitaria complessità del fenomeno giuridico), Orestano 1987, 507, 509 (che propone un'omogeneizzazione pan-storicistica tra cd. storia del diritto e diritto positivo); Guarino 2008, 5 ss., 108 ss. (che, stoicamente, rivendica al livello del metodo di studio la storicità del diritto romano, contro visioni universalistiche e visioni attualizzanti); Schiavone 2002, 1158 (che, ricordando gli intenti della 'Scuola napoletana' di ricostruzione del pensiero giuridico romano quali potenziale spinta propulsiva per la rinascita della scienza romanistica, ammette che «gli studi di storia della giurisprudenza ... non sono riusciti a spostare in avanti l'intero asse problematico e metodologico della romanistica, né hanno determinato davvero una costruzione su nuove basi delle sue relazioni con le scienze storiche e quelle giuridiche»).

⁸ Cf., per tutti, Zimmermann 1991, 61 ss.; per un'agguerrita critica a tale approccio cf., paradigmaticamente, Guarino 2001, 81, n. 41.

⁹ Cf., sul punto, Esposito 2004, 80, nonché Di Marco 1999, 63. Mi pare antitetico a siffatto tipo di indagine il fascinoso metodo agambeniano che, costantemente, si risolve in un suggestivo, ma sovente mal riuscito, tentativo di forzare la storia stessa (e, perciò, in un tentativo anti-storico e meta-storico) al fine di far emergere dai 'frantumi dell'antichità' di vichiana memoria, non tanto e solo figure allusive che si impongano a semplice apparato esornativo dei capisaldi del suo discorso, quanto vere e proprie 'prove' delle sue ipotesi ricostruttive, ossia 'paradigmi in senso forte' dell'attualità (*παράδειγματα-ἄρχαί*: platonicamente modelli archetipici): così, come è oltremodo noto, il 'bando' (esclusione dalle garanzie giuridico-religiose) e lo 'stato di eccezione' (sospensione del diritto e dei diritti) costituirebbero i paradigmi del governo e della sovranità del mondo contemporaneo, laddove l'*homo sacer* e il *iustitium* sarebbero due paradigmi in senso debole (vale a dire meri esempi, nell'accezione aristotelica del termine) che segnerebbero una cifra comune tra l'oggi e lo ieri, facendo affiorare l'esistenza di un dinamico rapporto di 'continuità' tra il primo e il secondo (cf., al riguardo, Agamben 1995, 123; Agamben 2003, 55, 123; Agamben 2008, 33; vd., altresì, Hardt – Negri 2003, 30 ss.; cf., per una critica demolitoria, volta a metter in luce gli errori storico-giuridici che inficiano fatalmente, e alla radice, il programma di Agamben, Garofalo 2009, 1 ss., 13 ss., 117 ss.). Non credo, dunque, sia per mera provocazione che il Pepe abbia inteso chiedersi se il metodo di quegli studiosi non romanisti che, come l'Agamben, si accostano al

poche, ma icastiche, parole, onde seguire il loro nascosto insegnamento, significa ottemperare un monito che assurge, tanto per lo 'storico-storico' quanto per lo 'storico del diritto', a imperativo categorico e presupposto imprescindibile per qualsivoglia operazione esegetica, interpretativa, ricostruttiva del passato. In particolare, *sub specie (prudentialiae) iuris*, lasciarsi illuminare dall'esortazione sottesa alla tutt'altro che banale constatazione secondo cui *'Die Antike kennt uns nicht'* vuol dire per lo studioso, oltre che, ovviamente, evitare dilettantismi superficiali se non anche vere e proprie falsificazioni (per quanto queste ultime siano, senz'altro, un'arte), non cedere, altresì, alle seducenti lusinghe della 'mitologia' dell'unitarietà dell'*Antike Rechtsgeschichte* di wengeriana memoria¹⁰ o al tanto indefinito quanto allettante 'miraggio' dell'universalità dei dogmi del *Professorenrecht*: dogmi, per l'appunto, elaborati con massima raffinatezza logica dai Pandettisti tedeschi del secolo decimo nono¹¹ sulla scorta di quelle fonti giuridiche romane che solo l'(utile) provocazione elevata – giusta una 'dolosa', più che 'colposa', analisi parziaria degli istituti – da chi vuole tingere di *black* la pelle del giurista Gaio¹²

diritto romano alla ricerca di *universalia* non sia una forma di 'neopandettismo' più penetrante di quello che si suole imputare a non pochi gius-romanisti di oggi (Peppe 2007, 434 ss.).

¹⁰ Celeberrima è la posizione assunta, in un primo (e affatto lungo) periodo della sua vita, dal Wenger, secondo il quale, fermo restando nel suo pensiero il valore di 'paradigma' svolto dalla giurisprudenza romana per l'insuperabile eccellenza dell'elaborazione scientifica *sub specie iuris*, riteneva – e ciò non poco incoerentemente – costruibile *a posteriori* una 'generale storia dei diritti' entro la quale le plurime esperienze giuridiche dell'antichità (compreso, dunque, lo stesso diritto romano), a prescindere sia dal relativismo della loro posizione cronologica e topografica, sia dalle loro note di caratterizzazione, fossero componibili, quali singoli tasselli di un grandioso mosaico, *ad unum*, nonché collocabili indistintamente sullo stesso piano (vd., paradigmaticamente, Wenger 1905, 11 ss., 68 ss.; Wenger 1920-21, 1 ss., 17 ss., 22 ss., 107 ss., 113 ss., 127, Wenger 1937, 62 ss.); sull'altrettanto celebre *revirement* del Wenger (Wenger 1951, 118 ss.), cf. Talamanca 1991-92, 504 ss.; Talamanca 1994, 901 ss.; Talamanca 2008, 4 ss. Sulla vicenda occorsa tra L. Wenger e il suo maestro, L. Mitteis, che si era pronunciato recisamente contro la proposta dell'*Antike Rechtsgeschichte* (Mitteis 1917, 56 ss.; Mitteis 1929, 477 ss.), vd., per tutti, Höbenreich 1992, 547 ss.

¹¹ È sicuramente da condividere, dunque, quanto scrive Vacca 2006a, 30, circa il rapporto tra 'pensiero giurisprudenziale classico romano' e 'scuola delle Pandette': il frutto di quest'ultima sarebbe «una rappresentazione in schemi dommatici e sistematici degli istituti privatistici elaborati dai giuristi», la quale astrae «la concettualizzazione dallo specifico contesto storico e dalla concretezza della prassi in cui tale concettualizzazione si inseriva», ossia «la rappresentazione di un diritto romano 'astorico', di un sistema mai esistito in nessun momento storico ... nella complessiva ricostruzione unitaria che risultava dallo sforzo di eliminare tutte le – spesso apparenti – contraddizioni tra i diversi testi della compilazione giustiniana», di talché «l'articolazione della casistica dei giuristi – nell'ambito anche di un *ius* talvolta *controversum* – e l'evoluzione delle loro soluzioni veniva appiattita sullo stesso piano degli interventi normativi, deformandone la logica e la struttura, e costretta in un'immagine speculare allo schema e agli istituti del diritto civile vigente» (cf., altresì, Vacca 2006b, 29 ss., 36 s.); sulle 'torsioni' della storia a servizio del 'dogma' vd., seppur con un giudizio per nulla severo, Pugliese 1985b, 417 ss., nonché Talamanca 1995b, 159 ss. (che riscontra gli *emprunts*, derivanti dalla Pandettistica, nella giusromanistica contemporanea); sul punto, cf. altresì Mannino 2005, 365 ss., nonché Garofalo, 2008, 198 ss., contro le critiche mosse da alcuni studiosi, secondo i quali, nel condurre gli studi sui fondamenti del diritto europeo, certa giusromanistica *en bloc* adotterebbe, deprecabilmente, il metodo pandettistico.

¹² Come è evidente, il riferimento non può che essere a P.G. Monateri, il quale, emulo *in primis* (ma non solo) del Bernal (Bernal 1987), in uno scritto audacemente eversivo ha tentato di conseguire un duplice fine: da un lato, quello di ridimensionare (se non annichilire) il 'presunto' apporto fornito alla tradizione occidentale, in termini di originalità e di valore, dal diritto romano (reputato

ha l'ardire di sconfessare quale fondamento primo, almeno sul piano dell'ideologia, delle nostre 'tradizioni giuridiche'¹³ (e ciò in nome della supposta superiorità di misteriose 'scienze' sia ben più risalenti di quella stessa dei *prudentes*, sia vere *lucēs* del diritto propagatesi anche a Roma, e di lì sino a noi, *ex Oriente*).

Una volta messa al bando dal campo delle tesi meritevoli di essere discusse l'eversiva soluzione della cd. 'menzogna del diritto romano'¹⁴ (almeno nella sua versio-

dall'autore un diritto non solo immeritadamente idealizzato per ragioni politiche, ma addirittura rozzo e primitivo, almeno sotto certi profili, rispetto al livello e alla raffinatezza raggiunti dal mondo orientale); dall'altro, specularmente, quello di metter in luce la non inferiorità (oscurata per giustificare l'idea di una 'panica' egemonia ariana) delle esperienze giuridiche proprie dell'Oriente mediterraneo, sia pregresse sia coeve alla romanità (Monateri 2005). Lo studioso, in altre parole, ha inteso contestare la «pretesa superiorità del diritto romano rispetto a tutti gli altri diritti antichi» e dimostrare come il diritto romano sia solo «un prodotto multiculturale, frutto di diverse civiltà del Mediterraneo», privo pertanto di un «posto privilegiato nei moderni studi giuridici» (Monateri 2005, 43; analoga, ma ben più moderata, la posizione di Sacco 2007, 99, che, pur postulando la rielaborazione da parte dei giuristi romani di modelli egizi e mesopotamici, non si spinge a negare il merito, tutto romano, di aver elevato il diritto a scienza). Preciso che sarebbe quanto mai arduo voler negare apporti orientali al mondo greco e a quello romano anche *sub specie* del diritto (cf. Mazzarino 1947; Burkert 1999; Pelloso 2008b, 8 ss.; Barta 2010, 325 ss., 442 ss., 511 ss.), come azzardato sarebbe credere all'archetipo della «favola dei giuristi aramei» (cf. Riccobono 1949, 95 s.), a me pare che, ove si intenda il diritto come 'scienza' e non, semplicemente, come 'norma', il castello argomentativo della provocatoria operazione del Monateri (volta a sfatare il mito dell'Urbe quale culla del diritto per l'Occidente) sia destinato a crollare a fronte dei colpi sferrati dalle schiacciante critiche (metodologiche, ermeneutiche, storiche), tra gli altri, mosse da studiosi come E. Cantarella, G. Santucci, F. Zuccotti, V. Scarano Ussani, E. Stolfi (Cantarella 2004, 101 ss.; Zuccotti 2004, 33; Santucci 2007, 1057 ss.; Scarano Ussani 2008b, 221 ss.; Stolfi 2010, 53 ss.). Tuttavia, rimeditando lo scritto su *Black Gaius* soprattutto alla luce delle nuove precisazioni offerte da Monateri 2008 (che, ad onor del vero, sovente mi paiono integrare più una *mutatio libelli* che una *emendatio libelli*), credo che la ricostruzione proposta dallo studioso abbia colto nel segno sotto numerosi profili: anzitutto là ove si sostiene la necessità di indagare il diritto romano come 'forma di una determinata esistenza storica', concentrando l'attenzione e l'interesse non su «quanto l'esperienza giuridica romana possa dare allo 'spirito universale', o ad una concezione universale del diritto», bensì su «quanto in essa vi è di peculiare e localizzato»; là ove si rimarca, «nei termini della prospettiva esotico/non esotico rispetto alla modernità come scarto dall'antico», che il diritto romano classico «si presenta alla nostra modernità come più esotico di altri»; là ove si vibra una decisa critica contro la posizione di chi ritiene che «qualcosa non è diritto se non assomiglia al nostro diritto, sempre ammesso che il nostro diritto di oggi abbia una qualche somiglianza col diritto romano» (Monateri 2008, 213 ss.).

¹³ Con il richiamo, in corpo di testo, alla pluralità delle tradizioni, nella convinzione che l'affondare dell'Oggi 'nostro' in uno Ieri 'altro' non significhi linearità evolucionistica senza fratture e iati, mi piace ricordare le osservazioni di Cappellini 2003, 454.

¹⁴ «Il diritto Romano non può rivendicare alcuna superiorità nel mondo antico. Quel diritto era magico ed esotico quanto gli altri. Inoltre la macchina della giustizia era a Roma assolutamente inefficiente e l'affermazione autonoma di una scienza giuridica e di una professione giuridica Romana non fu così particolare, trovando giustificazione nei più gravi difetti di funzionamento della macchina del diritto. In conclusione, fu solo dopo la crisi del terzo secolo che il Diritto Romano evolse verso standards moderni. Per contro, molti istituti del diritto egiziano e semita vennero mutuati con probabilità perché si rivelarono 'superiori' alle alternative Romane all'epoca esistenti. Il mito della superiorità di Roma nel campo del diritto venne prodotto dai pregiudizi dello storicismo del XIX secolo, che non soddisfa i nostri standards attuali e su cui non possiamo più basarci» (Monateri 2005, 75 s.). Invero, l'alterità radicale del diritto romano (classico) rispetto alle forme occidentali contemporanee non ha da rinvenirsi tanto nella permanenza di elementi 'magico-

ne più rigorosa, la quale non si limita a sottolineare l' 'esotismo' e l' 'alterità' della formazione del *ius Romanorum*, ma fa di quest'ultimo, in buona sostanza, «l'égout des autres droits de l'antiquité»¹⁵), è da constatare come la mitologia di una indifferenziazione tra la pluralità dei diversi strati e delle diverse morfologie degli 'antichi' e il miraggio del paradigma 'romano-pandettista' senza luogo e senza tempo si impongano come sbocchi alimentati da una credenza fideistica in idee e in teleologie meta-storiche, nonché come siano proprio queste idee e queste teleologie ad essere invocate – più o meno silenziosamente e consapevolmente – da parte di non pochi studiosi a giustificazione di imprese ermeneutiche che tendono tanto a decifrare la cultura, le istituzioni, le tecniche, le ideologie degli antichi (romani, greci, 'barbari') a mezzo di categorie, principi, valori del tutto 'altri' rispetto a quelli dei mondi di riferimento, quanto a ricercare assiduamente persistenze regolari e continuità omogenee che connettano, in modo rassicurante, il 'fu' all' 'è'¹⁶.

Un cursorio esempio può, qui e ora, essere di giovamento. A seguito della consacrazione nel codice civile italiano del 1942, a scapito della 'tesi patrimonialistica dell'obbligazione', della 'versione personalistica' fusa con la tendenza legislativa ad una 'a-dogmatica pigrizia definitoria'¹⁷, si è lasciato il compito di determinare i confini e

religiosi' (tutt'altro che da negare, peraltro, soprattutto per l'epoca arcaica: cf., paradigmaticamente, Pelloso 2008a), quanto nel suo peculiare atteggiarsi a *ius controversum* di creazione scientifica (a-consuetudinaria, a-statuale, a-legislativa): cf., *infra*, § 4.

¹⁵ Revillout 1886, 239.

¹⁶ Se, per il mondo giuridico romano, il pensiero corre subito, *ex plurimis*, ai classici universalismi di Pugliese 1985a, 159 ss., e a quelli di Betti 1991, 217 ss. (che, constatata l'impossibilità di una storiografia oggettiva, ritenevano che lo studioso debba applicare all'oggetto del suo studio categorie moderne), nonché ai più recenti tentativi atualizzanti di Lucchetti – Petrucci, 2009, *passim*, per quanto riguarda il mondo giuridico greco, non possono dimenticarsi – e ciò con Talamanca 2008, 20, n. 39 – né l'impostazione tutta 'romanista' dell'opera monumentale del dotto magistrato francese L. Beauchet (*Histoire du droit privé de la République Athénienne*, I-IV, Paris, 1897) né gli irrigidimenti delle «nostre categorie ai dati dell'esperienza attica» operati dal pioniere degli studi gius-grecistici italiani, ossia U.E. Paoli. Ma, ad onor del vero, colpisce ancora maggiormente l'impostazione sistematica – squisitamente di stampo pandettistico – tanto del manuale del Biscardi quanto di quello del Martini, nonostante le dichiarazioni programmatiche di intenti (cf. Biscardi 1982, 317 ss.; Martini 2001, 175 ss.; Martini 2005, 11 ss.), nel senso della stringente necessità per la gius-grecistica stessa di emanciparsi dalle categorie romanistiche, abbandonando così la sua veste di «Cenerentola» (Finley 1998, 154), nonché di contribuire – sì da prevenire la fine della storia del diritto – a foggiare un armamentario dogmatico autonomo, illustrando, pur sempre con il rigore di una scienza che non cede ad *antiquarischer Kleinkram*, le *Rechtsvorstellungen* proprie della grecità antica (cf. Wolff 1974, 15 ss., 41 ss.; vd., per una sintesi delle tesi del grande studioso, Maffi 2001, 269 ss.): cf., in termini non dissimili dai miei, Todd – Millett 1990, 6, nonché Papakonstantinou 2008, 4 ss. (benché entrambe le impostazioni risultino viziate dall'eccessiva impronta sociologizzante riservata, in concreto, allo studio del 'Greek Law'). Sulla «forzatura storiografica» consistente nel leggere i Greci con lenti romane, vd. Stolfi 2006a, 111 ss., nonché Talamanca 1981, 16 s.; sulle principali tendenze nella giusgrecistica più e meno recente, oltre a Talamanca 1994, 901 ss., cf. Cohen 1989, 81 ss.; Maffi 2004, 33 ss.; Maffi 2007, 11 ss.

¹⁷ Sulla palese adesione del legislatore del 1942 alle teorie personalistiche del vincolo obbligatorio (come emerge sia dall'art. 1218, sia dall'art. 1174), cf., per tutti, Cannata 1999, 6 ss.; Giorgianni 1968, 194 s.; Nicolò 1945, 3. Sulle connotazioni peculiari di tali teorie, che, per l'appunto, da un lato, si oppongono alle più risalenti 'teorie patrimonialistiche' del vincolo e della pretesa (per le quali, preso a modello lo schema del diritto reale, «l'oggetto dell'obbligazione» si risolve «nel 'bene dovuto' al creditore», ossia in «ogni utilità apprezzabile che per l'ordinamento possa costi-

precisare la struttura dell'obbligazione stessa alla dottrina civilistica. E quest'ultima, invero, non ha saputo far altro che appiattirsi astoricamente (con l'avvallo, invero, delle posizioni talora assunte da una romanistica evidentemente convinta nell'esistenza di un concetto pressoché immutabile di obbligazione)¹⁸ sulle non antiche conquiste diairetiche dei giuristi romani in tema¹⁹, al contempo comprimendo sempre più il *quid essentiae* del vincolo obbligatorio sino a ridurlo a mero 'dovere di prestazione'²⁰ e ad estirpare dalla sua struttura il profilo della 'responsabilità' (profilo che, ora apolide, è stato concepito come mero 'ausilio esterno' per il buon funzionamento del rapporto e, quindi, operativo solo nell'eventualità di occorse patologie esecutive)²¹. Tuttavia, abbandonata la credenza in una ἀρχή 'meta-fisica' di obbligazione esistente «*ab aeterno*»²², se si prosegue per la strada magistralmente lumeggiata dal Betti (che, ben lungi dal ritenere che dall'epoca

tuire materia di sacrificio per un soggetto e, in correlazione con quel sacrificio, possa essere materia di aspettativa tutelata di un altro soggetto), dall'altro, «definiscono la prestazione nei termini del 'comportamento' imposto al debitore, attribuendo particolare rilievo all'apprezzamento che la legge fa della diligenza nell'adempimento (art. 1176), della colpa e del dolo nel caso d'inesecuzione o di inesattezza o di ritardo, e relativamente ai fatti degli ausiliari del debitore (vd. gli artt. 1225, 1229 comma 1, 1228), della non imputabilità della causa che abbia reso impossibile la prestazione (artt. 1218 *i.f.*, 1221, comma 1, 1256 comma 1)», cf. le ampie argomentazioni di Rescigno 1979, 181. Sulla teoria pandettistica dell'obbligazione, oggi solo memoria storica, cf. Brinz 1874, 11 ss., ma vd., altresì, Gierke 1910, 7. Per una valutazione della spiegazione del fenomeno obbligatorio romano arcaico e classico alla luce delle categorie di *Schuld* e di *Haftung* (nonché per la circostanziazione di talune affermazioni forse in testo rimaste apodittiche), mi permetto di rinviare a Pellosso 2011b, 127 ss.

¹⁸ Cf. Pastori 1985, 26 ss., 65 ss., 82 ss., il quale, entro una riflessione condivisibilissima sul metodo e, in particolare, sulla 'irretroattività degli schemi concettuali', come è quello del binomio pandettistico '*Schuld und Haftung*', pensa, tuttavia, al 'dovere di prestazione' (*oportere*) come ad una «storica invariante che permette una definizione unitaria dell'*obligatio* romana», ossia come al «nucleo centrale ... di tutta l'evoluzione della *obligatio*» (vd., inoltre, Pastori 1951); lo stesso Voci in una trattazione ove prevale più il dogma che la storia, una volta cursoriamente esaminati I. 3.13 pr. e D. 44.7.3 pr., non esita a generalizzare nel senso che «i Romani definiscono l'*obligatio* come dovere giuridico di prestazione; e che *debitum* è sinonimo di *obligatio*» (Voci 1969, 21). Vd., altresì, più recentemente e in una prospettiva ancora più estesa di quella (endo-romana) e del Pastori e del Voci, Cardilli 2006, 16, ad avviso del quale «mai ... si riscontra una frattura reale dello schema giuridico della 'obbligazione' nella sua essenza prima, o tale da ritenere di non potersi parlare di 'continuità'», sebbene «pesando gli elementi di struttura ... in una dimensione storica, si scorge come essi abbiano subito trasformazioni, cambiamenti e precisazioni nei numerosi secoli da esso attraversati, fino a noi, sia per quanto riguarda i tipi di prestazione dovuta ... sia per quanto attiene al tipo di responsabilità»; analogamente, liquidando come «fuorviante» l'analisi del Betti (Betti 1953 b; Betti 1955), il Cannata ritiene che non sia possibile differenziare l'obbligazione romana da quella moderna (Cannata 1999, 6, n. 7).

¹⁹ Contro la 'mitizzazione' della *definitio* giustinianea (ma di origine classica), cfr. Cannata 1999, 6 ss.; vero è, infatti che, *ex plurimis*, si conformano pienamente e pianamente alla *definitio* fatta propria da Giustiniano, Stolfi – Stolfi 1949, 5; Barassi 1963, 9; Cantillo 1992, 5; Rescigno 1992, 570; Bianca 1993, 3 s. e n. 5; Torrente – Schlesinger 1999, 381; laddove meno acritica, tra i civilisti, è l'adesione di Giorgianni 1968, 142. Per ulteriori richiami, cf. la panoramica di Falcone 2003, 5 s. e n. 4.

²⁰ Sull'identificazione tra 'obbligazione' e 'dovere giuridico di prestazione', tra le innumerevoli trattazioni di diritto civile, vd., a titolo di esempio, Giorgianni 1968, 247; Rescigno 1979, 137 ss.; Breccia 1991, 22 ss., 133 ss.; Bianca 1993, 1 ss., 21 ss.; Cannata 1999, 17 ss.

²¹ Cf., sul punto, Consolo 2007, 375.

²² Bonfante 1979, 453.

classica e postclassica romana, attraverso i secoli del medioevo, sino all'età moderna e contemporanea, il concetto di obbligazione sia sempre rimasto immutato, identico a sé tanto nel diritto antico quanto in quello odierno, sia circa la sua struttura sia circa la sua funzione)²³, ben si comprende come la postulata equazione, tutta contemporanea, 'obbligazione = dovere di prestazione', non sia affatto un 'assoluto'. Da un lato, infatti, solo indebitamente detta equazione può essere di peso calata in un contesto storico – come quello romano sia preclassico che, a mio credere, classico – in cui, invece, a connotare contenutisticamente l'*obligatio* è solamente l'*actione teneri* (vale a dire l'esposizione all'*actio*, ovvero, per usare, pur anche in modo non del tutto congruo allo spirito romano, la terminologia indissolubilmente legata ai dogmi pandettisti del Brinz, la *Haftung* e non, invece, la *Schuld*)²⁴; dall'altro il pressare continuo di esigenze di tutela (come già avvertite dalla più avveduta dottrina italiana a metà del ventesimo secolo²⁵) con riguardo a fattispecie che si collocano al crocevia tra il fenomeno della 'contrattualità' e quello della 'extracontrattualità'²⁶, è la più solare delle denunce contro l'insufficienza ermeneutica del modello obbligatorio oggi imperante, del tutto inadeguato, giusta il dogma di detta equazione, a dar pienamente conto dei cd. doveri di protezione e, più in generale, delle cd. obbligazioni senza prestazione²⁷. Ecco, quindi, che

²³ Cf. Betti 1953 b.

²⁴ Cf. Santoro 2009, 63 ss.

²⁵ Betti 1953 a; Mengoni 1954, 185, 280 ss., 366 ss.

²⁶ Cf., da ultima, Manna 2010, 3 ss., 25 ss.; vd. Castronovo 2006, 43, sulla progressiva estensione dell'area della 'responsabilità contrattuale', le cui regole – a scapito di quelle, generalmente meno vantaggiose, consacrate negli artt. 2043 ss. cod. civ. – sempre più sono chiamate sia a sanzionare lesioni di interessi giuridici diversi da quelli dedotti nel contratto, ma che o riguardano le controparti contrattuali, o addirittura insorgono per soggetti estranei al contratto, pur nel corso dell'esecuzione di questo potendo essi essere esposti al danno, sia a sanzionare violazioni che pur non trovano la propria fonte nel contratto, bensì in forza di un 'contatto sociale qualificato'.

²⁷ Giusta le riflessioni maturate in ambiente germanico (vd. Staub 1904, 933 ss.; Stoll 1932, 257 ss.; Esser – Schmidt 1976, 38 ss.; Larenz 1987, 10 ss.; Medicus 1988, 170 ss.), a partire dalle teoriche sulla *culpa in contrahendo* di Jhering (Jhering 1861, su cui cf. la nota di lettura accompagnata da traduzione italiana in Procchi 2005, *passim*), e miranti a far emergere strumenti concettuali e operativi di adeguata tutela di 'beni' ultronei rispetto allo specifico e circoscritto interesse creditorio alla prestazione, ma presupposti o, comunque, impliciti nella realizzazione di detto interesse, si è sostenuto – anche nella dottrina italiana, nonostante taluni voci, ciascuna, a proprio modo, dissonante (cf. Bianca 1979, 33 ss.; Natoli 1984, 21; Barcellona 2000, 464 ss.; Meruzzi 2002, 102 ss.; Corsaro 2003, 5 ss.; Maggiolo 2003, 142 ss.; Salvi 2005, 13 ss.) – che il contenuto del rapporto obbligatorio non possa essere limitato al mero interesse alla 'prestazione', atteso che la genesi e l'attuazione di un rapporto siffatto ben possono costituire l'occasione per la lesione di beni che, seppur non dedotti in modo espresso in *obligationem*, meritano pienamente di essere protetti. S'è inteso delineare, così, entro il rapporto obbligatorio, un interesse che, pur sempre tutelabile mediante il sistema della responsabilità contrattuale ex artt. 1218 cod. civ. ss., risulta diverso da quello alla 'prestazione', in quanto, da un lato, diretto solo alla 'protezione', dall'altro, facente capo anche al debitore, dall'altro ancora, insorgente 'ex lege', ossia non tanto dal 'contratto' quanto autonomamente dal 'contatto sociale qualificato' scaturigine di 'affidamento', in virtù della clausola generale consacrate il dovere di buona fede in senso oggettivo ex art. 1175 cod. civ. (cf., su tali temi, i numerosi contributi di C. Castronovo, tra cui Castronovo 2011, 55 ss., Castronovo 2009, 679 ss.; nonché, su 'Treu und Glauben' quale fonte delle 'Schutzpflichten', cf. Canaris 1983). Invero, una volta concepita la 'protezione' in termini altri rispetto alla 'prestazione' (seppur riscontrabile, a fianco di quest'ultima, nei rapporti obbligatori propriamente detti), è stato affatto breve il passo che ha condotto a ritenere altresì l'esistenza, in via del tutto autonoma ed esclusiva sul piano

l'inattualità della *Herkunft* e della *Entstehung* del fenomeno obbligatorio romano (più che l'*Ursprung* dello stesso), nella loro struttura morfologica eterogenea rispetto al presente, manifestano, al contempo, tutta la loro 'attualità' in senso foucaultiano, atteso che, da un lato, come rimarca Esposito, «nulla ... è più attuale di ciò che, alle nostre spalle, incombe su di noi, nel suo ritorno felpato e repentino»²⁸, e, dall'altro, come vorrei io rimarcare, nulla è più 'inattuale' di una legge del Parlamento che, benché pubblicata nell'ultimo numero della *Gazzetta Ufficiale*, sia percepita come distante dal *Volksgeist* più di un *carmen* del codice decemvirale o di un θεσμός dell'εὐνομία solonica.

2. L'eterogeneità dell'antico e il 'neo-pandettismo' di L. Gernet: per un diritto senza 'Stato' e senza 'Giudice'.

Lo scongiurare, in nome della professata inattualità dell'antico e della sua eterogeneità rispetto all'oggi, oltre che 'neo-pandettismi' (tanto giuridici quanto intellettuali), sia il ritorno di 'paleo-romanistiche'²⁹, sia l'emersione di «rigurgiti neo-attualizzanti»³⁰ o di 'comparativismi' che, utilitaristicamente orientati, trascurino tutto ciò che è 'altro' e 'anteriore' rispetto al *Corpus iuris civilis* di Giustiniano (in quanto alla 'essenziale' domanda 'τί ἐστίν;' si è oramai soliti sostituire quella 'funzionale' che chiede 'a che scopo?'), onde giustificare una più profonda proiezione dello sguardo nei meandri del passato remoto alla ricerca degli 'inizi' del diritto e delle sue molteplici forme, non implica contemporaneamente una totale adesione (almeno da parte di chi scrive) all'indirizzo antropologico gernetiano che, opponendo al 'diritto' il 'prediritto'³¹, a ben vedere, non sem-

della struttura, di obbligazioni sprovviste contenutisticamente della prestazione stessa (Castronovo 2006, 443 ss.).

²⁸ Esposito 2007, 361.

²⁹ Orestano 1983, 15 ss.; Coing 1958, 109 ss.; cf., sul punto, Randazzo 2000, 53 ss. e n. 11.

³⁰ Cf. Stolfi 2010, 55, il quale, una volta constatato che «troppo spesso i romanisti si lasciano abbagliare dalla persistenza di concetti, istituti e segmenti di disciplina che dal *Corpus iuris* sono giunti fino ai nostri codici civili», ritiene limitativo, se non anche falsante, «insistere solo su ... continuità e omologie». L'adesione a tale indirizzo di pensiero è totale: è alla storia che va consegnato il diritto romano (così, pure, recentemente Garofalo 2008, 190).

³¹ Se, sul punto, di certo convince Bretone 1994, 156, là ove sostiene che il prediritto è solo «un modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo (ossia, il differenziarsi delle funzioni)», precisati in tali termini la dialettica gernetiana tra *droit* e *prédroit*, il problema della demarcazione cronologica tra le due sfere rimane aperto e non componibile 'una tantum et in complexu': con riguardo precipuo al mondo greco, Cantarella 1984, 75 ss., 78, ha parlato, evitando ogni contrapposizione temporale, del rapporto tra i due poli in parola come di una «soluzione di una tensione, rappresentata dal desiderio di superare la distanza formale tra il diritto e ciò che non è tale», e, in tema di dinamismo del movimento che al *droit* muove il *prédroit*, nei suoi molteplici contributi (Taddei 1998, Taddei, 1999, Taddei 2000, Taddei 2009), Taddei ben ha illustrato le ragioni per cui la dicotomia gernetiana solo ad una superficiale lettura sia sintomo di un'antitesi tra termini eterogenei *in primis* sulla base di un criterio temporale; va puntualizzato altresì che il problema emerge con nettezza in van Effenterre 1989, 3 (il quale, peraltro, sia anticipa storicamente il passaggio in questione sulla base della considerazione che pure la civiltà micenea deve aver avuto un suo *droit*, sia nota come l'apparizione di quella che Gernet aveva chiamato la 'funzione giuridica autonoma', non avrebbe affatto eliminato nell'Atene classica l'eredità anzitutto magico-religiosa profondamente integrata nel tessuto sociale), là ove si domanda «si la πόλις ... n'a pas conservé bien des conduits du prédroit au moment même où, par ailleurs, s'y élaborait le droit», e là ove nota che «il serait facile de montrer, jusque dans le droit contemporain, la survivance de

bra affatto differire, sostanzialmente, da talune tendenze contemporanee bollate, per l'appunto, con l'etichetta di 'neo-pandettismo'.

Mi spiego meglio: L. Gernet, come è oltremodo risaputo, ha evocativamente definito il *prédroit* e il *droit* come i due termini di un non sempre cristallino rapporto costituente un'antitesi che, invero, non è fatta esaurire semplicisticamente nell'opposizione «iper-cronologica»³² e di stampo evoluzionistico³³, tra sfera del religioso (o, più latamente, del magico-religioso) e sfera del giuridico³⁴. Il primo polo, infatti, è contraddistinto dalla

ces attitudes préjuridiques, par exemple en matière de serment, de secret professionnel, voire de droits de l'homme» (il che già Maffi 1982, 33 ss., invero, metteva in luce, evidenziando come la πόλις avesse proiettato le sue istituzioni nella sfera dell'ordine divino, piegando il 'sacro', e in sé conservandolo, ai propri scopi). A mente di queste precisazioni, non convince *in toto* Colorio 2007, 184 ss., Colorio 2010, 396 ss., il quale, con il Gernet, sottolinea la continuità e la gradualità dell'«evoluzione strutturale» di ogni civiltà (considerata *en bloc*), tuttavia senza 'atomizzare' (come sarebbe metodologicamente più corretto) il *prédroit* nei singoli istituti di cui una civiltà si compone (vd. Stolfi 2006a, 13 ss.; Pelloso 2008a, 42 ss.). Di natura ben diversa, in argomento, risulta la discussione tra Burchfiel e Behrend, in occasione del *Symposion* del 1993, vertente sulla portata critica di una nozione (quella di prediritto) che si è inteso, e non del tutto a torto, ridurre a *Faszination* (Burchfiel 1994, 79 ss.; Behrend 1994, 105 ss.).

³² Cf. Taddei 2009, 690.

³³ L'antitesi gernetiana – che, come già s'è detto, non deve interpretarsi in chiave (solo) temporale – situa le ricerche dello studioso francese, quindi, lontano dalle placide e tranquillizzanti linearità dell'evoluzionismo antropologico e giuridico che, invece, serpeggiavano lungo tutte le ricostruzioni che, nel secolo decimo nono, numerosi e celeberrimi autori avevano (pur pionieristicamente) operato: la mente corre subito a Maine 1861, il quale conciliava entro un insieme non sempre coerente elementi eterogenei di 'storia congetturale', di 'metodo generalizzante', di 'organicismo biologico', di 'diffusionismo', per dar vita ad un ingegnoso disegno volto a sostituire il contrattualismo – aristotelico e rousseauiano – in nome della tesi che postulava, esclusivamente, un progresso naturale, proprio delle cd. 'società non stazionarie', dalla famiglia nucleare allo 'Stato'; di poi, non può non menzionarsi Fustel de Coulanges 1864, che, circa i rapporti tra organizzazioni preciviche e 'città antica', senza aderire alle tesi di stampo 'naturalistico' già in parte aristoteliche (cf. Arist. *pol.* 1252 a 28 ss.), che prendevano quale *principium* della famiglia patriarcale il fatto naturale dell'accoppiamento sessuale, della procreazione e dell'allevamento dei figli, postulava un rigido processo 'monocausale' di matrice culturale (necessaria continuazione dei culti domestici, concezione della religione quale valore fondante dell'intero mondo indoeuropeo: dalla famiglia nucleare si sarebbe passati così al γένος, poi alla φρατρία, e, infine, per il mezzo delle φύλαι, alla πόλις). Su tali tematiche vd., ampiamente, Capogrossi Colognesi 1994, 43 ss., 213 ss.; Capogrossi Colognesi 2008, 141 ss., 233 ss.; Lanza 2000, 73 ss.

³⁴ Il concetto di 'prediritto' emerge la prima volta nella produzione di Gernet nell'anno 1938, in uno scritto (Gernet 1938, 261 ss.) in cui l'autore – solo parzialmente – prende le distanze dal modello glotziano che aveva seguito nelle *Recherches* del 1917 (criticando della *Solidarité* l'eccessiva devozione alla «tradition sentimentale d'humanisme», l'impiego del concetto di γένος, l'idea di un'originaria unitarietà del diritto), ma ne esalta la ricerca 'mitologica' del punto di partenza dello sviluppo giuridico, ossia lo studio teso a ricavare dal mito consuetudini e istituzioni, nonché a spiegare talune 'credenze' – di cui alcuni studiosi rilevavano solo la stranezza – nel loro rapporto con i 'riti'. Riti che assurgevano a «droit en puissance», vale a dire ad un «prédroit» che si contrapponeva a un diritto inteso come «fonction des sociétés au milieu desquelles on l'observe» (Gernet 1938, 276). Sarà però in *Droit et prédroit en la Grèce ancienne* (in Gernet 1968, 175 s.) che Gernet, prendendo le distanze da Huvelin e da Leist, e abbandonando la tricotomia morfologica di Glotz ('*famille souveraine*', '*cité contre famille*', '*cité souveraine*'), cui corrisponde la sequenza pensiero religioso/pensiero magico/pensiero giuridico, consacra l'opposizione tra 'prediritto' e 'diritto', in seno ad una ricerca espressamente devota allo studio della 'funzione giuridica' come «fonction sociale» e come «fonction psychologique» (Gernet 1968, 177). Il diritto, così inte-

manca di una «spécialisation du temps et du lieu, du personnel et des moyens opératoires» e in sé assomma «certaines conduits traditionnelles où les gestes et le *verba* ont une vertu qu'on ne peut pas encore dire juridique ... mais dont la signification et les effets sont analogues à ceux qui transparaissent dans le droit lui-même»³⁵; esso, indice di un'efficacia 'altra' rispetto a quella propria del piano del diritto, involge rapporti non ancora concepibili in termini giuridici, in quanto ancora giudizialmente non coercibili: il *prédroit* sarebbe, quindi, «un état où les relations que nous nommons juridiques seraient conçues suivant un autre mode de pensée que dans le droit proprement dit»³⁶. Il secondo polo, il *droit*, è descritto come «une technique autonome» che presuppone necessariamente le istituzioni organizzate proprie di «un *minimum* d'État»³⁷. Entro tale cornice, Gernet sottolinea il trapasso a una «fonction autonome» dotata, nelle sue plurime manifestazioni, a seconda del tempo e del luogo, di una «unité irrécusable», il trapasso a una «fonction psychologique» incarnata in un «système de représentations, d'habitudes de pensée et de croyances» ordinate attorno ad una nozione specifica, quella, appunto di *droit*³⁸.

Detto ciò, mi pare solare che l'aderire al pensiero gernetiano significhi, di necessità, far propria una concezione dei rapporti tra 'Stato' (per quanto minimale) e 'diritto oggettivo' (per quanto ancestrale) che può dirsi oggi, sotto molteplici profili, superata.

In primis, sotto il profilo storico-metodologico, il rapporto di biunivocità tra l'«esistenza del diritto» e l'«esistenza dello Stato» già è stato messo in crisi con il superamento delle visuali pan-statalistiche fiorite nel secolo decimo nono sia nelle letture che, entro una cornice di sviluppo discensionale, tentavano di concepire lo 'Stato'-stirpe come figura assolutamente prioritaria rispetto alla società³⁹, sia nelle tesi politiche che, entro un processo evolutivo ascensionale, ascrivevano ai gruppi pre-civici minori funzioni analoghe a quelle svolte dalla più recente organizzazione statale⁴⁰. Tale supera-

so, secondo Gernet, è traduzione dei 'rapporti sociali' in forme simboliche prodotte da un pensiero astratto e positivo, laddove, prima di tale traduzione, sono le tecniche del 'prediritto' – espressione di un pensiero «sentimentale et indéterminée» – a conferire efficacia a tali rapporti. Sull'entroterra culturale (durkheimiano, meyerssoniano, glotziano) della distinzione gernetiana vd., inoltre, Di Donato 1990, 9, Di Donato 2004, De Sanctis 2007, 48 ss., Taddei 2009, 690.

³⁵ Gernet 1955, 2.

³⁶ Gernet 1968, 176.

³⁷ Gernet 1955, 2.

³⁸ Gernet 1968, 177. Incisivamente E. Cantarella parla di «forze che compongono l'osservanza di determinate norme di comportamento là dove (come nella società omerica, appunto) non esiste ancora uno Stato capace di costringere con la forza i consociati a osservare le regole» (Cantarella 1994, 20).

³⁹ Si tratta della celeberrima concezione del Meyer che, in aperta avversione a discipline come l'antropologia, la sociologia, il comparativismo, nega l'anteposizione logica e storica della famiglia allo Stato, ritenendo (aristotelicamente) che un essere '*staatlos*' sarebbe stato o superiore o inferiore all'uomo, essendo o un dio o una bestia (cf. Meyer 1884, 2 ss., sul cui pensiero vd. Canfora 1979, 80 s.; Capogrossi Colognesi 1984, 451 ss.): hanno aderito, *ex plurimis*, a tale impostazione, per il mondo romano, De Sanctis 1907, 230 ss.; Luzzatto 1948, 25 ss.; Arangio-Ruiz 1954, 109 ss.; per il mondo greco, Swoboda 1907, 21 ss.; De Sanctis 1912, 56 ss.; Wilamowitz 1923, *passim*.

⁴⁰ Si tratta delle concezioni che, analogamente alle strutture evolutive postulate sia dal Maine sia dal Fustel de Coulanges, stanno alla base della tesi che potremmo definire 'politico-gentilizia-patriarcale'. Essa vede, come noto, nel Bonfante e, prima di lui, nel De Ruggiero i suoi più strenui sostenitori (De Ruggiero 1872, 1 ss.; Bonfante 1916 a-b), e concepisce gli organismi pre-civici e

mento è avvenuto gradualmente grazie alla piena presa di coscienza del fatto che, anche ad ammettere – per pura ipotesi – che lo 'Stato' sia una «entità coeterna all'uomo»⁴¹, lo storico non ha il diritto di fissare aprioristicamente in un dato tipo di aggregato umano – come la stirpe o il gruppo gentilizio – la forma, sebbene primitiva, dello Stato intesa come valida universalmente, assumendo come altamente probabile, se non addirittura certa, la ricostruzione di quel processo evolutivo che, meta-storicamente, sembra più conforme al modello ordinatore arbitrariamente scelto *ex ante*. 'Stato', in verità, è – come ha insegnato la più accorta letteratura – un concetto anacronistico le cui 'mitologie giuridiche' risultano impiegabili solo scorrettamente non solo alla 'stirpe primitiva' o ai 'gruppi gentilizi', quali ipotetiche matrici della *civitas Roma* e delle πόλεις greche, ma anche a queste due ultime istituzioni (da contemplarsi ovviamente in una con l'esperienza che, storicamente, le ha diversamente connotate *sub specie iuris*)⁴².

In secondo luogo, anche sotto il profilo della teoria generale nonché della metodologia antropologica, è stata valicata, scientificamente, l'asperità di quel preconetto in virtù del quale all'europeo contemporaneo pare essere «fisiologico»⁴³ il 'non-essere' del diritto al di fuori dello Stato (in una con la necessità, per l'Europa continentale, del legislatore); preconetto che altro non è che un portato contingente (e neppure così antico) del razionalismo e dell'illuminismo che hanno ottenuto la loro più compiuta e raffinata veste teorica da parte di autori gius-positivisti come il normativista Kelsen (che, sciogliendo il diritto in sole norme e le norme in enunciati prescrittivi deontici, implica lo Stato quale componente necessaria dell'ordinamento giuridico)⁴⁴ e, prima di lui,

pre-politici quali enti esercitanti le funzioni dello 'Stato' in un'epoca in cui ancora la *civitas* non esisteva: contro l'approccio evolucionistico e lineare vd. le persuasive note di Franciosi 1997-1998, 235 ss. (con interessanti spunti per una rilettura 'anti-evolucionista' della *Scienza Nuova* di Vico); Franciosi 1999. Posizione sfumatamente intermedia è quella di Coli 1951, 135 ss. (seppur sostanzialmente in senso critico contro il Bonfante); cfr, inoltre, Frezza 1947, 276 ss., e De Martino 1952, 25 ss. (più propensi ad accogliere la ricostruzione bonfantiana).

⁴¹ Canfora 1979, 80.

⁴² Contro le generalizzazioni di una storia ipotetica e aprioristica che parta dalla nozione di 'Stato-stirpe', nonché a favore di un'indagine che valuti caso per caso il presunto moto ascensionale che principia dalle fratrie per giungere alla πόλις, vd., per il mondo greco, le limpide e ampie osservazioni, concernenti massimamente l'impostazione del De Sanctis, di Musti 1989, 92 ss. Sulla 'astatualità' della πόλις (contro l'approccio 'statualistico' costantemente manifestato da Hansen: cf., esemplarmente, Hansen 1998; Hansen 2002, 17 ss.; Hansen 2006, 56 ss.), cf., paradigmaticamente, Osborne 1985, 7; Meier 1988, 277; Hunter 1994, 149; Cartledge 1996, 45; Cartledge 1998, 7 s.; Behrent 2000, 261. Per il mondo romano vd. la puntuale critica a Meyer effettuata, sotto il profilo metodologico, da Frezza 1947, 278 s., nonché, contro la tesi 'politica' bonfantiana, soprattutto circa la poca plausibilità storica di concepire la *familia* come gruppo pre-civico, e il pregiudizio di vedere nella *gens* uno 'Stato' prima dello 'Stato', Franciosi 1984, 14 ss.; Franciosi 1999, 276. Sul punto, in generale, contro l'impiego della categoria 'Stato' per ogni istituzione dell'epoca 'pre-moderna', Capogrossi Colognesi 2009, XIII s.; Stolfi 2006b, 160 (da leggersi, tuttavia, in una con le note di Menu 2004, 17 ss., sull'utilità e la possibilità di impiegare la categoria *État* per l'Egitto faraonico).

⁴³ Cf. Sacco 2005, 419 s.; Sacco 2007, 19 s., 91 ss.

⁴⁴ Kelsen 1952, 580; Kelsen 1966, 9 ss.; sulla lontananza stellare che separa la nozione 'celsina' del diritto come *ars boni et aequi* da quella implicita in Giustiniano e in Kelsen (con critiche del tutto condivisibili sulle concezioni di quest'ultimo) imprescindibile è, ora, Gallo 2010. Bersaglio, il positivismo, è anche nella produzione giurisprudenziale di C. Schmitt, come emerge limpidamente

l'imperativista Austin (che, riducendo il diritto al solo imperativo del Sovrano, presuppone l'essere, seppur esterno rispetto al diritto, dello Stato)⁴⁵. Sono questi apriorismi che – credo – hanno influenzato pesantemente costruzioni di studiosi dell'antichità come lo stesso Gernet (che, come già s'è rilevato, discorre disinvoltamente, con precipuo riguardo alla Grecia antica, di una netta dicotomia tra 'diritto' e 'pre-diritto', quali poli distinti dalla presenza o meno di uno 'Stato minimale'), ovvero come il Momigliano (che, nel celeberrimo contributo che intendeva commemorare «la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica», usando per l'esperienza romana antica indistintamente i segni 'legislazione' e 'diritto', inconsapevolmente contribuiva, e non poco, a sotterrare al contempo la storia *tout court*)⁴⁶. Vero è, da un lato, che gli studi di *legal anthropology* condotti, con un livello sempre maggiore di approfondimento tale da permettere la distinzione, anche nell'ambito di questa disciplina, tra la sfera della socialità e quella della giuridicità⁴⁷, hanno dimostrato presso popolazioni un tempo dette di cd. interesse etnografico (come i Massim delle Trobriand, gli Eschimesi, i Kapauku della Nuova Guinea) la presenza di forme di disciplinamento qualificabili come 'diritto' anche in assenza di una burocrazia statale (e, quindi, in assenza di un apparato tanto giudiziario quanto legislativo)⁴⁸; e, dall'altro, che l'istituzionalismo – che in Italia vede il suo corifeo in S. Romano – ha permesso di concepire l'ordinamento giuridico come una

dalla lettura del saggio su *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Rechts»* di Garofalo 2008, 57 ss.

⁴⁵ Oltre a Austin 1885, 86 ss., cf., solo paradigmaticamente, per un'adesione allo 'statualismo giuridico' di stampo 'imperativistico', nella letteratura tedesca, Lasson 1882, 283 ss. e Jellinek 1921, 393; in quella francese, Carré de Malberg 1920, *passim*; in quella italiana, Battaglini 1911, *passim* (ma in senso solo parziale); sul punto cf. Bobbio 1960.

⁴⁶ Momigliano 1966, 285 ss.; cf., in proposito, le osservazioni di critica 'destruttiva' di Grossi 2008, 23, nonché quelle di critica 'costruttiva' di Bretonne 1994, 137 ss.

⁴⁷ Cosa che, invece, ancora non intendono fare quei gius-grecisti che, con un approccio non persuasivo non solo perché di stampo sociologico, ma perché falsificante i dati delle fonti, concepiscono in termini radicali e categorici l'Atene classica solo come una '*agonistic society*' (Cohen 1995; Christ 1999; Ober 1989; Hunter, 1994; Lanni 2006); cf., contro tale scuola di pensiero, Herman 2000, 18; Rubinstein 2000, 179 s.; Harris 2000a; Harris, 2000b; Harris 2005; Harris, 2007; Harris, 2009-2010; Pellosso 2012, 196 ss.

⁴⁸ Qui prescindendo dall'evanescente concezione malinowskiana che riduce, in pratica, la norma giuridica in norma sociale (Malinowski 1972, 62 ss.), l'approccio antropologico di Hoebel e di Pospisil (oltre ai risultati ottenuti dai due studiosi) s'è rivelato affatto utile contro il pregiudizio che lega Stato a diritto (per un inquadramento del pensiero di questi due autori rimando a Donovan 2008, 88 ss.; 123 ss.): ad avviso del primo, infatti, l'elemento discriminante tra società e diritto sarebbe l'attribuzione ad agenti socialmente autorizzati di un potere coercitivo fisico (potere non necessariamente statale), in quanto tra i valori di una cultura assurgono a norma di diritto quei postulati la cui infrazione, in modo costante, viene contrastata con l'applicazione (o la minaccia) di una forza (Hoebel 1974, 43); a voler seguire il secondo – che molto deve a Hoebel, seppur se ne discosta sotto il profilo dell'uso sanzionatorio della forza – il diritto, invece, è un «institutionalized social control» i cui elementi essenziali sono l'autorità politica (che manifesta 'il diritto' e che forza o induce al rispetto), il vincolo 'duty-right' (riconoscibile dall'autorità), l'intenzione di applicare in modo costante una sanzione (Pospisil 1971, 39 ss.). Sull'importanza di questi due autori, per la storia del diritto greco cf., ampiamente, Cantarella 1979, 63 ss. (in chiave hoebeliana di interpretazione della 'sanzione-vendetta' nelle comunità omeriche); Burchfiel 1994, 79 (in chiave preponderantemente pospasiliana); per un tentativo di applicare la categoria dell'«agente socialmente autorizzato» al tema della repressione del furto manifesto notturno nel regime decemvirale, mi permetto di rinviare a quanto ho scritto in Pellosso 2008a, 189 ss.

realtà ben più ampia e vitale del solo sistema normativo, ossia come una 'istituzione', comprensiva necessariamente, oltre che di norme (da intendere non come enunciati, ma almeno come frutto di un'attività interpretativa sugli enunciati), di un potere politico istituzionalizzato, anche diverso dallo Stato, e di una società civile⁴⁹. Del resto, anche a voler prescindere qui dalla considerazione generale che la *civitas* e la πόλις sono qualificabili in termini di 'ordinamenti statuali' solo in virtù di un'interpretazione forzata (che dimentica la concretezza in-artificiale degli antichi, più propensi a concezioni al contempo 'a-tomistiche' e 'syn-olistiche' che giammai prescindono, seppur in un contesto di unitarietà, dall'individualità del singolo e che giammai contrappongono la somma dei singoli cittadini alla meta-fisica sovrastruttura di una 'persona giuridica pubblica' contro cui o da cui si vantano diritti)⁵⁰, le stesse esperienze giuridiche di Roma e di Grecia antica, se vagliate accuratamente nelle loro diversità, permettono di considerare non assoluto il dogma giuspositivista della necessità dello Stato per il diritto. Ed ancora una volta l' 'a-statalità' inattuale del diritto antico (tanto greco, quanto romano) che, per l'appunto, non conosceva (e non sentiva la necessità di attivare) i misteriosi ingranaggi dell'*horologium* o della *machina* hobbesiani⁵¹, diviene potenzialmente 'attuale' sia dinanzi alla prospettiva dell'imperioso emergere dalle acque della globalizzazione di 'nuovi leviatani economici' (che, almeno nella prassi, mettono in crisi, in una dimensione sempre più 's-confinata', il recente modello 'stato-centrico' e 'legis-centrico' del diritto oggettivo in una con la 'sovranità' dello Stato)⁵², sia dinanzi agli odierni imbarazzi della dottrina che, rinchiusa nelle gabbie (d'oro più che d'acciaio) delle 'antitetiche' categorie dello 'Stato'⁵³ e del 'diritto soggettivo'⁵⁴, pur nel desiderio di dar risposte concrete ai problemi di tutela implicati da interessi 'superindividuali' (ad esempio a che l'ambiente non sia deturpato, a che si ottemperino le norme sulla concorrenza, a che si salvaguardino e si conservino cose di uso e di godimento comuni), non paiono percepire in pieno – circa, ad esempio, il problema di 'decifrazione' dell'interesse e della legittimazione ad agire, nonché quello della vera natura del *petitum* – tutta la inadeguatezza di rigidi schematismi sovrastrutturali che, con il loro opacizzare le lenti che scrutano il reale, di quest'ultimo rendono meno intellegibile la 'semplice complessità'⁵⁵.

⁴⁹ Romano 1945; cf., in senso adesivo, La Torre 2008; Bertolissi – Meneghelli 1996; in critica, vd. Catania 2010, 16 ss. Sui legami tra Schmitt, Romano, Hauriou, Savigny, cf. Bretone 2003, nonché Garofalo 2008, 77 ss.

⁵⁰ Se oggi, infatti, lo 'Stato' è visto come entità astrattamente separata dai cittadini che lo compongono (anche se *de facto* sempre meno questi stessi possono essere considerati membri costituenti e parte integrante dell'ente), ben 'altra' è la nozione romana di *res publica* e, soprattutto, di *Populus (Romanus Quirites)*, atteso che ogni attività decisionale è presa dai cittadini e che sono essi stessi il 'Popolo' senza lo schermo diaframmatico di rappresentanti (cf. Orestano 1968, 185 ss.; Catalano 1974, 97, 105 ss.; Lobrano 1994, 5 ss.; Lobrano 1996, 19 ss.; per il mondo greco, circa la coincidenza tra somma di 'singoli uomini' e πόλις, vd., paradigmaticamente, Meier 1988, 27; Canfora 2004, 33; Biscardi 1999, 231 ss.; Brook Manville 1990, 25; Gschnitzer 1969, 271 ss.

⁵¹ Hobbes 1742, *praefatio* (s.p.).

⁵² Cf., sul punto, Marramao 2003, 14 ss.; Grossi 2006, 309 ss.; Vincenti 2007, 14 ss.; Santoro 2008, 18 ss., 72 ss.

⁵³ Cf., per tutti, Grossi 1995, 10.

⁵⁴ Cf., per tutti, Catalano 2001, 95 ss.; è curioso notare come lo studioso arrivi a conseguenze non dissimili da quelle 'magistiche' hägerströmiane (su cui vd., recentemente, Ruschi 2010, 238 ss.).

⁵⁵ Ad esempio, in tema di 'azioni popolari' sono proliferate, nel tentativo di mantenere salda l'insufficiente dicotomia 'pubblico-privato', le nozioni di 'interessi diffusi' e 'collettivi', oppure

Infine, vero è che Gernet non postula solamente come connaturale all'essenza primitiva del *droit* «un *minimum* d'État», ma, in modo più preciso, sostiene che solo l'esistenza di un 'apparato giudiziario', per quanto rudimentale, segni il superamento dei confini del *prédroit*, ritenendo così che, almeno per il mondo greco, la forma più antica di diritto non sia data affatto dalla 'legge', bensì dalla 'sentenza'⁵⁶. Se, dunque, stando a questa linea di impostazione (all'oggi tutt'altro che poco diffusa), sarebbero o le *θέμιστες*-sentenze o le *δίκαι*-procedure a rappresentare il segno primo del *droit* in Grecia, un atteggiamento del tutto simile si riscontra in chi, per quanto concerne Roma antica, nella ricerca etimologica dei più antichi significati di *ius*, ha scorto tra questi ultimi proprio quello di 'decisione giudiziale': 'diritto', quindi, sarebbe stata, per questo indirizzo, la proclamazione del re attraverso 'formule rituali' e il primigenio valore di *ius* (da cui sarebbero discesi quello di diritto tanto soggettivo, quanto oggettivo) sarebbe stato quello di 'solenne risoluzione di una lite attraverso la creazione di una regola da applicare *in similibus rebus*'. Il Gioffredi, ad esempio, percorrendo sentieri assai distanti dalla *communis opinio*, una volta collegato il sostantivo *ius* al verbo *iungere* e, quindi, alla radicale *iug, attribuiva al '*ius*' primitivo il senso di 'riunione dei consociati' (o meglio di 'cerchio di Quiriti') alla presenza dei quali si svolgeva il duello ordalico; inoltre, una volta ascritto alla forma verbale *dicere* il significato di 'stabilire', 'creare', 'costituire', lo studioso riteneva, forte della convinzione che l'idea di diritto in una società primitiva diventi sensibile solo con il contenzioso, che se in un primo momento i contendenti (o i loro campioni) risolvevano la lite con un 'giudizio di dio', sarebbe stato del tutto naturale il passo successivo, nell'evoluzione storica e linguistica, verso l'idea di *ius* quale 'decisione rimessa al capo della comunità', decisione che *iungit* (che lega e vincola) e, per traslato, come «comportamento voluto dagli dèi o imposto dal magistrato», «fissazione autoritativa di ciò che è», «spettanza» ovvero «regola», «regime giuridico», «situazione giuridica», «comportamento vincolato»⁵⁷. Parimenti, secondo il pensiero

di 'diritti adespoti', di 'interessi individuali omogenei' e il fatto che chiunque possa agire a difesa di un interesse riconosciuto come 'pubblico' è stato giustificato in termini o di 'sostituzione processuale', o di 'esercizio privato di funzioni pubbliche', sino a considerare il cd. 'attore popolare' una vera e propria *longa manus* del 'potere statale' (da ultimo cf., su tali problemi, Saccoccio 2011): vero è, invece, che l'interesse di ciascuno, ad esempio, a che l'ambiente non venga danneggiato corrisponde a esigenze che sono proprie dell'individuo *qua talis* e che né la categoria del diritto soggettivo né quella dello Stato riescono a soddisfare pienamente; tali interessi, infatti, non mi paiono essere né *in toto* pubblici (ossia relativi ad un ente distinto e sovra strutturato rispetto ai singoli) né *in toto* privati (ossia squisitamente individuali), in quanto il privato non deve essere considerato *uti singulus*, ma cellula di un *corpus*, benché l'esperimento dell'azione venga affidato, ad ogni modo, ai singoli. Si potrebbe parlare, in tal frangente, non di 'diritto dei privati', non di 'diritto pubblico', ma di 'diritto dei singoli' (cogliendosi, così, uno spunto felice da Migliorini 2009, 365).

⁵⁶ Gernet 1955, 18; Gernet 2000, 3 s.; l'influsso, non solo di H.S. Maine (che, discostandosi dalla Scuola storica e dall'imperativismo, circa la genesi del diritto, credeva che le *θέμιστες* omeriche fossero sentenze giudiziali: cf. Piccinini 2003, 93 ss.), ma anche 'sotterranamente' di M. Weber, mi pare evidente, atteso che secondo quest'ultimo – stando all'interpretazione di S. Andrini – «la procedura diventa il modo di rappresentare, mostrandone lo stato nascente, il passaggio dalla società al diritto» (Andrini 1990, 24).

⁵⁷ Cf. Gioffredi 1955, 175, 181, 187; Gioffredi 1946-1947, 51 (su cui vd., tuttavia, Guarino 1990, 152 ss.); Pugliese 1956, 195 ss.; Wieacker 1957, 420 ss.; per una *Grundkonzeption* che sostiene essere il 'giudizio' la fonte del *ius*, orientata a intendere in senso 'ordalico' il processo primitivo, vd. Kaser 1955, 313 ss., e Kaser 1971, 318. Sull'etimologia supposta per cui *ius* è ciò che con-

'teocratico' e 'teogenico' del De Francisci – il quale postula un *ius* etimologicamente connesso all'antico nominativo di *Iupiter*, ossia *Ioues/Ious* (invero, recante in sé, come *dies*, l'idea della luminosità divina) e aderisce alla teoria della nascita dell'ordinamento di Roma sulla base del *ductus* e quindi del carisma personale di un *rex* quale *ductor* divinamente ispirato cui si rimettono le sorti della vita sociale stessa – la soluzione dei casi controversi veniva rivelata ai capi precivici e al *rex* dagli stessi *numina* immanenti nella natura: così, se l'indeclinabile *fas* avrebbe denotato, genericamente e rigorosamente, solo il 'volere divino' in sé e per sé considerato, come rivelato ai consociati e alle assemblee, *ius*, nella sua declinabile duttilità, sarebbe stato la 'decisione specifica' sostanzialmente 'celeste', ossia promanante direttamente dagli dèi in ordine a singole controversie, ma formalmente rivelata dai rappresentanti della comunità terrestre⁵⁸. Tuttavia, anche a voler qui prescindere – in termini generali – dalla non comprovata priorità storica e logica dell'azione rispetto alle situazioni giuridiche soggettive sostanziali⁵⁹, se, da una parte, tali tesi hanno l'indiscutibile merito di valorizzare il ruolo della contenziosità nella strutturazione del *ius* nonché il ruolo del *rex* (e, per esso, degli dèi) in merito all'affermazione, in contesto litigioso (pur ascrivendo al verbo *dicere* una primitiva sfumatura 'creativa' tutt'altro che pacifica)⁶⁰, dei principi fondanti il sistema romano,

giunge vd. anche la polemica tra Carnelutti e Devoto (Carnelutti 1947, 108 ss.; Carnelutti 1949, 57 ss.; Devoto 1948, 414 ss.), per una cui valutazione cf. Biondi 1953, 16 ss., nonché per un'ampia rassegna delle ipotesi proposte in tema, vd. Robleda 1974, 26 ss.

⁵⁸ Secondo la tesi del *Führertum* e della natura costitutiva della *iuris dictio* come delineata dal De Francisci sia in *Arcana imperii* che in *Primordia civitatis* (in aperto disaccordo con quanto sostenuto dallo stesso nel primo volume della sua *Storia del diritto romano*, ove si accentuava il valore oggettivistico del *ius*, mutuando dal pensiero di Dumézil: vd. Dumézil 1947-1948, 105; Dumézil 2001, 84), *ius* e *fas*, quindi, avrebbero indicato una pronunzia formalmente umana, ma sostanzialmente di matrice divina, il primo termine imponendosi, in via finale, come segno della «sfera entro la quale l'individuo può esercitare la propria potenza» (cf. De Francisci 1948, 136 ss.; De Francisci 1959, 136 ss.). Diversamente, ma sempre sulla scia della teoria del *Führertum*, cf. Behrends 1970, 11 ss. Quanto alla presunta etimologia di *ius* dalle stesse radicali di *Ioves* (= *Iupiter*), essa è già in Vico 1744, 514, e in Voos 1762, 374 ss.

⁵⁹ Ho cercato di dimostrare ciò, almeno per il mondo greco, in Pellosi 2012.

⁶⁰ Cf. Guarino 1990, 194 s., ad avviso del quale «non è possibile credere che una qualche attività di giurisdizione non vi sia stata nella *civitas* quiritaria, abbastanza distinta dalla *iuris interpretatio*, sin dagli inizi della *civitas* stessa, anzi probabilmente già sin da prima della sua nascita, cioè già nelle comunità precittadine»; si sarebbe trattato, tuttavia, di una *iurisdictio* «di carattere embrionale, solo pallidamente simile alla giurisdizione del pretore urbano di circa quattro secoli dopo» (cf., inoltre, Albanese 1987, 22 ss.). Sono anche io persuaso dell'inconcepibilità di una società sufficientemente organizzata senza un'autorità (verisimilmente il re, capo militare, religioso, politico: cf. Liv. 1.41.5; Cic. *rep.* 2.21.38; 5.21.38; Dion. Hal. 4.25.2; poi, come noto, i *praetores-consules-iudices*) munita della funzione di 'dichiarare autorevolmente' (ossia in modo inoppugnabile), in caso di conflitti, il *ius* e, quindi, come una controversia dovesse essere risolta secondo i *mores*. Ciò di cui si può dubitare è, al più, l'originaria bipartizione del processo civile, ovvero la sua stratificazione a tappe successive per cui o ad un'originaria struttura arbitrale sarebbe stata aggiunta una fase preliminare istituzionalizzata, o – come credo, giusta il tenore delle fonti – a partire dal regno primitivo il *rex* sarebbe stato competente per l'intero processo (D. 1.2.2.1; D. 1.2.2.14; Cic. *rep.* 5.2.3), laddove dal regno di Servio Tullio in poi sarebbe stata introdotta una procedura bifasica (Dion. Hal. 4.36.2): funzione questa alquanto divergente da quella meramente interpretativa (la quale, invero, era in linea di principio limitata alla dichiarazione del *ius*, senza estendersi all'accertamento incontrovertibile dei fatti).

nonché di limitare la sfera del *ius* tanto da escludere l'equazione '*ius* = diritto'⁶¹, dall'altra, esse sia si basano su congetture etimologiche alquanto azzardate rispetto alle soluzioni proposte comunemente dalla più autorevole dottrina ortodossa linguistica (che converge nella connessione di *ius* alla sfera indoeuropea della 'salute' e della 'purezza')⁶², sia presuppongono erroneamente una ricostruzione in senso ordalico a-razionale della *vindicatio* (che, invece, pare essere la 'ritualizzazione' di una 'sospensione del duello' più che quella di un 'duello in sé', giusta soprattutto il comando *duplex* del magistrato, ufficio della *civitas*, '*mittite ambo hominem*')⁶³, sia riducono in modo massiccio l'impatto, innegabile per la genesi del più antico nucleo di giuridicità in Roma, dei *mores maiorum* (nonché della stessa originaria giurisprudenza pontificale)⁶⁴.

Ritornando ora ai primordi dell'esperienza giuridica dei greci, va detto che né la versione dicotomica gernetiana (*droit/prédroit*) né la più complessa versione tricotomica gagariniana (*prelegal/protollegal/legal*), che 'inventa' per il mondo omerico la figura intermedia del 'proto-giuridico', sono accoglibili. E ciò sia in particolare, sia in generale: in particolare (ossia con riguardo alla storia del più antico 'diritto dei greci'), in quanto le testimonianze dell'età eroica su δίκαι (quali situazioni soggettive di vantaggio, ma

⁶¹ Cf., paradigmaticamente, Pugliese 1956, 193 s.

⁶² *Ius* etimologicamente sarebbe da associare al vedico *yōh* (prosperità, salute, felicità) che si trova in soli composti come *śamca yośca* (formula di 'salute' e invocazione di 'benedizione'), e all'avestico *yaoš* ('purificazione'; cf. l'iranico composto *yaoždadaiti*: 'egli purifica'); i primi indicatori la presenza, staticamente intesa, della 'purezza rituale' e della piena validità (*optimum*) di uno *status*, i secondi impiegati per indicare, dinamicamente, il raggiungimento dell'assenza di contagio con la sfera della morte: vd. Devoto 1934, 23 ss., Devoto 1948, 414 ss., Devoto 1962, 325; cf., inoltre, Benveniste 2001, 367 ss., che propende, tuttavia, per una concezione originariamente solo giudiziaria del *ius*; vd., infine, De Meo 2005, 146 s. La radice indoeuropea, quindi, nell'area indica avrebbe generato un'idea connessa alla 'pacificazione', mentre nell'area latina, il primevo ambito semantico sarebbe stato connesso al concetto incitatore di 'formula rituale' (Lévy-Bruhl 1960, 39 ss.) ovvero a quello di 'forza rituale' (Santoro 1967, 181 ss., 202 ss.; ma vd., *contra*, Tondo 1970, 77 ss.). È rimasta voce inascoltata nel deserto quella di Semerano 2004, 248, che, legando il latino *ius* all'accadico *ūsu*, *ussu*, ha discorso di «ordine, linea di demarcazione, diritto cammino».

⁶³ Una tale impostazione, invero, è deficitaria di ogni fondamento. Per riprendere Talamanca, «non si hanno ... tracce nella nostra documentazione di procedimenti a-razionali per la soluzione delle controversie neppure in quel periodo delle *legis actiones*, in cui tutto il procedimento si svolgeva dinanzi al *rex*. Ciò vale, anzitutto, per l'ordalia, anche in quella forma particolare che è il duello giudiziario, ma anche per quella consultazione della volontà degli dèi da parte del *rex* che rappresenta la struttura a cui si pensa più spontaneamente e più spesso, quando si indulga ad ipotizzare la sussistenza, nel più antico processo romano, di metodi a-razionali per la soluzione delle controversie. Bisogna, d'altronde, sgomberare il campo da un modo di vedere, più o meno consapevolmente diffuso, per cui i metodi a-razionali di soluzione delle controversie fossero indotti dall'oggetto della decisione, e cioè di stabilire chi – fra le parti – avesse commesso lo spergiuro. In effetti, l'esser *iustum* od *iniustum* il *sacramentum* dipendeva dall'accertamento di circostanze che rientravano totalmente in una sfera laica, come l'esistenza di un rapporto di responsabilità o di una situazione di appartenenza» (Talamanca 1987, 24).

⁶⁴ *Mores* da taluno fatti assurgere a 'fondamentale patrimonio giuridico romano' in concomitanza con la riduzione all'originario '*ius dicere*' regio non già ad attività creativa, bensì solo rivelativa di un fondo già esistente di costumanze anche preciviche (Albanese 1978, 87; cf., altresì, Guarino 1990, 166, n. 34), da altri concepiti – in buona sostanza – come un *ur-römisches Naturrecht* (Kaser 1986, 21 ss.) o, analogamente, come forme di manifestazione da inserirsi in un contesto di mutabile «giusnaturalismo immanentista» (Talamanca 2008, 38).

anche di svantaggio) e su θέμωτες (quali manifestazioni oggettive di un ordine 'teofisico') – a quanto ho appurato – non militano semanticamente a favore della priorità logica e storica del 'diritto processuale' rispetto al 'diritto sostanziale'⁶⁵; in generale (ossia

⁶⁵ Sulla scorta del filone di pensiero gernetiano, entro cui si collocano altresì le ricostruzioni di Havelock (che riduce la δίκη più antica a sentenza e/o procedura: vd. Havelock 2003, 150 ss., 219 ss.), in modo affatto circostanziato s'è pronunciato Gagarin: lo studioso americano, infatti, ritiene, a precisazione degli assunti di Gernet, che *Law* sia solo l'insieme delle norme formalmente riconosciute come tali, di regola, mediante la scrittura, e postula per il mondo greco uno sviluppo dallo stadio del *pre-legal* (connotato dall'assenza di *primary rules* e di *secondary rules*), attraverso quello mediano del *proto-legal* (contraddistinto dall'esistenza di procedure pubbliche e formali, nonché dall'inesistenza di un sistema coerente e non antinomico di regole sostanziali), a quello del *fully legal*, così detto per la presenza di *rules* tanto *primary*, quanto *secondary* (Gagarin 1986, 3, 8 ss., 136, 144; vd., altresì, Gagarin 1973, 81 ss.). In favore della tesi secondo cui δίκη – già in Omero – non sia solo procedura, ma indichi pure «una serie di principi», vd. Cantarella 1987, 158, che contrasta, peraltro, lo sviluppo dal *pre-legal*, attraverso il *proto-legal*, al *fully legal*, così come descritto dallo studioso americano. A mio credere, a prescindere dalla sua connotazione marcatamente evolucionistica, la tesi di Gagarin (al pari di quella gernetiana) è da rigettare, in primo luogo, perché contraddetta dalle risultanze omeriche che non paiono attestare affatto, circa il più antico vocabolario giuridico greco, la preminenza di significati 'processuali': se θέμωτες sembrano essere manifestazioni oggettive di un 'ordine teo-fisico', δίκη pare a me, contro la *communis opinio*, avere in Iliade (secondo criteri tanto ermeneutici quanto statistici), in via esclusiva, il senso generico di 'situazione soggettiva': significato, quest'ultimo, che tanto in contesti giudiziali (come quello, celeberrimo, dello scudo di Achille, ove si trova il riferimento all'attribuzione alla parte vincitrice patrocinante ἰθύντατα la propria δίκη, di due talenti d'oro, in virtù di un regime parificabile a quello romano della *poena sponsionis et restipulationis*), quanto in contesti stragiudiziali (come in quello in cui si fa riferimento alla δίκη di Achille o quella di Antiloco, la prima lesa dall'indebita sottrazione di Briseide da parte di Agamennone, la seconda suscettibile di essere vulnerata dalla volontà di Achille di attribuire il premio dovuto al figlio di Nestore a Eumelo) può precisarsi nell'accezione di 'pretesa avanzata da una parte' o di 'spettanza riconosciuta ad un soggetto'; in Odissea, invece, a detto significato primario (assai sovente rinvenibile, in contesti non contenziosi, nelle sfumature di 'sorte', 'potere', 'aspettativa'), si affianca – in un *hapax* – quello secondario di 'sentenza' e di 'giudizio' (così Pelloso 2012). In secondo luogo, sotto un profilo di critica generale, la tesi in parola mi pare erroneamente orientata in quanto, in punto di dogmi, sia circoscrive le norme secondarie solo a quelle 'procedurali' (laddove, ad esempio, esistono pure quelle di attribuzione e di definizione di poteri e facoltà), sia esclude dal proprio ambito di considerazione il diritto consuetudinario ovvero di tipo tradizionale non scritto, limitando così il fenomeno del diritto alle sole forme imperative (in senso negativo e positivo). Di poi, la tesi pare fallace atteso che postula infondatamente l'inesistenza in età omerica di coerenti regole 'sostanziali' primarie (invero ben enucleabili), e concepisce il processo omerico come arbitrato (cf., per entrambi questi aspetti, Wolff 1946, 31 ss.; Cantarella 1987; Cantarella 2002a, 147 ss.; vd., inoltre, soprattutto per l'utile rassegna dottrinarina, Fusai 2006). Infine, in modo metodologicamente inappropriato, Gagarin appiattisce la pluralità culturale, topografica, cronologica descritta nei poemi su un *unicum* 'a-oristico' e 'meta-storico', definito perentoriamente ora nel senso di un 'prediritto' ora di un 'protodiritto': vero è, invece, che, da una parte, «l'esame di alcuni fatti della cultura materiale e di alcuni codici etici permette di cogliere disomogeneità del quadro culturale descritto nei poemi omerici, che come insieme, non coincide con nessuna delle epoche storiche a noi note», dall'altra, «al di là della distorsione della realtà propria dell'elaborazione poetica, questa disomogeneità è sensatamente spiegabile solo come risultato di una stratificazione progressiva della tradizione poetica, che ha desunto elementi da ogni fase storica attraverso cui è transitata, affiancandoli – in maniera a volte contraddittoria – a quelli già presenti al suo interno» (Ercolani 2006, 56; sotto il profilo della 'pluralità' delle 'esperienze giuridiche' descritte nei poemi è imprescindibile la lettura di Cantarella 2001, 4 ss.).

con riguardo alla teoria del diritto), in quanto, all'evidenza, elevando il dato più appariscente della fenomenologia giuridica, ossia il processo giurisdizionale, a *quid* ontologico di quest'ultima, viene estirpata alla radice – in modo analogo all'impostazione austriaca – ogni forma di diritto non 'autoritativa' e, *in primis*, quella viva e calda 'coscienza giuridica del popolo' che troverebbe, secondo un celeberrimo indirizzo opposto all'algidità delle tesi propugnanti la codificabilità della *Ratio*, la sua più autentica ed elevata esplicazione nella 'scienza del diritto', nonché il suo segno distintivo nella 'tradizione' se non nella 'consuetudine', laddove *Beruf* della *Gesetzgebung* sarebbe solo quello di precisare e integrare il contenuto, come pre-determinato sia dalla co-scienza sia dalla scienza, del diritto⁶⁶. «Coscienza giuridica» che, come ben ha insegnato il Paoli, fu invece un dato ineludibile nell'esperienza greca e tale, peraltro, da fornire «materia e orientamento a tutte le forme della sua cultura»⁶⁷, così come, del resto, è noto che fu proprio la '*scientia iuris*' a contraddistinguere – in modo non solo 'esemplare' e 'inarrivabile', bensì 'unico' tra tutti i popoli dell'antichità – il mondo romano.

⁶⁶ Il riferimento, in corpo di testo, alla celeberrima concezione di Savigny, che pone il fondamento ontologico del diritto in una grandezza storica (ossia il *Volk* in una con il suo *Geist*) è solare: cf. Savigny 1840a, 14 ss., 22, 35; Savigny 1840b, 8 ss. Quanto qui mi preme ricordare, in generale, è solo come anche il grande studioso sia divenuto (contro la sua stessa impostazione 'marburghese' del 1802-03: vd. Savigny 1951, 14 ss.) il fautore di una concezione giuridica, nella sua 'storicità', essenzialmente 'a-statuale' e 'deutero-legalistica' (il che non poteva non attirare le critiche 'imperativistiche' di Stein 1841, 365 ss.). Quanto, in particolare, alla posizione assunta circa i rapporti tra Savigny e Bachofen da Schmitt, secondo il quale, per l'appunto, il 'vero erede' del Savigny sarebbe stato il solo Bachofen, giacché per quest'ultimo studioso il diritto romano, quale fenomeno storico, non avrebbe potuto confondersi con operazioni pratiche e teoriche 'attualizzanti' (cf. Schmitt 2003b, 14), la divergenza tra il Bretone e il Garofalo, l'uno in senso contrario (Bretone 2003, 136 s.), l'altro in senso tendenzialmente adesivo alla considerazione schmittiana (Garofalo 2008, 83 ss.), mi pare possa essere composta alla luce di una semplice constatazione. Un'intima incoerenza (o se si vuole 'schizofrenia') connotava, innegabilmente, la Scuola Storica (cf., paradigmaticamente, Capogrossi Colognesi 2008, 34 ss.): infatti, una volta concepito il diritto come *Volksggeist* e ritenuto esso come non comprimibile nelle angustie spaziali e culturali di un codice, il Savigny dichiarava la necessità di uno studio storico-filologico del diritto romano, e contemporaneamente reputava l'attuazione della proposta codificatrice del Thibaut come una deprecabile sclerotizzazione della vitalità fluida del diritto, tanto da sostenere l'opportunità di continuare ad applicare i *iura* romani stessi, almeno circa i rapporti privatistici (sulla polemica tra il pensiero savignyano e quello thibautiano, vd. Orestano 1987, 239; Zimmermann 1996, 576 ss.). Indi, è quale prodotto della scissione della duplicità di anima dell'unitaria scuola di Savigny che sono sorti l'indirizzo della 'pandettistica' (che subordina la storia al dogma) e il filone dei 'filologi del diritto' (che subordina il dogma alla storia); ed è solo quale perfezionamento di quest'ultimo ramo della Scuola Storica che emerge e si sviluppa il pensiero di Bachofen. Quest'ultimo, contrario alla pura erudizione e all'attualizzazione, nonché indifferente alla preoccupazione di trovare un 'sistema attuale' (vd. Bachofen 1988, XLIX ss. [*Retrospectiva di una vita*]), non è, a mio credere, da considerarsi autenticamente 'erede' di Savigny (favorevole, al contempo, a tutte e tre queste istanze), bensì, una volta cagionata la morte delle 'ambivalenze' del pensiero giuridico di quest'ultimo, mi pare – per così dire – che sia stato un 'indegno a succedere', meritevole per tale 'parricidio' del plauso – oltre che di Nietzsche – di antropologi, sociologi, ed etnologi del diritto come Morgan e McLennan (cf., sul punto, Rufino 2002, 35 ss., 53 ss.; Jesi 2005, 12 s.). Ovviamente s'è trattato di una morte 'dolce', non certo di quella atroce che avrebbe avuto il piacere di provocargli, se ne fosse stato capace, Heine («Savigny un romano? No, egli è un servo dello spirito romano, *un valet du romanisme*». L'eleganza stilistica di Savigny somiglia a quell'umore argenteo e vischioso che gli insetti lasciano sul suolo su cui hanno strisciato»: Heine 1919, 89).

⁶⁷ Paoli 1933, 5.

A mente di tali rilievi, da ultimo, non può non sottolinearsi con Agamben la necessità, ogniqualvolta si presupponga a monte di una scissione storica uno stadio 'preistorico' unitario, di impiegare la più scrupolosa accortezza allo scopo «di non proiettare semplicemente sull' 'indistinto primordiale' presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione»⁶⁸. Operare, come il Gernet, una netta separazione, giusta il desiderio di superare la distanza formale tra il 'diritto' e ciò che non è tale, ossia tra la sfera del *droit* (funzione autonoma e specifica 'proceduralizzata'), e quella del *prédroit* (*rectius*: modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà poi), significa, in altre parole, innestare arbitrariamente – seppur anche solo sotto il profilo qualificatorio – in un mondo a cui ancora il 'giuridico', il 'religioso', il 'magico' sono concetti alieni nella loro specificità, 'corpi estranei' e insieme non tener conto del fatto che questa realtà primigenia non può essere, come *prius*, il risultato dell'aritmetica sommatoria degli aspetti, come *posterius*, differenziati e scomposti.

Ovviamente, tutto ciò non significa per me che non sia possibile e proficua una ricerca tesa a rinvenire allo stadio 'differenziato' del diritto vestigia dell'originaria 'indistinzione', vestigia qualificabili, seppur solo *a posteriori* (secondo le categorie della 'differenziazione'), in termini ora di 'religione', ora di 'magia', ora di 'violenza naturale indiscriminata'⁶⁹: e il mondo dell'antico Egitto, ancor meglio di quello greco-romano, ben si presta a fungere da paradigma dell'insufficienza del modello del *prédroit*.

⁶⁸ Agamben 2008, 90 s. A mente di ciò si potrebbe, per esempio, impiegare l'espressione 'sistema indistinto', evitando di qualificarlo solo con l'aggettivo normativo o giuridico, si da superare finanche quella raffinata scuola di pensiero che, seguendo la via indicata da Catalano 1965, 31, intende sostituire, almeno per i primi secoli della storia di Roma, all'idea di ordinamento giuridico quella – più pertinente – di 'sistema giuridico-religioso' (cf. Sini 1997, 32 e n. 16; Sini 2001, 36 ss.).

⁶⁹ In una dialettica che vede i propri termini di antitesi nella 'differenziazione attuale' e nella 'indifferenziazione iniziale', più che nel 'diritto' e nel 'prediritto', Gernet indica la derivazione delle pratiche 'procedurali' (considerate espressione di *technique autonome*) da contegni che risulterebbero pienamente intelligibili solo se inseriti in un contesto il cui pensiero è, per l'appunto, diverso rispetto a quello del mondo del diritto: così, non solo il campo 'religioso' (come invece pare intendere Agamben), ma anche quello 'ludico-agonale' si impongono, nel pensiero gernetiano, quale contesto imprescindibile, i cui istituti e la cui terminologia verranno trasfusi nella sfera di operatività e nel lessico del 'giuridicamente rilevante' (essendo, a titolo di esempio, l'agone sia il luogo prestabilito per le decisioni scaturenti dalla 'lotta', sia la sede della decisione scaturente dalla 'sentenza'). Il flusso di traduzione tra le due sfere non è, però, convogliabile in un solo 'canale', ma molteplici sono i condotti che irradiano dalla medesima sorgente: il canale magico (che lega gesti, parole, oggetti, colori alla produzione 'simpatica' di determinati effetti), ad esempio, è seguibile nel trapasso semantico di 'ἄρκον ὀμνύναι' quale atto di *Zauberei* consistente nell' 'afferrare con forza il bastone', all'atto e religioso e giuridico di 'prestare giuramento' (Calore 2000, 38). Quello dei giochi, che sarebbero «des milieux où se sont définies les notions et les attitudes qui sont explicatives de la procédure la plus ancienne» (Gernet 1955, 18), ben è dimostrato, invece, nel meccanismo di assegnazione dei premi come descritto da Omero con riguardo a quelli funebri banditi da Achille in onore di Patroclo: da un lato, la *mainmise sur le prix* su iniziativa del vincitore e la ratifica della comunità abbozzerebbero gli elementi di quel potere individuale che, *sub specie iuris*, non si esiterebbe oggi a chiamare proprietà; dall'altro, avrebbero in sé tutti i germi del processo le contestazioni a fine gara (si pensi, dopo la celeberrima competizione coi carri, alla disputa 'potenziale' tra Antiloco ed Achille risolvibile con il duello o con l'esercizio della vendetta, ovvero a quella tra Menelao e Antiloco, risolta col deferimento di un giuramento decisorio, ma risolvibile *in primis* con il ricorso all'assemblea guerriera: cf. Thür 1970, 426 ss., e

3. *Ma'at*: il modello 'altro' dell'iniziale 'indistinzione' e l'ordine cosmico del potere.

La trattazione di qualsiasi istituto appartenente al 'sistema giuridico-religioso' faraonico⁷⁰ non può che partire dall'imprescindibile esame critico di quel dogma che, concisamente ed efficacemente, J. Assmann – nel quadro della sua ricerca circa le concezioni riguardanti i rapporti tra ordine religioso e ordine politico (ossia in merito alla cd. teologia politica) – ha saputo definire come la «trinità egizia» consistente in «dio-re-*ma'at*»⁷¹. In buona sostanza, Dio avrebbe insediato sulla terra il monarca come suo rappresentante, non già con un conferimento di potere assoluto e indeterminato, bensì vincolandolo ontologicamente all'esercizio della funzione (divina) di sovranità, proteso alla realizzazione di un ordine inderogabile e supremo (*ma'at*): indi il faraone⁷² e il dio risul-

Thür 1996, 57 ss., seppur con le osservazioni di Talamanca 1979, 103 ss.). Infine quello della vendetta (stilizzato storicamente in forma simbolico-sacrale) ben si evidenzia nella 'dichiarazione di guerra' (mediante l'atto di piantare una lancia presso la tomba dell'ucciso) ad opera dei legittimati attivi della *δίκη φόνου* (in buona sostanza gli stessi soggetti che, nei poemi omerici, erano 'tenuti' alla vendetta per evitare *αἰδώς* ed *ἐλεγγέην*): l'esperimento dell'azione, all'evidenza, era la giuridicizzazione dell'originario *self-redress* (Cantarella 1994, 259 ss.). Entro la cornice della ricostruzione gernetiana, un ruolo principe ha giocato ovviamente anche la mitologia greca (il banchetto di Tantalo, lo scambio delle armi, il mito di Prometeo, il sacrificio dei sovrani atlantidei, hanno offerto allo studioso francese un sostanzioso materiale fecondo per riflessioni circa quei contegni primitivi inseriti, in antitesi assoluta con l'astrazione caratteristica del pensiero giuridico, nel cuore del *prédroit*): vero è, infatti, che il mito, in modo concorde tra le sue diverse manifestazioni, è in grado di mettere in luce il nesso che unisce la 'violenza' (privata, agonale, sacra) al *droit*, quale sterilizzazione del conflitto (violenza naturale e incontrollata là dove non vi siano norme capaci di disciplinare il ricorso ad essa e sanzionarne l'abuso; violenza incardinata in un sistema attraverso più o meno raffinate ritualizzazioni che in sé mascherano o, comunque, ricordano – nella loro struttura interna, nei loro segni esterni – l'indiscriminato ricorso ad originari atti di ritorsione). Cf., per ulteriori spunti, Cantarella 1994, 22 ss.; Cantarella 2002b, 74; Colorio 2007 186 s. e nn. 76 ss.; Pellosi 2008a, 42 ss. Vd., inoltre, in senso 'adesivo' a Gernet e contrario allo «scetticismo gnoseologico» di Cohen e di Hansen, Taddei 2000, XXV, che, tuttavia, nel sostenere la possibilità di una «ricostruzione del più antico periodo del diritto greco» grazie all'impostazione gernetiana, scorrendo proprio di 'diritto', mi pare inconsapevolmente contraddire l'impalcatura metodologica dello studioso francese cui fa riferimento.

⁷⁰ Cf. Allam 2007, Allam, 2003, 15 ss.; Theodorides 1988, 13; Lorton 1985, 360; Sarraf 1984; Theodorides 1967, 137 s. Per un'ampia trattazione istituzionale del diritto egizio, corredata di indispensabile bibliografia, vd. i contributi di Jasnow 2003, 93 ss., 255 ss., 289 ss.; per una trattazione esemplare dei numerosissimi problemi (sociologici, filosofici, giuridici, linguistici) involti nel segno e nell'ideale di *ma'at*, cf. Karenga 2004 (con persuasive considerazioni sull'operatività cosmico-politica di *ma'at*).

⁷¹ Assmann 2002, 29 s.: l'autore tratta del cd. dogma trinitario una volta definite le fondamentali forme di manifestazione della teologia politica, ossia «teocrazia», «dualismo» e «rappresentanza», e dopo aver ricondotta la monarchia faraonica, intesa quale esempio – al pari del cesaropapismo – di «unificazione della dirigenza politica e religiosa in mano a rappresentanti terreni» e di «correlazione tra potere divino e politico sotto forma di analogia». Su tale nesso cf., altresì, Menu 2005, 11 ss., 15 ss., 45 ss.; Menu 2004, 17 ss., 85 ss., 135 ss.; vd., inoltre, Pellosi 2008a, 288 ss., 316 ss.

⁷² Pare opportuno riprendere sul titolo 'faraone' le brevi considerazioni storiche di Gardiner 1997, 50 s., il quale, notando che il vocabolo in questione «nelle storie di Giuseppe e di Mosè viene usato come titolo generico del monarca egizio regnante; il II Libro dei re, parlando di un sovrano della XXVI dinastia, lo chiama 'faraone Neko', aggiungendo il nome proprio come si usava talvolta nella letteratura indigena a partire dalla XXII», ben evidenzia che «l'applicare ... il termine di 'faraone' ai sovrani anteriori alla XVIII dinastia è un anacronismo e non esiste testimonianza alcuna

terrebbero concepibili come le parti di un rapporto per il quale in capo al primo insorgerebbe, da un lato, a seguito dell'incoronazione-posizione, una *Schuld* e, dall'altro, a seguito di una sua condotta – nell'espletamento dell'incarico – eccedente i limiti ovvero inottemperante i fini conseguendi (realizzare *ma'at*), l'attuazione della *Haftung*, non solo accertabile dal tribunale divino *post mortem*, ma altresì suscettibile (seppur, storicamente, gli episodi in tal senso non sono numerosi) di essere fatta valere attraverso la deposizione terrena⁷³.

In altre parole, solo ottemperando al proprio incarico – «realizzare *ma'at* e scacciare *isfet*»⁷⁴ – il monarca diventerebbe «uguale a dio», ossia «d'un solo corpo con dio»⁷⁵, sicché egli, chiamato a esercitare quella funzione regale, originariamente propria ed esclusiva della divinità, sarebbe e andrebbe riconosciuto tale, solo a condizione che *ma'at*, elemento «terzo vincolante»⁷⁶, venga posta in essere⁷⁷, quale «ensemble des

del suo uso al plurale»; tuttavia non vi sarebbe ragione alcuna di abbandonare la consuetudine di far uso di questo «comodo appellativo».

⁷³ Per la teoria egizia della regalità è fondamentale leggere i vv. 30-44 di un celebre inno solare ramesside («Ra ha installato il re sulla terra dei viventi per sempre, affinché egli amministri la giustizia e pacifichi gli dèi, per realizzare *ma'at* e debellare *isft*, facendo offerte agli dèi e offerte funerarie ai defunti immortali. Il nome del re è nel cielo come quello di Ra ed egli vive nel giubilo come Ra-Horakhte, gli uomini giubilano alla sua vista e il popolo lo acclama come fanciullo»: cf. Assmann 1970), in una con i §§ 1173-7 dei testi delle piramidi («il cielo è in festa e la terra gioisce nel cuore perché N. ha posto *maat* e ha debellato *isfet*»: Faulkner 1968); circa i §§ 2042-6 dei testi delle Piramidi ove si evoca il processo al re dinanzi la corte di Osiride, cf. Mathieu 1997, 11 ss. Leprohon 1985, 274, rammenta che «as chief justice, the king was also bound to a higher authority, that of the cosmic principle of *ma'at*, the primordial harmony set down by the creator deity at the beginning of the world»; Lorton 1985, 354, inoltre, dopo aver sottolineato che «the authority of the individual king and the institution of kingship was justified by linking them to religious beliefs», ricorda che «a king could be deposed, as happened to Apries in the Twenty-sixth Dynasty, or a rival dynasty could be founded, as the Eleventh Dynasty established itself in Thebes in opposition to the Herakleopolitan kings».

⁷⁴ Sui rapporti tra *ma'at* e *isfet* cf. Assmann 2002, 31 (cf., altresì, Assmann 1989, *passim*, nonché Assmann 2006, 211 ss.); vd., inoltre, Schlögl 2003, 13: «Beide, Götter und Menschen, vereinte die Verpflichtung auf die Maat. Dieser Begriff, der oft mit ‚Wahrheit‘, ‚Recht‘, ‚Gerechtigkeit‘ übersetzt wird, hat einen so vielschichtigen Inhalt, dass er in der Übersetzung nicht durch ein einziges Wort ausgedrückt werden kann. Maat verkörpert die Weltordnung, die der Schöpfergott bei der Schaffung der Welt gesetzt hat, bedeutet das Gegenteil von Chaos, beinhaltet die Gesetzmäßigkeit der Natur und ordnet das Zusammenleben der Menschen untereinander. Der Ägypter hat diesen Begriff personalisiert in der Gestalt der Göttin Maat, die als Tochter des Sonnengottes Regalt. Bildlich wird sie als Frau dargestellt, die auf dem Kopf als Scheitelattribut eine Straußenfeder, ihr Schriftzeichen, trägt. Doch nicht nur die Maat in die Tat umzusetzen war Aufgabe von Göttern und Menschen, sie waren auch verpflichtet, alles, was der Schöpfung entgegenstand, sie bedrohte oder sinnentleert machte, abzuwehren. Das Wort ‚Isefet‘ war der ägyptische Sammelbegriff negativer Kräfte und für die Feinde der Schöpfung. Er schloss Mord, Lüge, Gewalt und Tod genauso ein wie Leiden, Mangel, Krieg und Ungerechtigkeit».

⁷⁵ Assmann 2002, 30 (che riprende l'iscrizione di Speos Artemidos di Hatshepsut).

⁷⁶ Assmann 2002, 31.

⁷⁷ La valenza 'panica' di *Ma'at* quale ordine supremo e fine del vincolo cui è astretto il dio sovrano (tanto che la fuoriuscita, da parte di quest'ultimo, da tale ordine di cose comporterebbe la venuta meno della ragion d'essere stessa dell'ufficio cui è stato preposto e, quindi, la condizione della permanenza in suo capo della natura di monarca e *a fortiori* di dio) è stata definita mirabilmente da V. Polacek, come «l'alpha et l'omega de la pensèe et de la vie quotidienne» (Chronique d'Égypte 37, 1962, 28: che non ho potuto consultare e che cito da Parant 1974, 55). Sostiene

conditions qui font naître et qui renouvellent la vie»⁷⁸. Il geroglifico di *ma'at*, quale 'fonogramma simbolico', stilizza un 'basamento', e si riconnette al verbo *ma'* che significa «richtig sein; richtig machen; richtig gehen; opfern; darbringen; führen; leiten»⁷⁹, sicché il significato primario del sostantivo ben potrebbe essere, per l'appunto, quello (dinamico) di *Richtung* che assurge (staticamente) a *Grundlage, Socket*⁸⁰: *ma'at* rappresenta vivamente e concettualmente il fondamentale presupposto, il caposaldo 'metafisico' – ma da rendere immanente – della vita stessa nel cosmo o, meglio, il presupposto indefettibile perché l' 'essere' sia 'cosmo', il *quid* legante il tutto in una unità incrollabile⁸¹. *Ma'at*, s'è affermato sulla scorta di Bleeker⁸², è il principio pre-assiale per cui «the universe, the natural world, the state, and the individual were all seen as parts of the wider order»⁸³. Il monarca, almeno ideologicamente fonte unica di prescrizioni⁸⁴ e giudice unico⁸⁵, non è 'assoluto' e libero di agire arbitrariamente, non è anche 'fuori dall'ordinamento' e dotato, pertanto, del potere di 'sospendere l'ordinamento'⁸⁶. Egli è

Westendorf 1966, 201, che «im altägyptischen Pantheon der geschichtlichen Zeit spielt die Göttin Maat... als Personifikation der Begriffe, Recht, Gerechtigkeit, Ordnung, Wahrheit' eine zentrale Rolle, da sie eng mit den beiden wichtigsten Göttern, dem Sonnengott Re und dem Totengott Osiris, verbunden ist und darüber hinaus auch zum König, als dem irdischen Sachwalter der göttlichen Ordnung, in engster Beziehung steht».

⁷⁸ Menu 2004, 19.

⁷⁹ WäS II, 12; II, 22.

⁸⁰ Helck – Otto – Westendorf 1990, 1110 ss. (s.v. *ma'at*); cf., altresì, Assmann 2006, 15 ss.; Westendorf 1966; Brunner 1958. Per le rappresentazioni della dea *Ma'at* cf. Shirun-Grumach 1985, 173 ss.; per la personificazione di *ma'at* cf., inoltre, Teeter 1997, *passim*; Assmann 2006, 159 ss.

⁸¹ Vero è, tuttavia, che «die *Ma'at* ist nicht um des Staates willen da, um dem Königtum Bestand, Legitimität und Akzeptanz zu geben, sondern umgekehrt: Der Staat ist um der *Ma'at* willen da. Um sie auf Erden zu verwirklichen, wurde das Königtum von den Göttern eingesetzt» (Assmann 2006, 290). Sul punto cf., altresì, Pellosi 2008a, 329 ss.

⁸² Bleeker 1929, *passim*.

⁸³ Tobin 1987, 113 (*contra*, cf. Assmann 1989, 133; Menu 2005, 107).

⁸⁴ Jasnow 2003, 99, 259.

⁸⁵ Assmann 2006, 211 s.

⁸⁶ L'allusione non può che essere a Carl Schmitt. Secondo il grande giurista, filosofo, politologo, il diritto inteso come *konkrete Ordnung* in sé assomma concetti come quello di storia e di positivismo ed è concepito come un *quid* non di posto, ma di sorta sulla base di un'involontaria evoluzione della quale solo la scienza giuridica può dar conto (Schmitt 1966, 67). Il diritto non è solo norma, quindi, ma 'prassi rivolta ad una decisione': decisione promanante, anzitutto, dal sovrano. A lui l'ordinamento riserva la decisione ultima, ossia la proclamazione dello 'stato di eccezione' (Schmitt 2003a, 34, 61) e il potere, quindi, di sospendere lo stesso ordinamento (cf., in tema, Agamben 1995, 19 ss.; Agamben 2003, 9 ss., 44 ss.; Garofalo 2006, 75 ss.). Sullo sfondo della secolarizzazione dei concetti teologici, Schmitt equipara il sovrano giudice e legislatore (e tale era innegabilmente anche il faraone) a Dio onnipotente: come quest'ultimo può decidere se compiere un miracolo e sospendere così le leggi naturali, così il sovrano può decidere se esistano i presupposti (di pericolo e di urgenza) che rendano necessario rendere quiescente (in uno stato di disattivazione che è pure conservazione) l'ordinamento, sicché «lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia» (Schmitt 2003a, 61). La concettualizzazione schmittiana non mi pare, tuttavia, conformabile alla realtà teologico-istituzionale della monarchia faraonica: e ciò anzitutto perché il dio egizio (nelle sue infinite molteplici manifestazioni) non è 'altro' rispetto alla 'natura', ma è esso stesso oggetto di una considerazione puramente immanentistica. Il dio non comanda la natura; è 'legge di natura', è forza cosmica: «le dieu égyptien n'est pas créateur, pas transcendant du monde, pas d'une autre origine que le monde, pas antérieur au monde, et il n'existe pas de toute éternité» (Theodorides 1988, 15; Theodorides 1977,

integralmente tenuto ad un ordine superiore, inderogabile, invincibile e totalizzante (*ma'at*), ordine che si impone quale limite e quale fine del suo incarico divino. *Ma'at*, dunque, si eleva a principio supremo che muove ed ispira l'intera attività di creazione, di interpretazione e di applicazione del 'diritto'⁸⁷, giammai inteso unitariamente come disciplina positiva, ma sempre come somma di una pluralità di disposizioni di fonte faraonica (*hpw*)⁸⁸: tali disposizioni devono esprimere, nelle singole prescrizioni, lo spirito e, di conseguenza, i dettami ricavabili dal principio di *ma'at* che, invero, «ne forme pas un recueil de recettes à exécuter passivement», bensì «suscite au contraire la création de solutions à découvrir avec discernement au moment de l'exécution des lois»⁸⁹. Si è addirittura parlato, a riguardo, di una vera e propria «Constitution»⁹⁰, ovviamente 'spirituale' in quanto non cristallizzata in un testo scritto, della monarchia egizia, oppure di un dogma fondamentale «à la base de toute législation»⁹¹, se non addirittura di una for-

383 ss.). Atteso, quindi, che il dio si identifica nella natura (nelle sue componenti materiali, energetiche, spirituali), e in una sorta di immanente determinismo non è ammesso ad eccedere la sua funzione di elemento cosmico (è vento, è sole, è acqua, è sovranità, è 'giustizia': ma è soltanto ciò), del pari, i dogmi della sovranità egizia impongono che il faraone, che incarna Horus (dio-regalità) ed è figlio di Ra (dio-sole e primordiale 'reggente'), quale surrogato della divinità stessa per regnare sull'umanità 'realizzando *Ma'at*' (cf. Assmann 1989, 124 s.), non sia affatto, come vuole Schmitt, al contempo 'fuori e dentro l'ordinamento': egli è l'ordinamento e per non negare sé stesso, per non negare la sua funzione divina, non può che compiere il suo mandato ontologicamente astretto all'essere faraone. Sospendere l'ordinamento per l'Egitto antico, in definitiva, non sarebbe un miracolo (ossia un *quid* che è trascendente le leggi di natura, ma non è né negazione della natura né negazione della divinità, anzi sua manifestazione), bensì inconcepibile negazione del cosmo e inammissibile sovvertimento dell'essere.

⁸⁷ Scrive brillantemente Theodorides 1988, 13 s. che «le moteur de toute l'activité juridique et judiciaire réside dans *ma'at*, notion suprême, qu'il y aura lieu de rendre pratiquement par justice» e che «les lois sont des tentatives d'expression de *ma'at*; et au moment de leur application, il est prescrit par le Roi de le faire avec équité».

⁸⁸ Cf. Lorton 1986, 53, 60, n. 9, che mette in luce il dato, rilevante non solo dal punto di vista linguistico, che non esiste un sostantivo per indicare il concetto di 'diritto' in senso oggettivo (*ius*, *Law*, *Recht*), ma, atteso che *hp* può valere anche come «single written law» e che «there is no separate term for codified law», un insieme di disposizioni è indicato col plurale *hpw*; vd., altresì, Helck – Otto – Westendorf 1973, 19 s. (s.v. *Abstraktionsvermögen*).

⁸⁹ Theodorides 1988, 14.

⁹⁰ Wilson 1956, 3 ss.; adesivamente, cf. Theodorides 1973, 58.

⁹¹ Per una più diffusa argomentazione cf. Pelloso 2008a, 218 ss., 229 ss. Va qui rimarcato come Assmann 1989, 75, nel trattare del rapporto tra la magia e *ma'at* giunga ad affermare che quest'ultima sia «un principe, jamais un système de lois codifiées, comme le code d'Hamourabi par exemple ou la loi de Moïse», un principio che sta «à la base de toute législation, comme principe générateur, mais ne constitue pas la loi elle-même»; mettendo in risalto il ruolo essenziale dello 'scambio', peraltro, Assmann 1989, 133, ritiene essere necessario «abandonner la notion de l'ordre cosmique, 'Weltordnung', comme le centre du concept de *ma'at*», giacché «le véritable centre, le point de départ d'où toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c'est la catégorie sociale de la solidarité communicative». A me pare, tuttavia, che così facendo, da un punto di vista generale, si dicotomizzi una sfera invero unitaria in due poli, ossia il *ma'at*-concetto e la *ma'at*-divinità, lasciati distinti (e del primo dei quali si valorizzano solo certune connotazioni), nonché non si tenga conto dell'incessante dialogo (come testimoniato, ad esempio, dall'offerta agli dèi di *ma'at* come nutrimento vitale indispensabile, da considerarsi in una con l'installazione del faraone sulla terra per la realizzazione di *ma'at*) tra Egitto e cosmo (cf. Pelloso 2008a, 316 ss., 331 s.); inoltre, da un punto di vista particolare, ritengo che l'irrelevanza di *ma'at*, come riscontrata negli inni «bei der Schöpfung» (Assmann 2006, 164 ss.), non tenga debitamente conto del fatto

ma di «divine law»⁹². Invero, si potrebbe parlare di una *sui generis* ‘Ragion di Stato’ (che al contempo integra gli estremi di una ‘Ragion di Cosmo’), in quanto per essa il concetto di ‘effettivo’ e quello di ‘giusto’ si confonderebbero nell’aggettivo *ma’aty*⁹³: più precisamente, il fare e il dire *ma’at* – da parte dei giudici e dei funzionari che operano in rappresentanza del faraone – nonché il realizzare *ma’at* – da parte del faraone stesso – non significherebbero positivizzare e attuare (attraverso il puntuale rispetto delle prescrizioni rituali per il culto degli dèi, attraverso una legislazione attenta al ‘proverbiale orfano’⁹⁴ e alla ‘proverbiale vedova’⁹⁵, attraverso un’applicazione del diritto secondo equità⁹⁶) una sorta di *ius naturale* (come qualcuno ha peraltro sostenuto⁹⁷), né implicherebbero che di *ma’at* (solo) «le véritable centre, le point de départ d’ou toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c’est la catégorie sociale de la solidarité communicative»⁹⁸. Ciò che noi definiamo ‘giusto’ o ‘equo’ (*ma’aty*) non sarebbe, in altre parole, il fine ultimo oltre che dell’attività rituale (quale l’offerta faraonica del nutrimento agli dèi)⁹⁹, dell’esercizio della funzione ‘legislativa’ (*smn hpw; dj hpw*)¹⁰⁰, nonché di quella

che, se è letteralmente solo il faraone (e non il creatore) a realizzare (*shpr*) *ma’at*, v’è tuttavia la possibilità che in ciò sia da vedere un’allegoria della creazione (Derchain 1965); così come, a mio credere, nulla esclude che il testo addotto dallo studioso per giustificare la definizione di *ma’at* in termini ‘politici’ di principio «der konnektiven Gerechtigkeit», principio per cui «das Gute sich lohnt und das Böse sich rächt» (Assmann 2006, 55, 283), sia solo una *definitio imperfecta* (per cui è del tutto vero che è *ma’at* che «das Gute sich lohnt und das Böse sich rächt», ma non è altrettanto vero che solo ciò sia *ma’at*). Sul punto, cf., altresì, Theodorides 1973, 57, il quale sostiene che «*ma’at* est apparue comme une norme suprasensible, comme un modèle tout à fait idéal, dont il faut s’inspirer, mais qui n’a pas été analytiquement définie quant à son contenu», sicché «les préceptes de *ma’at* ne sont jamais présentés tout faits, ils sont à faire» e che «*ma’at* est l’objet d’une perpétuelle recherche, opérée par le Roi assurément, dans son pays et pour son pays, mais avec la collaboration de ce pays». Quanto al pensiero di Menu 2005, 13 («c’est le double aspect de la maat qu’il faut mettre en lumière: l’ordre universel dictant à l’homme un droit naturel, une conduite générale de bon comportement, et la justice particulière inspirant aux juges et aux responsables politiques des décisions équitables dans le domaine économique et social»), secondo la studiosa *ma’at* né sarebbe solo un ordine universale (come vuole Bleeker), né sarebbe solo (o primariamente) una *ius iunctiva* (Assmann), ma sarebbe un ‘ordine doppio’ la cui natura gli stessi egizi, lungi da una ‘visione compatta’, avrebbero ben compreso (*contra* cf. Pellosi 2008a, 288 ss., soprattutto circa la natura ‘indifferenziata’ dell’ordine egizio antico).

⁹² Lorton 1986, 58.

⁹³ Cf., *amplius*, Pellosi 2008a, 340 s.

⁹⁴ Oas. B1 62-64.

⁹⁵ Urk. IV, 1078.6-7.

⁹⁶ Urk. IV, 1086-1093.

⁹⁷ Cf., per tutti, Versteeg 2002, 23.

⁹⁸ Assmann 1988, 133.

⁹⁹ Già nei più antichi Testi delle Piramidi, il sovrano è descritto nell’atto di portare in dono *ma’at*: si tratta di un rituale che, sulla base delle numerose testimonianze iconografiche templari e delle iscrizioni dedicatorie connesse, viene interpretato, oltre che come ‘sintesi suprema di ogni offerta’, altresì «as a potent expression of the political legitimacy of the king», nonché quale simbolo che «commemorates the willingness of the king to uphold the fundamental principles of world order» (Teeter 1996, 82, 1, 19; vd., altresì, Bergman 1972, 92). In altre parole, le immagini dell’offerta da parte del sovrano di *ma’at* – ove quest’ultima è rappresentata in forma antropomorfa, seduta sul geroglifico-fonetico del canestro (*nb*), impiegato quale segno di ‘dominio’ o ‘possesso’ – sono espressione sintomatica della funzione vicaria (rispetto a Ra) del reggente terreno, responsabile verso il padre divino che lo ha direttamente scelto (per la creazione di *ma’at*), nonché della finali-

'giudiziaria' e 'amministrativa'¹⁰¹: la 'giustizia', insomma, non avrebbe, in sé e per sé considerata, autonoma rilevanza, ma sarebbe unicamente il 'mezzo' della permanenza dell'ordine (di cui *Tawy*, le due terre, sono l'immagine) che garantisce – sul piano del microcosmo del sistema faraonico – la lontananza da *isfet*, il caos, assicurando la pacifica convivenza e – sul piano del macrocosmo universale – l'essere (ordinato) del tutto¹⁰².

Già alla luce di questi elementi, mi sembra vacillare la tesi postulante, senz'altro, la preminenza in Egitto antico sulla laicità del fenomeno religioso e, pertanto, della pervasività di quest'ultimo in qualsivoglia ambito della vita di relazione, talché, alla luce di tale concezione, v'è chi non ha esitato, una volta definito il monarca come «le représentant des dieux sur terre ... tenu de défendre la *ma'at* dans le monde», a qualificare «la législation ... comme une mission religieuse du monarque vis-à-vis des dieux»¹⁰³. Secondo questo indirizzo, l'onnipotente 'tirannide' del dato teologico avrebbe assorbito totalmente e unidirezionalmente l'attenzione (anche) di numerosi studiosi contemporanei tra quelli dediti all'esperienza giuridica dell'antico Egitto – e ciò non solo sotto il profilo che noi chiameremmo di natura pubblicistica, ma anche sotto quello delle relazioni private intersoggettive¹⁰⁴ –, laddove una più attenta disamina delle fonti, in una con l'abbandono di visioni preconcepite, avrebbe potuto condurre ad una ben diversa, e di ben più ampi orizzonti, interpretazione¹⁰⁵.

tà cui la monarchia terrena è tendenzialmente diretta (ossia la realizzazione di un ordine che, nutrimento degli dèi, garantisce il corretto funzionamento dei meccanismi cosmici).

¹⁰⁰ A prescindere dalle definizioni (ma, comunque, cf. Menu 2005, 62 ss.), ciò che qui importa rilevare è che numerose fonti attestano come – lungi da considerazioni gius-positivistiche – fossero da considerarsi *hpw* (ossia norme giuridiche vincolanti) solo quelle disposizioni che, create sì dal faraone (cf., sul punto, Lorton 1986, 58), consacrassero *ma'at*: Oas. B1 304-7: «Fai *ma'at* per il signore di *ma'at*, ché vi è *ma'at* al di sopra di *ma'at*. Quando ciò che è giusto è giusto, allora è giusto»; Ptahhotep 88-90 (in Žaba 1956, 23): «Grande è *Ma'at* e duratura ed efficace /essa non è stata scossa sin dal tempo di Osiride, poiché chi non ottempera le sue leggi è punito /...il fine di *ma'at* è ciò che permane»; Dedicazione a Ramses II in Abido (KRI 2.327.1 s.): «L'amato di *Ma'at*, vive attraverso di lei per mezzo delle sue leggi»; Incoronazione menfite di Horemhab (Urk. IV, 2122.19): «Le sue (del faraone) leggi fioriscono quale offerta di *Ma'at* sulla terra»; Decreto di Horemhab (Urk. IV, 2142.13): «Egli ha creato *hpw* per diffondere *Ma'at* attraverso le Due Terre»; Stele Louvre C a 86 (in Moret 1931, 725 ss.): «La forza è stata posta nel suo posto e l'abbondanza si è stabilita grazie alle sue leggi – di Horus – sicché le vie sono libere e i cammini aperti. Le due terre ora sono in armonia e l'accusatore si è ritirato... la terra è pacificata sotto il suo Sovrano, e *ma'at* è resa salda dal suo signore, e *isft* è messa alle spalle».

¹⁰¹ Cf. Philip-Stéphan 2008, *passim*.

¹⁰² Cf., sul punto, altresì Assmann 2006, 206 ss., 290 s., che discorre di 'causalità indiretta' (laddove io sarei più propenso a vedere una 'doppia causalità indiretta', atteso che la divinità ha posto sulla terra dei vivi il faraone; il faraone è il mezzo per la realizzazione di *ma'at*; *ma'at* è il nutrimento indispensabile per gli dèi, ossia per la permanenza degli elementi cosmici).

¹⁰³ Allam 1973, 18.

¹⁰⁴ Cf. Theodorides 1974, 9, «nous ne pouvons pas affirmer qu'il n'y ait eu de 'dogmatique royale', comme on a accoutumé de l'appeler. Nous ne pouvons pas affirmer, bien sûr, qu'il n'y ait pas eu d'idées religieuses, voire 'magiques', comme on se plait à le répéter. Mais quelles qu'aient été, à l'époque, les conceptions relatives au Roi, aux dieux, aux temples et à l'au-delà, elles n'ont pas empêché les petit gens de jouir de droits, comme le montrent plusieurs textes de l'Ancien Empire»; cf., altresì, Theodorides 1971a, ove è rivendicata l'autonomia del diritto, in materia di contratti: «il existe du droit indépendant de la religion».

¹⁰⁵ Cf., sul punto, Lorton 1986, 53.

Che quella dell'antico Egitto sia stata una cultura «non secolare»¹⁰⁶, in conformità al modo in cui si impone agli occhi di un contemporaneo la nozione stessa di secolarità, è innegabile; quello che, tuttavia, dovrebbe essere meglio precisato, diacronicamente e sincronicamente, nelle sue linee di contorno e nelle sue sfumature interne, è il – difficile – rapporto intercorrente tra l'elemento che oggi definiamo *tout court* giuridico e quello, all'opposto, essenzialmente religioso (attesa la conquista della reciproca autonomia delle due sfere). Tale rapporto, invero, viene spiegato comunemente con la tesi 'bicipite' che suppone l'originaria preminenza del secondo sul primo¹⁰⁷ e discorre pacificamente del fenomeno definito di «desacralizzazione delle istituzioni»¹⁰⁸, talché, come il Théodoridès ha più volte enfaticamente sottolineato, non è infrequente che gli studiosi del diritto faraonico vedano minata alle radici l'autonomia, se non il valore della loro disciplina, da posizioni aprioristiche ben riassumibili in domande tanto retoriche quanto provocatorie come la seguente: «comment pouvez-vous appeler droit ce qui doit tout au plus représenter quelques pratiques routinières, soumises à l'arbitraire de l'intraitable autorité cléricale ou royale?»¹⁰⁹. Così, una volta definita la mentalità egizia antica come esclusivamente «magico-religiosa»¹¹⁰, è stata affermata, seppure implicitamente, la completa 'alterità' rispetto agli schemi concettuali propri di tale mondo, di quella razionalità che in Grecia avrebbe condotto alla nascita di cd. città-stato fondate sul paradigma della sovranità 'panica' e (definitivamente dopo Efiante) 'democratica'¹¹¹ delle 'leggi' scritte, all'enucleazione (già clistenica) del principio della *ισονομία*¹¹², all'affermazione della politica come «categoria principale e assorbente della vita comunitaria»¹¹³, nonché, già con i sofisti, ad una «riflessione sugli aspetti che noi chiameremmo di 'filosofia del diritto'» (oltre a «svolgimenti, più propriamente attinenti alla filosofia e alla scienza della politica, compresa la politica legislativa»)¹¹⁴. Ma, soprattutto, sostenendosi la connaturata tendenza alla «law-lessness»¹¹⁵ dello spirito egizio, si è per di più ritenuto che siffatta mentalità – così propensa alla riconduzione massiva dei fenomeni alla sfera della religione – avrebbe annichilito, in potenza, i presupposti stessi per il fiorire di quelle meditazioni aventi il carattere della pura indagine tecnico-giuridica, tipica dei giuristi romani.

Tale visione, così radicale, non poteva che portare (come, in effetti, ha fatto) ad intendere il vincolo di *ma'at* solo come una *Leerformel*, un'affermazione intrisa di vuota retorica, al più sintomatica di una tensione – mai sostanziale – del potere religioso e po-

¹⁰⁶ Lorton 1985, 350.

¹⁰⁷ Allam 1973, 17. Cf., altresì, Wilson 1954, 7, secondo cui «the concept of *ma'at* definitely belonged to the religious order; it was the substance upon which gods fed, it was the daily offering of the king to the gods»; esso, pertanto, era «a spirit which properly pervaded the civil carrying out of government and justice for the ends of religion»; secondo l'autore, inoltre, «'lawlessness' permitted a kind of flexible strength in allowing a dogmatically traditional society to meet the new situations of changing times», ma ciò si impose, altresì, «as inherent weakness of the society», tanto che «when the king ceased to function as a god and became the tool of priests, officials, and foreign rulers, Egyptian culture gradually disintegrated».

¹⁰⁸ Theodorides 1971b, 291.

¹⁰⁹ Theodorides 1974, 3.

¹¹⁰ Cf. Moret 1922, 167; Morenz 1962, *passim*.

¹¹¹ Cf. Stolfi 2006a, 36.

¹¹² Cf., recentemente, Lévy, 2005; Costa, 2003.

¹¹³ Stolfi 2006a, 36.

¹¹⁴ Talamanca 1981, 19.

¹¹⁵ Wilson 1954, 7.

litico verso l'ordine: donde la valenza effettiva della sola bipolarità (re-dio) e non, invece, quella del dogma cd. trinitario raffinatamente postulato da Assmann. Quella egizia antica, insomma, avrebbe preso le forme di una società destinata, dai suoi primordi sino alla sua fine, a rimanere inesorabilmente e ontologicamente «au stade où domine le sacré»¹¹⁶. Una civiltà ove l'individuo, continuamente e impotentemente, è sottoposto vuoi all'arbitrio di potenze estrinseche naturali, concepite quali dèi o demoni, vuoi alle vessazioni perpetrate dal monarca, unico proprietario terriero e solo ad avere diretto contatto con la divinità – s'è sostenuto – non versa nelle condizioni minimali onde potersi nutrire di una ancorché rudimentale concettualizzazione giuridica¹¹⁷. Così, ad esempio, sul versante privatistico sarebbe stato inconcepibile parlare di 'persona' quale centro di imputazione di diritti soggettivi, come la proprietà privata¹¹⁸; e sul versante pubblicistico, seguendo il pensiero del Frankfort, non sarebbe stato un caso che la lingua egizia non avesse posseduto alcun sostantivo per indicare ciò che per noi è lo 'Stato': «essa poteva esprimere in molti modi il concetto di nazione e poteva designare i popoli stranieri», ma una definizione di Stato quale «insieme di individui che occupano un territorio ben definito e sono politicamente organizzati sotto un governo ... non avrebbe avuto alcun significato per gli Egiziani», in quanto «sotto un certo aspetto sarebbe stata troppo antropocentrica»¹¹⁹. I termini della questione afferente ai rapporti tra diritto e religione, stando a tale orientamento, appaiono, in definitiva, cristallini nella loro semplicità: vi sarebbe un aspetto – ovverossia quello attinente al culto e alla teologia – foriero di un impianto concettuale che storicamente ha predominato su ogni altro campo speculativo o pragmatico della vita nell'antico Egitto – in modo esclusivo almeno sino alla fine dell'età classica¹²⁰ – tanto da investire, nella sua forza totalizzante, qualsiasi manifestazione e di pensiero e di azione; manifestazione destinata inesorabilmente a cedere allo strapotere della mentalità religiosa e a costringere in un limbo non solo la riflessione e l'approfondimento del dato giuridico a mezzo di una casta di esperti, ma altresì l'imporsi di un paradigma – democratico – affine a quello delle città greche.

Una visione arditamente eversiva s'è opposta, tuttavia, a quella di cui s'è appena dato conto; una visione secondo la quale uno studio spassionato delle fonti, scevro di preconcetti e di facili quanto fallaci deformazioni, dimostrerebbe un panorama antitetico a quello delineato dal Moret, dal Frankfort e – parzialmente – dal Wilson, in quanto «depuis l'Ancien Empire effectivement, c'est le droit qui s'applique à la religion, et non la religion qui fonde le droit», tanto che, ad esempio, «les pratiques religieuses sont exprimées en termes de droit dans les actes de fondation, contrats...»¹²¹: il che conduce a ritenere che «il ne faut pas rabaisser, relever les capacités des égyptiens sous prétexte qui il y a des documents religieux et des documents de 'magie' (car on appelle trop souvent

¹¹⁶ Moret 1937, 547 s.

¹¹⁷ Moret 1922, 167.

¹¹⁸ Il che si è rivelato, invece, del tutto privo di corrispondenza al vero, come hanno dimostrato, a titolo di puro esempio, gli studi di Goedicke 1970, 190 ss.; Mrisch 1968, 172; Seidl 1951, 41 ss.; Pirenne 1934, 293.

¹¹⁹ Frankfort 1991, 41 s.

¹²⁰ Theodorides 1971b, 291 ss.

¹²¹ In questo senso Theodorides 1974, 19, il quale continua sostenendo come «l'histoire de la pensée – qui n'est pas l'histoire des idées – révèle chez les Égyptiens anciens un potentiel mental tel que je n'hésite pas à les qualifier d'intellectuellement juristes».

magique simplement ce qui n'est pas rationnel)»¹²². Non, dunque, una secolarizzazione – ‘désacralisation’ – del diritto, bensì una progressiva intrusione di pratiche religiose entro un nucleo originario di natura sostanzialmente, elaboratamente e raffinatamente, ‘giuridica’, lontana dal vago empirismo di cui solitamente si colora il mondo (orientale e non solo) del ‘diritto’, prima della cd. ‘invenzione romana’¹²³.

Sulla stessa scia, ma entro un contesto di ben più ampio respiro, si è espresso, più recentemente, lo stesso Assmann, criticando e, per certi versi, tentando di capovolgere la tesi schmittiana della *[juridisch-]politische Theologie*¹²⁴, secondo la quale «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati», e ciò «non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati dalla teologia alla dottrina dello Stato, facendo – per esempio – del Dio onnipotente l’onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica»¹²⁵. Ad avviso di Assmann, in buona sostanza, se la posizione di Carl Schmitt può essere adeguatamente compendiata nella formula «la nascita della politica – ovvero e meglio: della scienza politica – dallo spirito della teologia», i termini della sua personale ricostruzione critica sono invertiti nella relazione «nascita della religione dallo spirito della politica»¹²⁶. Come per Theodorides sarebbe il diritto – a quanto si è poc’anzi già rilevato – a prestare i propri modelli concettuali alla religione, così Assmann è convinto, in una logica più ampia, che il processo storico di secolarizzazione registri altresì una direzione contraria, da lui denominata «teologizzazione», ossia un «divenire teologico di concetti politici fondamentali»¹²⁷, come

¹²² Theodorides 1974, 19.

¹²³ Cf. A. Theodorides 1971b, 291. L’appassionata tesi dell’autore (il quale possedeva una formidabile conoscenza delle fonti), merita una precisazione: anzitutto, bisogna distinguere – come si dirà anche *infra* – tra diritto nel senso di ‘norma’ e diritto nel senso di ‘pensiero’. Se nessuno vuole negare l’esistenza anche per l’Antico Egitto di un diritto nella prima accezione – il che è il portato della (quasi) banale relazione *ubi societas ibi ius* – per quanto già le fonti del Regno Antico testimonino l’elaborazione di categorie ‘giuridicamente’ rilevanti, ciò ben è lontano dalla ‘invenzione’ del diritto quale ‘scienza’. Riprendendo lo Schiavone mi pare lecito proclamare, senza esitazione, che «il diritto è una forma che ha invaso la modernità, diventandone presto un carattere insostituibile: ed è una forma inventata dai Romani», in quanto seppur possiamo parlare «di ‘diritto’ mesopotamico, o egiziano, o greco, o anche (fuori del mondo antico) hawaiano o atzeco... è solo il diritto romano che ci ha fornito il paradigma che consente di riconoscere come ‘giuridiche’ quelle pratiche prescrittive originariamente integrate all’interno di contesti e sistemi ben diversi: apparati teologici più o meno connessi alla regalità, rapporti di parentela, istituzioni politiche» (Schiavone 2005, 5). Sul punto – con precipuo riguardo, però, all’aspetto puramente normativo – pare d’uopo ricordare anche Gilissen 1974, 235, il quale, appunto, agli studiosi dell’Antico Egitto, «juristes» e «non-juristes», che non accettano «l’idée de l’existence du droit à l’époque de l’Ancien Empire égyptien», rimprovera l’errore proveniente «de la persistance ... de l’idée que le droit ne peut être conçu que dans le cadre d’un État qui fixe les règles juridiques sous la forme de lois».

¹²⁴ La posizione di C. Schmitt, etichettata da Assmann come una «teologia politica della violenza», ‘militante’ più che ‘descrittiva’ (Assmann 2002, 10 ss.), è definita ‘teologia politica giuridica’ da Bloch, in Taubes 1983, 15.

¹²⁵ Schmitt 2003a, 61.

¹²⁶ Assmann 2002, 21. Cf., altresì, Assmann 2002, 290: «Man nahm aber an daß sich Ma’at in erster Linie und ursprünglich auf kosmische Ordnung bezieht, die der Mensch dann in seiner sozialen Welt abzubilden habe. Es ist aber eher umgekehrt. Ma’at bezieht sich in erster Linie auf die menschliche Gemeinschaftskunst, und die Ägypter stellten sich auch den Kosmos als einen sozialen Raum vor, der durch Gemeinschaftskunst zusammengehalten und zur gesetzmäßigen Ordnung gefügt wird».

¹²⁷ Assmann 2002, 22.

testimonierebbe, ad esempio, la teologia veterotestamentaria dell'alleanza¹²⁸ (ove i modelli politici del trattato di Stato e del giuramento di fedeltà vengono impiegati quale base teologica del manifestarsi di Dio al mondo secondo talune forme del dispiegarsi del diritto internazionale) o, altresì, l'origine politica della gerarchia della Chiesa primitiva¹²⁹.

Invero, sia l'una ricostruzione – tesi della 'sudditanza del mondo giuridico verso il mondo religioso' – che l'altra – tesi del 'prestito dal mondo giuridico del mondo religioso' – paiono muovere da un punto di partenza che, a mio credere, non coglie bene un elemento essenziale della civiltà egizia delle origini: ossia quel principio di 'indifferenziazione' che lo stesso L. Gernet trascurava per il mondo greco. Vero è che discorrere di 'diritto' e di 'religione', così come di 'teologia' e di 'politica', ha senso compiuto solo allorquando ognuno dei quattro termini testé indicati abbia assunto, in un dato contesto storico, una propria indipendenza e sia assunto a elemento peculiare e differenziato di una cultura, per quanto influenzato o influenzabile, più o meno intensamente, da forze estranee alla sua sfera di dominio: sicché, solo una volta raggiunta l'autonomia della sfera religiosa e di quella giuridica, potrebbe essere chiamato in causa il fenomeno della 'secolarizzazione' della teologia ovvero quello della 'teologizzazione' del diritto. Quando, all'opposto, si considerano gli ostici problemi delle 'origini' o degli 'inizi', non riterrei corretto interpretare il manifestarsi del pensiero nel senso della prevalenza di un dato – quello religioso – su un altro – quello giuridico –, ovvero nel senso della mutuabilità dei modelli di una sfera da parte di un'altra: e ciò in quanto non parrebbero emergere due campi distinti (seppur, ovviamente, suscettibili di reciproche influenze), bensì affiorerebbe dalla documentazione un'unica 'indifferenziata' sfera concettuale¹³⁰. Entro quest'ultima, dunque, la valutazione della preminenza del religioso sul giuridico ovvero l'esistenza di *emprunts* dell'uno rispetto all'altro ambito implicherebbe la (impropria) riconduzione di un certo fenomeno a categorie concettuali eccentriche rispetto alla *forma mentis* data, in quanto quelli del 'teologico', del 'politico', del 'giuridico', sarebbero settori ancora indistinti in un *unicum*¹³¹.

Se *ma'at* si impone eloquentemente come simbolo dell'indifferenziazione, allora le cose, in definitiva sono ben diverse dallo *status* di «law-lessness» postulato da Wilson per giustificare l'assenza di 'leggi scritte' nell'Egitto antico e la convinzione secondo cui «each king was a newly reborn god, a source of verbal law» e «it would be unfitting

¹²⁸ Cf. Blatzer 1964, *passim*; Eckart 1999, *passim*.

¹²⁹ Cf. Klauser 1948.

¹³⁰ Per esempi concreti tratti dalle fonti egizie, mi permetto di rinviare a Pellosso 2008a, 288 ss. Se così è, dunque, mi pare angusta una definizione di *ma'at* (rispetto all'ampiezza delle sue funzioni e alla natura del suo concetto) concepita in termini esclusivi di «Prinzip der konnektiven Gerechtigkeit», tale per cui «Ma'at bedeutet ... das Prinzip, das bewirkt, dass das Gute sich lohnt und das Böse sich rächt ... Der Kern dessen, was Ma'at bedeutet, liegt im Bereich des Rechts. Vergessen wir nicht, dass der Wesir, der im ägyptischen Staatsaufbau das Ressort Justiz verwaltet, den Titel eines Priesters der Ma'at trägt. Ma'at ist das Berufsnumen der Richter, die Göttin der Rechtssprechung. Der Wesir ist als Sachwalter der Ma'at aber auch der höchste Staatsbeamte. Das zeigt die zentrale Stellung, die das Recht – und das heißt: die Ma'at – im ägyptischen Staat einnimmt. Die Grundidee des Rechts – in der archaischen Welt – ist die Herstellung der Konnektivität, das heißt von Bindung und Verbindlichkeit. Das Prinzip Ma'at begründet eine Sphäre der Geltung von Normen, die die Menschen miteinander und die Folgen mit dem Handeln verbinden» (Assmann 2006, 283). Indiscutibilmente ciò che oggi è *Recht e iustitia connectiva* viene ricompreso in *ma'at*, ma in ciò solo essa non può esaurirsi.

¹³¹ Cf. Frankfort 1991, 49, pur in direzione 'religioso-centrica'.

if he were to be made the heir to a long-standing code which came from outside of him»¹³²; ma, altresì, non pare fondata – se non sull’entusiasmo – l’asserzione di Theodorides: «je ne serais pas étonné que nous trouvions un jour un recueil de définitions juridiques, de commentaires juridiques, voire un véritable traité de droit»¹³³. Il ragionamento qui da ultimo condotto, nella sua essenza, può dunque compendiarsi efficacemente nella seguente antinomia: da un lato, «compact form»¹³⁴ e unitarietà¹³⁵ delle concettualizzazioni mitiche dell’Egitto (sicché per un prolungatissimo lasso temporale non può ricondursi alla sfera o del diritto o della religione un dato fenomeno, attesa la inconsistenza di tali distinzioni); dall’altra, ‘differenziazione e pluralità’ che, in Occidente, già a partire dalla laicizzazione della classe di *iurisperiti* romani (più che del diritto *tout court*), hanno permesso l’insorgenza e lo sviluppo di una ‘giurisprudenza’, intesa quale sapere che aspira ad essere e rimanere a sé stante rispetto alla ‘teologia’ e alla ‘politica’¹³⁶. Non resta, ora, che gettare lo sguardo sugli ‘inizi’ di questa esperienza.

4. *Ius* e νόμος: agli inizi del *droit* in Occidente tra scienza e coscienza.

Se qualcuno avesse voluto interrogare Apicio circa la sua idea di *ius*, e gli avesse chiesto quale, secondo la sua opinione, fosse stato per l’appunto il migliore *ius* possibile, senza ombra di dubbio, l’autore del *de re coquinaria* non avrebbe esitato a rammentare una delle ricette contenute nel sesto libro della sua opera gastronomica, totalmente dedicato al trattamento culinario dei volatili: per esempio, quella del ‘*pullus elixus ex iure suo*’, vale a dire un antenato del ‘*coq au-vin*’, il pollo insaporito in un brodo aromatizzato con timo, menta, miele, olio, nonché impreziosito dalla presenza del misterioso *liquamen*¹³⁷. Infatti, il polisemico sostantivo *ius* – come risulta dalla ricetta di Apicio – è ben attestato, nella rosa dei suoi significati, anche nell’accezione di sugo, succo, brodo (risultando linguisticamente imparentato, quindi, con il francese *jus* e con l’inglese *juice*). Del pari, se qualcuno avesse domandato cosa fosse νόμος a Terpandro di Amfissa (musicista che, trasferitosi dall’isola di Lesbo a Sparta per fondare una scuola, era conosciuto nell’antichità come il primo normalizzatore e definitore delle ‘arie tradizionali’), quest’ultimo non avrebbe avuto dubbi nell’identificare tale νόμος in primo luogo in una ‘linea melodica’¹³⁸. A ben vedere, già solo a mente di questo doppio *antiquarischer Kleinkram*, ciò che sta dietro rispettivamente a *ius* e νόμος risulta ben più sfumato,

¹³² Wilson 1954, 7.

¹³³ Theodorides 1974, 19.

¹³⁴ Mutuo il sostantivo da Vogelin 1956, 13.

¹³⁵ Mi piace qui ricordare le incisive parole di Amenta 2006, 35, che – seppur sul presupposto della preminenza del dato religioso sugli altri aspetti – illustrano la ‘unitarietà e compattezza’: «nella speculazione egizia la dimensione cosmica e quella terrena si intersecano, dipendono l’una dall’altra, santificando il suo interprete di volta in volta come garante dell’armonia del cosmo e del buon andamento dello stato, perché la sopravvivenza del cosmo è la sopravvivenza dello stato e viceversa, perché la minaccia dell’uno è minaccia dell’altro, perché il faraone è ‘colui che realizza *ma’at*’ e allo stesso tempo il responsabile delle leggi che regolano il paese», sicché «per tutta la durata dello stato faraonico la religione si fa politica e la politica si fa rito». Istituiscono, inoltre, uno stretto legame tra ‘unitarietà’ e ‘onnicomprensività’ di *Ma’at* sia Tobin, 1987 113 ss., che Bleeker 1964, 74.

¹³⁶ Cf., sul punto, Schiavone 2005, 78.

¹³⁷ Cf. Apic. *coq.* 6.9.7.

¹³⁸ Cf. Ps.-Plut. *de mus.* 6; vd., in tema, Gostoli 1993, 167 ss.

complesso, molteplice di quel che può ritenersi: ed è proprio alla luce della *Darstellung* di R. Rheinsberg, e quindi a mente della 'inattualità' e della 'alterità' dell'antico, che intendendo svolgere queste brevi, forse banali, osservazioni, opponendomi, in primo luogo, a quelle supposte equivalenze che oggi si impongono quasi automaticamente (tradendo e sottendendo, così, alcune inclinazioni e deformazioni mentali dell'interprete), come quella tra νόμος e legge *tout court* o come quella tra *ius* e diritto *tout court*.

Tali equivalenze – almeno ad avviso di chi scrive – sono tanto temerarie quanto è temeraria l'operazione, certo non poco suggestiva e provocatoria, di qualche studioso che addirittura ha preteso di trovare un nesso di derivazione causale (o addirittura di identificazione), se non del νόμος politico dal νόμος musicale (in senso opposto, dunque, a quello delineato dallo Pseudo Plutarco)¹³⁹, del *ius*-diritto dal *ius*-brodo. È infatti indubbio che lo spassoso carattere 'anfibo' del sostantivo *ius* abbia dato origine nelle fonti letterarie a comici giochi di parole¹⁴⁰; tuttavia, è senz'altro quanto mai arrischiato seguire o capovolgere quello che Isidoro scriveva nelle sue *'Etimologie'*¹⁴¹ circa il rapporto tra le due forme omografe e omofone in questione: ossia che gli *chefs* dell'antichità – i cd. *magistri coquinae* – avrebbero denominato *ius* il sugo derivandolo da *ius* nel concetto di diritto, in quanto in cucina avrebbe imperato la *lex condimenti* o, per dirla coi Greci, la legge dello ζέμα, vale a dire dello 'stufato' cucinato in salsa. E invece pure siffatta *callida iunctura* s'è ardito sperimentare, con un'audacia tanto ammirevole nei mezzi impiegati, quanto inconcludente nei risultati raggiunti sotto il profilo storico-religioso, storico-giuridico, paleografico, etimologico.

Lungo il pericoloso cammino appena lumeggiato dal vescovo di Siviglia nella sua accomodante *origo* di *ius*, infatti, si è addentrato di recente R. Jacob, il quale, in uno scritto in cui sono forti e lampanti gli *emprunts* dei magistrali lavori di Detienne, Vernant, Durant, sui cd. 'codici greci della cucina sacrificale' (e sul rapporto di tali codici

¹³⁹ Sulla scarsa (per non dire nulla) plausibilità della tesi avanzata da Thomas 1996, 14, secondo cui sia «sung laws are obviously set apart through poetry, therefore can be registered as a separate body of rules», sia «sung laws would also help to stabilize and preserve a coherent body of customary law» (ma vd., *amplius*, Thomas 1992), cf. le generalmente condivisibili considerazioni svolte (soprattutto sulla assai tarda età delle pochissime fonti addotte dalla studiosa *pro* della sua tesi) da Arnaoutoglou 1995.

¹⁴⁰ Gli esempi sarebbero molti e i seguenti sono solo un 'saggio' (cf., *amplius*, *ThlL* VII.2, 678-706; Meyer-Lübke 1935, 377; Walde 1938, 733; Ernout – Meillet 1959, 329 ss.). Catone (senza alcuna volontà di spiritosaggine) nel *de agricultura* parla – impiegando il diminutivo – di un *iusculum*, ossia di un brodetto di cavoli (Cat. agr. 156.7), e in Plauto – con fine arguzia e consapevolezza del gioco di parole – Melenide, rifiutando sdegnosamente la promessa di amore eterno fattale da Alcesimarco, definisce il *iusiurandum* di un uomo come un *ius confusium*, un *potage* fatto alla buona, messo su con quel che si ha in casa e che capita sotto mano (Plaut. *cistell.* 469-72); celebre è, nella sua ambivalenza gastronomica-giurisdizionale, di poi, la frase di Varrone '*hos pisces nemo cocus in ius vocare aude*' (Varro rust. 3.17.4); inoltre nel Satyricon Petronio fa che Trimalchio inviti i commensali al 'pasto zodiacale' quale *ius coenae*, 'sugo' del pranzo (Petron. 35.7). Ma è soprattutto in Cicerone che rinveniamo la più celebre facezia basata sulla cosciente omofonia tra *ius*, in accezione gastronomica, e *ius*, in accezione giuridica: nella seconda orazione contro Verre (reo del *crimen repetundarum*), l'Arpinate assicura che i Siciliani, esasperati dalla rapace amministrazione del pretore, erano soliti parlare con malizia di *ius Verrinum*, perifrasi che aveva sia il malevolo sapore di 'brodo di porco', sia il senso di 'giurisdizione di Verre' (Cic. *Verr.* 2.1.46).

¹⁴¹ Isid. *etym.* 20.2.32

con la politica)¹⁴², invertendo in buona sostanza i termini dell'equazione isidoriana, ha ricollegato il sostantivo *ius*, brodo, al *ius* quale segno di un «ensemble des droits absolus ... que chaque quirite détient à l'égard des autres et dont le corps quiritaire, dans son entier, est garant vis-à-vis de chacun», e ha ipotizzato una derivazione di quest'ultimo dal primo «par une métaphore caractéristique de la pensée symbolique»¹⁴³. Più precisamente, lo studioso, a seguito di una non certo esigua profusione di sforzo¹⁴⁴, è pervenuto alle seguenti conclusioni: l'ordine normativo che i Romani sono venuti a costituire e a rappresentarsi è stato elaborato in continua interazione con il sistema dei segni linguistici e simbolici che sviluppano la pratica dei sacrifici; quindi, le prime forme di *ius* sono state delle operazioni di materiale ripartizione rituale che mettono in scena non solamente i

¹⁴² L'immolazione dell'ostia sacrificale – ad esempio in occasione di una *σπονδή* – a favore degli dèi (che si soddisfacevano, in armonia col mito prometaico, mediante l'inalazione dei fumi sacri), era seguita da uno stringente meccanismo rituale che prevedeva, anzitutto, l'imprescindibile operazione di arrostitimento delle viscere destinate ad essere mangiate dai ministri del culto, e dalla successiva bollitura delle stesse, destinata a un banchetto assai più allargato (simbolicamente serbato alla generalità dei consociati in una spartizione 'paritaria'); anzi, qualora il principio imperativo '*le bouilli doit suivre le roti*' fosse stato disatteso (come accadde nel mito orfico della selvaggia immolazione di Dioniso, prima bollito e poi arrostito, per essere poi cruentamente divorato), il fatto avrebbe significato un'eversione, totale e imperdonabile, dell'ordine poliade, con conseguente prevalenza sul cosmo della violenza incondizionata dello stato naturale e giustificazione di un *φόνος* invero non *δίκαιος*: cf., su questo ed altri temi, i contributi di Detienne 1979, Vernant 1979, Durand 1979; vd., inoltre, Nagy 1979, 127 ss.

¹⁴³ Jacob 2004. Vero è che anche G. Piccaluga è pervenuta a risultati non dissimili, tuttavia non postulando alcun 'rapporto di derivazione', ma solo il «convergere verso la sfera sacrale tanto della realizzazione culinaria di *ius* quanto di quella giuridica», in forza di un'unica base etimologica: invero, tutta la scarsa persuasività della tesi postulata dalla studiosa italiana emerge limpidamente allorché quest'ultima definisce (erroneamente) i termini di quell'antitesi che, poi, una vera antitesi è ritenuta non essere, bensì un binomio di elementi omologhi: «in ambito giuridico ... *ius* indica il diritto, la legge e la sua codificazione in forma scritta», mentre, «in ambito culinario *ius* indica di norma un composto liquido o semiliquido di particelle in sospensione, ricavato da più ingredienti legati insieme in maniera inscindibile ed irreversibile in un equilibrio datore di benessere» (Piccaluga 2004, 89 ss., 91, 94). La studiosa, dunque, primariamente qualifica il *ius* in senso oggettivo e, di poi, lo specifica in senso 'legalistico' e 'codicistico': il che – quanto al primo aspetto – mi pare, soprattutto con riguardo alle più antiche testimonianze romane in tema, da negare recisamente (cf. *infra*), laddove – con riguardo al secondo aspetto – già dalla lettura di qualsivoglia opera manualistica di diritto romano è agevole percepire tutta la fallacia della supposta sovrapposizione concettuale e storica di *ius* (in senso oggettivo) a legge e a codificazione (cf. *infra*). Una volta liquidate le sopraddette amenità della Piccaluga, e precisato che la ricostruzione di quest'ultima ha in comune con quella di Jacob, in buona sostanza, l'identità della radice indoeuropea di derivazione sia di *ius*-brodo che di *ius*-diritto, credo sia d'uopo soffermarsi unicamente sull'eversiva tesi della cd. '*cuisine romaine de la norme*' propugnata dallo studioso, ché, pur entro una suggestiva cornice, essa suscita numerosi dubbi, a diversi livelli di interpretazione e di critica.

¹⁴⁴ Jacob, sovente con un calco eccessivo di mano sulle fonti, si sofferma su talune notazioni di matrice comparatistica (quali, ad esempio, la constatazione che presso i Dogon la parola giusta è detta 'umida', fluida, 'succosa', laddove l'ingiuria verbale è definita come parola 'secca'); di poi, argomenta in virtù di considerazioni generali secondo cui, da un lato, *ius* è, nel suo senso storico-dinamico, la 'parola buona' che il magistrato pronuncia per determinare il principio applicabile per la risoluzione, da parte del giudice, della controversia tra privati, dall'altro, il sacrificio è la fucina concettuale che fornisce allo Stato il suo sistema di valori più importanti; infine procede ad un'elencazione di parallelismi tra il lessico della commensalità sacrificale (*partitio*, *privatus*, *princeps*, *tribuere*) e il vocabolario giuridico romano (Jacob 2004, 11 ss.).

compartecipi e le cose compartecipate, ma anche le forze inderogabili a presidio dell'effettività del *partage*. Così in forza dell'antropologia della parola normativa e dell'analisi delle corrispondenze tra sistemi simbolici deontici, quello giuridico e quello del sacrificio, R. Jacob non esita a sostenere che il latino *ius* (*le bouillon, la sauce, le jus*) sarebbe forma originaria che, in virtù di quella metafora caratteristica del pensiero simbolico a cui poc'anzi si accennava, avrebbe portato all'affermarsi del *ius Quiritium* inteso come somma di spettanze riconosciute ai consociati, i *Quirites*: non, quindi, il 'brodo degli *chefs*' dal 'diritto', come voleva nella sua inelegante equazione Isidoro, bensì – in un'altra impressionante derivazione – il 'diritto' dal 'brodo delle ripartizioni sacrificali'¹⁴⁵. Come già prima si accennava, tuttavia, tale tesi presta il fianco a numerose e diffuse critiche.

In primis, se per i greci «sacrifier, c'est fondamentalement tuer pour manger»¹⁴⁶, laddove nel Lazio – e a Roma poi – è il carattere della spartizione *inter participes* (*suum cuique tribuere*) a giocare il ruolo di maggior importanza in tali pratiche, allora – ma non per questo solo – lo stesso modello greco del sacrificio (studiato da Detienne, Vernant, Durant) non è calabile *sic et simpliciter* nel mondo romano (come pare invece calare Jacob)¹⁴⁷. Per quanto qui ci occupa, alla categoria unitaria greca degli *σπλάγγνα* (interiora prima arrostate per gli dèi e poi bollite per gli uomini) si sostituisce la duplicità romana di *exta* e di *viscera*, gli uni destinati agli dèi soltanto, gli altri agli uomini soltanto¹⁴⁸. Il rito scadenzato dalla massima 'il bollito deve seguire l'arrosto' non è dunque operativo in Roma, atteso che l'animale sacrificale, a seconda dei casi¹⁴⁹, poteva essere bollito in una marmitta con acqua, ovvero essere arrostito su un braciere, a meno che le carni – addirittura – crude non venissero gettate in mare¹⁵⁰; non è il *ius*-brodo ad essere, in uno dei più antichi sacrifici conosciuti, spartito tra i commensali, ma la carne stessa¹⁵¹; anche ad ammettere che «l'istituzione sacrificale» si imponga quale «fucina concettuale che ha fornito allo Stato i più importanti modelli di valore»¹⁵², tuttavia, la presunta derivazione (a mio credere del tutto implausibile) del *ius*-diritto dal *ius*-brodo implicherebbe (cosa che, invece, non è) un sistema romano completamente 'autoritativo' o 'statuale', e non un sistema di *ius* (per la disciplina dei rapporti *inter pares*) di matrice, elaborazione, sviluppo, pressoché *in toto* di natura privatistica (cosa che, invece, è)¹⁵³.

¹⁴⁵ Jacob 2004, 11 ss.

¹⁴⁶ Così si ricava da Vernant 1981, 1 ss.

¹⁴⁷ Cf., paradigmaticamente, Rüpke 2005, 227 ss.; Scheid 2005, 273 ss.; Prescendi 2007, 21 ss., 47.

¹⁴⁸ «The study of known rituals (which is generally concerned with public rites), ritual vocabulary, and those comments gleaned from ancient sources show that Roman sacrifice was, to ancient eyes, first and foremost, a banquet. To sacrifice was to eat with the gods, conforming to the principles of reciprocity which governed ancient society. To sacrifice was to divide food into two parts, one of which was returned to the gods, the other given to mortals. A sacrifice established and represented, through the sharing of food between gods and men, the superiority and immortality of the former and the mortality and pious submission of the latter» (Scheid 2007, 270). Cf., inoltre, Prescendi 2007, 47; Rüpke 2007, 145.

¹⁴⁹ Cf., con diversi criteri discretivi, Lübbert 1859, 125; Marquardt 1889, 219.

¹⁵⁰ Paul.-Fest. s.v. *aulas* 20 Lindsay; Paul.-Fest. s.v. *exta* 69 Lindsay; Serv. *Aen.* 1.211, 2.238, 2.253, 3.622; Plaut. *rud.* 131-5; Liv. 41.15.2; Arnob. 2.68.

¹⁵¹ Dion. Hal. 4.49.2; Varro *ling.* 6.25; Liv. 32.1.9, 37.3.4; Serv. *Aen.* 2.211.

¹⁵² Scheid 1988, 275.

¹⁵³ Cf. Garofalo 2008, 97 ss.

In secondo luogo, sotto il profilo paleografico, pare alquanto azzardato sostenere una seppur lontana parentela tra i due sostantivi in questione: il cippo antichissimo del *lapis niger*¹⁵⁴, infatti, testimonia con la forma *iouestod* che il più risalente segno per *ius* (come rilevante nella sfera del diritto) impiegava il dittongo *ou*, laddove questa forma non risulta mai usata per il significato di *ius*-brodo¹⁵⁵. Di poi, anche gli stessi ausili forniti dall'etimologia (che propende per una radice indoeuropea di *ius* indicante la salute e la benedizione) sembrano deporre per una prudente presa di distanza dalla rivoluzionaria teoria della *cuisine romaine de la norme*¹⁵⁶.

Inoltre, forti perplessità lasciano gli argomenti di natura squisitamente 'comparatistica-ipotetica' che Jacob fonda sulla convinzione di una corrispondenza della designazione del *jus de cuisson* comune a tutta l'area indoeuropea (e non solo). Si tratta, ad onor del vero, di ricostruzioni del cd. pensiero simbolico (pensiero a detta dell'autore stesso, sovente, per nulla lineare), che sono solo, per così dire, *in vitro*, e che vivono di riferimenti a presunte analogie con culture più o meno imparentate con quella di riferimento, piuttosto che fondarsi su un puntuale lavoro settoriale limitato all'area di specifico interesse (in questo caso il diritto romano): e a quanto mi risulta, per l'appunto, non esiste nelle fonti nessun appiglio per sostenere un diretto rapporto tra un presunto originario 'sacrificio ripartitivo' dell'ostia bollita, anche essa fosse il toro bianco delle *feriae Latinae*¹⁵⁷, basato sul principio 'universale' del *suum cuique tribuere* (con cui i *Quirites* originariamente avrebbero banchettato in segno della forza agglutinante delle prescrizioni rituali e della comunanza 'politica' di valori e ideali in nome della divinità), e il *ius redditum* ai Quiriti oggetto tanto del *dare* e del *dicere* 'magistratuale' (il primo monarchico, il secondo repubblicano)¹⁵⁸, quanto dell'*interpretare* della giurisprudenza (prima pontificale, poi laica).

¹⁵⁴ Cf. *CIL* 6.36840 (che verisimilmente riguarda il monarca primitivo nelle sue funzioni di *rex sacrorum*: vd., per diverse interpretazioni, Goidanich 1943, 317 ss.; Dumézil 1958, 109 ss.; Dumézil 1964, 172 ss.; Dumézil 1970; Palmer 1969; Coarelli 1977, 229 ss.; Morandi 2001, 5 ss.; Favini 2004, 273 ss.; Porretta 2005, 79 ss.; Battaglini 2006, 1 ss.).

¹⁵⁵ Walde – Hofmann 1938, 733

¹⁵⁶ Vd., per tutti, Devoto 1934, 23 ss.

¹⁵⁷ Cf. Dion. Hal. 4.49.3 ss.; Plin. *nat.* 1.31.3 s., 3.9, 3.68 s.

¹⁵⁸ Cf., paradigmaticamente, D. 1.1.11; D. 1.2.2.10; Liv. 1.8.1, 1.41.5, 2.27.1; Ov. *met.* 14.805 s., 823, *fast.* 1.203; 3.62. Non mi nascondo che mi si potrebbe obiettare l'esistenza di un diretto rapporto tra un'attività del *rex* giuridicamente rilevante e il *sacrificium*: verisimilmente già in età monarchica, infatti, in due *dies fissi*, il 24 Marzo e il 24 Maggio, indicati dalla sigla QRCF (Varro *ling.* 6.29 s., 53), il *rex* (ancora non ridotto *ad sacra*) *comitiabat*, sicché, solo una volta terminata questa operazione, il *dies* da *nefastus* diveniva *fastus* (secondo la lettura più accreditata, infatti, QRCF sarebbe stato l'acronimo di '*quando rex comitiavit fas*': tesi suffragata sia da Varro *ling.* 6.31, sia da Paul.-Fest. s.v. *Signum* 311 Lindsay, sia da Verrio Flacco in base a quanto ricaviamo dalle note al Calendario di Preneste; l'altra lettura '*quando rex <ex> comitio fugit*', era sostenuta da chi, erroneamente secondo Verrio Flacco, riteneva invece che il *dies* fosse così detto '*quod eo die comitio fugerit rex*' [cf. Ov. *fast.* 5.727; Fest. s.v. *Regifugium* 346 Lindsay]). Il regio *comitiare*, dunque, già all'epoca di Verrio Flacco (se non già a quella di Varrone), era un'operazione il cui rito, invero, la larva repubblicana del monarca, il *rex sacrorum*, progressivamente sempre più esautorata anzitutto dal collegio pontificale (*CIL* 1¹.234, 289) degli antichi poteri, aveva cessato di porre in essere già da tempo, se è vero che molti dubbi allora circondavano il senso primitivo dell'antica sigla calendariale denotativa dei due *dies fissi* testé rammentati (soprattutto circa la decifrazione delle ultime due lettere). Ora, se è vero che in Varrone (*ling.* 6.31), secondo la *lectio facillior* (codici seriori: cf. LI, 5 / 1527), i giorni in questione erano così chiamati in quanto '*eo die*

Ciò precisato preliminarmente e parenteticamente circa le aporie della ricostruzione di R. Jacob, si può ora procedere ad una comparazione – la quale sappia esaltare le peculiarità di ciascun polo – tra il modello romano del *ius* e quello greco del νόμος. Quanto a quest'ultimo, considerando che non solo l'esperienza greca fu deficitaria di «una nozione teorica di diritto»¹⁵⁹, ma che essa non fu interessata altresì a procedere a basilari distinzioni come quella fra 'diritti reali' e 'diritti di credito', o a impiegare concetti (ad oggi) basilari come quello di 'obbligazione', 'proprietà', 'possesso' (realtà logiche che, invero, «rinviano a forme di pensiero estranee alla mentalità greca»¹⁶⁰), potrebbe sicuramente essere causa di stupore la presa di posizione del D'Agostino allorché scriveva – influenzato dagli ancora recenti entusiasmi jaegeriani del '*Praise of Law*'¹⁶¹ – in una celebre monografia concernente l'ἀρχή mitica dell'esperienza giuridica, che «agli occhi dello studioso del nostro tempo, la cultura greca possiede, tra i suoi pressoché infiniti titoli di merito, quello di aver creato il 'senso del diritto'», se non precisasse – immediatamente dopo – che detto 'senso del diritto' ha da intendersi «non nella prospettiva altissima, ma pur sempre pragmatica quale fu propria ed esclusiva dei romani, ma in quella certamente meno operativa, ma indubbiamente più significativa filosoficamente, della

rex sacrificio ius dicat ad Comitium ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe' (mentre secondo la ricostruzione dell'*editio princeps* di Pomponio Leto, questa in luogo di *sacrificio ius* avrebbe *sacrificulus*, e F^v, manoscritto monachense di Pietrus Victorius e Iacobus Diacetius, insieme verisimilmente al codice F, il più antico, ma mutilo sul punto, che i due umanisti avevano tuttavia visionato quando ancora integro nel 1521, secondo la *lectio difficilior*, ha *sacrificulus*; vd., altresì, Paul.-Fest. 311 Lindsay), altrettanto vero è che da Gaio sappiamo che i *comitia calata* erano tenuti due volte l'anno per i testamenti (Gai 2.101): di qui, il collegamento, secondo una geniale intuizione, che ha operato Mommsen 1858, 241 ss., tra i due *dies fissi* e la notizia gaiana circa le due date stabilite per i testamenti *calatis comitiis*, pare del tutto convincente (anzi estendibile – credo – anche alla *detestatio sacrorum*, che richiedeva la medesima procedura seguita per il testamento e a questo era associata: Gell. 15.27.1-3; Gell. 13.16.1-3). Del resto, assai poco plausibile è che il *comitiare*, con riguardo alla *lectio faciliior* di Varro *ling.* 6.31, indicasse in origine la condotta da parte del *rex* consistente nel tenere un comizio per la celebrazione di un 'processo criminale' (*ius dicere*), come vuole il Santalucia sulla scorta del Blumenthal (Santalucia 1994, 17 ss.; Blumenthal 1938, 271 ss.): a pensare così, infatti, sarebbe giocoforza ritenere che detto comizio con funzione di *iudicium populi* avesse luogo in tempo nefasto (il che mi pare giuridicamente e religiosamente insostenibile alla luce non tanto di Varro *ling.* 6.31, ma di Liv. 1.19.7, che attesta come i *dies comitiales* siano creazione più recente dell'originaria antitesi *dies fasti* e *dies nefasti*, imponendosi non come *tertium genus*, ma come *species* dei *dies fasti*); di poi, se si compara l'acronimo QRCF con QStDF ('*quando stercus delatum fas ab eo appellatus quod eo die ex Aede Vestae stercus everritur*': Varro *ling.* 6.32; Ov. *fast.* 6.711-4; Fest. s.v. *Q.S.D.F.* 310 Lindsay; Paul.-Fest. s.v. *Quandoc stercus delatum fas* 311 Lindsay), si evince che *dicat* (come *everritur*) non è congiuntivo presente di *dicere*, ma indicativo presente di *dicare*, e *ius*, quale oggetto del *dicare* (come *stercus* è oggetto del *deferre/everrere* da parte delle Vestali), riferendosi Varrone direttamente alla figura del *rex sacrorum* (come fanno Festo e Paolo Diacono che in Varrone hanno la propria fonte), non può identificarsi con la 'giurisdizione criminale regia'. Ergo, anche ad ammettere la *lectio* di LI, 5 / 1527, tutto quanto precedentemente detto in questa nota non può che escludere la militanza delle fonti citate a favore della teoria della '*la cuisine romaine de la norme*' e, quindi, del nesso tra sacrificio e creazione (regia) del diritto.

¹⁵⁹ Biscardi 1982, 13.

¹⁶⁰ Maffi 1992, 429.

¹⁶¹ Jaeger 1947, 352 ss.

‘fede nella giustizia’»¹⁶². Da un lato, quindi, un mondo romano cui l’Occidente di oggi sarebbe debitore di un senso giuridico al contempo ‘altissimo’ e ‘pragmatico’, dall’altro, un mondo greco che – scarsamente propenso, anzi, insensibile, a razionalizzazioni ‘operative’¹⁶³ – avrebbe reso fecondo, fideisticamente, il campo della ‘giustizia’. Ciò che nelle parole dello studioso suggestiona e pare cogliere nel segno, è la repentina sostituzione del sostantivo ‘diritto’ (meglio: νόμος) con ‘giustizia’, quasi a voler rimarcare al lettore attento l’interscambiabilità, tutta greca, dei due concetti, come ci viene ampiamente testimoniata dalla lettura di numerosissimi passi non solo di esponenti della logografia attica, ma anche dei critici del sistema democratico ateniese¹⁶⁴. Nello ‘spirito’ dei greci, quindi, non solo dei poeti e dei filosofi, ma anche degli oratori, a prescindere da cosa poi in effetti significasse per loro ‘giustizia’, se quest’ultimo concetto non si identificava *in toto* nel νόμος, ne era considerato non il presupposto ideale, ma l’anima stessa (sì da rendere superflua la contrapposizione, non solo ipotetica, ma anche concretamente operativa in termini di dissidio, tra il diritto positivo e l’ordine meta-positivo). L’antitesi effettiva – nelle principali credenze classiche così come inverte nella prassi giudiziaria logografica – sarebbe stata di carattere solo ‘formale’, investendo due poli sostanzialmente omologhi, la giustizia ‘scritta’ dei νόμοι γεγραμμένοι e quella ‘non scritta’ indi-

¹⁶² D’Agostino 1979, 13. Sull’assenza di una parola greca che indichi il ‘diritto’, cf., per tutti, Maffi 1994, 419; vd., altresì, Gernet 2000, 141.

¹⁶³ Parla, come è noto, di un difetto di sensibilità per «l’approfondimento del momento tecnico-giuridico», Talamanca 1981, 19 s. (sulla scorta di Wolff 1974, 81 ss.). Non è certo originale sostenere che la grecità mai dedicò al diritto in quanto tale una riflessione appropriata tesa a ordinare, nella sua multiformità, la fenomenologia dei fatti giuridici in schemi rigorosi (talché, addirittura, v’è stato chi ha ardito affermare, arroccato su una posizione radicalmente antitetica a quella del D’Agostino, che «Law is one of the very few areas of social practice in which the ancient Greeks have had no significant influence on subsequent societies»: così, provocatoriamente, si apre il capitolo su *The Legacy of Athenian Law?* in Todd 1992, 3). Né sarebbe prudente voler criticare una così comune e storicamente fondata ricostruzione: ciò che, invero, va messo ben in luce, a prescindere dalla pluralità di cause che, in negativo, hanno potuto determinare concretamente l’estraneità di una scienza del diritto al mondo greco, sono le ragioni che hanno concorso, in positivo, a far emergere una *iuris prudentia* in Roma, ché, a ben vedere, i Greci, sotto questo profilo, non si sono differenziati da tutti gli altri popoli dell’antichità, ma furono i Romani a rappresentare un’autentica singolarità (sul punto, oltre a Talamanca 1981, 19 ss., le precisazioni imprescindibili sia di Stolfi 2006a, 23 ss., 53 ss., sia di Garofalo 2008, 97 ss.).

¹⁶⁴ Cf., paradigmaticamente, quali prove irrefutabili di quanto sostenuto nel testo: Aeschin. 3.199; Antiph. 5.7, 5.87; Isae. 2.47, 4.31, 6.65, 8.46, 9.35, 11.18, 11.35; Lys. 9.19, 14.22, 14.42, 14.46; Dem. 43.34, 42.52, 43.60, 43.84; 46.28. Del resto, come Carey ha ben messo in luce, gli stessi oratori non considerano *Law* e *Justice* come standards differenti, ma tendono a usare i due termini come sinonimi (Carey 1996, 41). Donde risulta, a mio avviso, esclusa la funzione della cd. γνώμη δικαιοσύνη, come ipotizzata *in primis* dal Paoli, di risolvere eventuali dissidi tra ‘legge’ ed ‘equità’ (Paoli 1933, 34 ss.). Come scriveva già il Talamanca la clausola del ὄρκος ἡλιαστικὸς circa la ‘miglior opinione’ meglio si interpreta (anzitutto, se non in via esclusiva) come «norma di chiusura della disciplina delle fonti normative», tesa a stabilire «nell’equità la regola da applicare al caso concreto» in carenza di νόμοι e ψεφίσματα (Talamanca 1981, 48 s.): ciò sarebbe sintomatico, a mio avviso, del fatto che i νόμοι e la ‘giustizia’ non erano concepiti come due sistemi antitetici o ipoteticamente in contraddizione, ma come *facies* di una medesima realtà. Non mi paiono espressione di una tesi opposta a quella risultante dai passi testé citati, né Arist. *Eth. Nich.* 1134b 18-24, né Arist. *polit.* 1287b: intendendo, infatti, il diritto cd. comune (o naturale) come diritto che esprimendosi in termini universali può risultare insufficiente, tra ‘ciò che non è scritto’ e ‘ciò che è scritto’ non si instaura un’antitesi, ma solo una ‘dialettica sinergica’ (Zanetti 1993, 45 ss.).

viduata, anzitutto (ma non solo) per l'ipotesi di *lacunae*, dalla γνώμη δικαιοσύνη richiamata nella chiusa del celeberrimo giuramento elastico¹⁶⁵, talché, come è stato correttamente sostenuto, «the distinction between written and unwritten νόμοι», più che affondare nella tradizione storica e nella prassi logografica, «is ... largely a product of this late fifth-century Athenian and sophistic debate»¹⁶⁶.

Sostantivo (forse) sconosciuto in Omero¹⁶⁷, νόμος in Esiodo indica un 'ordine di natura divina' – anzi presso gli orfici è addirittura un dio¹⁶⁸ – il cui rispetto permette di distinguere l'uomo dalla bestia, sia nelle attività laiche (come per l'agricoltura), sia in quelle religiose (come per i sacrifici agli dèi)¹⁶⁹: ed è su questa linea di pensiero che an-

¹⁶⁵ L'operatività della 'regalità del νόμος' è, a mio credere, comprovata dal cd. giuramento elastico che i giudici pronunciavano ogni anno e che si componeva delle seguenti clausole: la promessa di giudicare (δικάζειν, κρίνειν) secondo le leggi e i decreti ateniesi (principio della legalità); la promessa di giudicare nei limiti del chiesto (principio di rispondenza tra petito e pronunciato); la promessa di giudicare *audita altera parte* (principio del contraddittorio); la promessa di giudicare secondo la γνώμη δικαιοσύνη, intesa dagli oratori come promessa ora di giudicare imparzialmente (principio di terzietà del giudice), ora di avvalersi nel giudizio della 'migliore opinione' in caso di assenza di leggi e/o decreti (principio della supplenza alle *lacunae*): Dem. 18.2, 20.118, 23.96 s., 24.149-51, 39.39 s., 45.50, 57.63, 58.36; Isocr. 18.34; Isae. 11.6; Hyper. *Eux.* 40; Aeschin. 1.154, 1.170, 2.1; Isoc. 15.21; Pollux 8.122 (cf., in letteratura, Mirhady 2007, 48 ss., 228 ss.; Harris 2007, 55 ss.; Talamanca 2008, 26 ss.). Il principio '*iura non novit curia*' presuntamente operativo in Atene (e ribadito, da ultimo, da Stolfi 2010, 63) sembra a me stonare non solo con il tenore del giuramento elastico (che pone, all'evidenza, il νόμος a fondamento e non a limite dell'attività dicastica), ma pure con le numerose testimonianze che fanno assurgere il νόμος a imprescindibile criterio di determinazione della vita dei consociati nella πόλις (cf. Thuc. 2.37; Lys. 2.19, 31.2, 26.15; Dem. 18.278, 18.283 s., 18.290-3, 18.306-9, 23.1, 23.97, 23.190, 24.215 s.; Aeschin. 1.1 s., 1.179, 1.3-6, 3.23; Hyper. *epitaph.* 25; Lyc. *Leocr.* 4-6); nonché con la prospettiva di Arist. *rhet.* 1375 a, che è solo 'retorica' (più che '*de iure condendo*': sulla necessità di distinguere tra dato storico reale e prospettiva ideale nella Retorica si sofferma opportunamente Maffi 1976, 115 ss., con richiamo alle impostazioni di Paoli, Meyer-Laurin, Wolff, Ruschenbusch; ma vd., anche, recentemente, Harris 2007, 58 ss.; Talamanca 2008, 26 ss.). Si tratta di aspetti ('regalità del νόμος', 'funzione della γνώμη δικαιοσύνη', 'νόμος come πίστις') che verranno da me approfonditi in un contributo di imminente pubblicazione.

¹⁶⁶ Thomas 1996, 17; cf., altresì, Guthrie 1971, 117 ss.; nonché, più recentemente, Hoffmann 1997, *passim*.

¹⁶⁷ Purché, ovviamente, non si voglia leggere in Hom. *Od.* 1.3 νόμον in luogo di νόον (ma contro tale lettura, per tutti, cf. De Romilly 2005, 17, nonché Cunliffe 1924, 281), e purché non si faccia propria la – in vero non implausibile – considerazione di Raubitschek 1975, che, paragonando Hesiod. *theog.* 66 (νόμους καὶ ἦθεα) a Hom. *Il.* 6.510 s. (ἦθεα καὶ νόμον), ritiene di escludere per il passo omerico, a favore della parossitonia (νόμον), l'ossitonia (νομόν), sì da tradurre il sostantivo non come 'pascolo', ma come 'peculiare condotta'.

¹⁶⁸ Fr. 21, 64, 105 b, 160 (Kern).

¹⁶⁹ Hesiod. *op.* 276; Hesiod. *op.* 388 ss.; Hesiod. *theog.* 416 s. Secondo Shipp 1978, 11 ss., l'etimologia di νόμος connetterebbe il sostantivo all'atto di 'dividere le terre', e in ciò lo studioso aderisce alla celebre tesi di Schmitt, il quale, attraverso un recupero del verbo νέμειν, nel senso di distribuire, dividere, assegnare, concepisce νόμος essenzialmente come 'principio e misura di ordinamento e suddivisione dello spazio', per poi individuarvi sia l'insieme dei processi di appropriazione, distribuzione e produzione, sia le consuetudini e le regole di condotte, sia un sistema positivo di disciplinamento: vd. Schmitt 2003b, 54 ss.; 267 ss.; Schmitt 2009, 117 ss. Pare a me, tuttavia, a prescindere dalla volontà 'costruttiva' del politologo e giurista tedesco, che la tesi, da un lato, non consideri adeguatamente che la connessione tra il sostantivo νόμος e il verbo νέμειν, in sé innegabile, potrebbe essere anche all'insegna, più che dell'ipotizzata 'distribuzione e appro-

cora si colloca, in età classica, il celeberrimo frammento pindarico n. 169 (Snell-Maehler) per cui, stando all'insuperabile approfondimento interpretativo del Gigante, il νόμος quale βασιλευς è, conformemente a un universalismo contrapposto alle intuizioni relativistiche di matrice sofistica, un «principio assoluto» che assoggetta, nella sua superiorità, tanto uomini quanto dèi (il che, a mio credere, emerge con nettezza anche da quel celebre passo erodoteo che, nel citare parzialmente Pindaro, dopo aver contrapposto l'istituto greco della cremazione dei morti a quello della necrofagia proprio degli indiani callati, è ben lungi dal proclamare la 'relatività sovrana dei costumi', tutt'al contrario statuendo l'esistenza e l'operatività di un principio universale che, nella sua 'regalità panica', vincola ogni popolo a 'compiere atti di pietà verso i genitori defunti', ferme restando le plurime differenze attinenti alle modalità di adempimento, variabili contingentemente da ordinamento a ordinamento, ma giammai negative del presupposto principio universale)¹⁷⁰. Gradualmente, lungo il segmento di tempo che congiunge l'età arcaica a

priazione di terre', della 'spartizione sacrificale', come, a quanto credo, si sarebbe legittimati a ricavare dal frammento esiodico in cui si rinviene il più antico e certo riferimento al νόμος (Hesiod. 322 MW); dall'altro, che essa prescindendo dal rilievo, a mio credere condivisibile *in toto*, che il Vincenti muove sulla scorta di Chantraine 1977, 742: ossia che solo νομός (parola ossitona) e non νόμος (parola parossitona) significa 'luogo assegnato per il pascolo', 'sede', 'abitazione' (Vincenti 2007, 10 s. e n. 40). Sulle posizioni schmittiane circa il νόμος, vd., recentemente, Stolfi 2010, 122 ss. (ove ampia bibliografia di riferimento), con osservazioni di critica a tutte quelle «interpretazioni» che sono alla base di «costruzioni di figure teoriche tutte calate nella propria contemporaneità, o caricate di significati assoluti». Vd., inoltre, Laroche 1949, 163 ss., per un approfondito esame delle questioni di etimo.

¹⁷⁰ Gigante 1996, 72 ss., 94, 102, 112: sulla letteratura accumulatasi sul tema cf., per un'utile rassegna, da ultimo, Stolfi 2010, 129 ss. e nn. 107 ss., cui vanno aggiunti, almeno, Payne 2006, 159 ss.; Kyriakou 2002, 195 ss. Per quanto riguarda il passo erodoteo citato in corpo di testo (Herod. 3.38), in esso, dopo la narrazione della pazzia di Cambise, ed entro la cornice della 'prova di Dario', che confronta in materia di pietà verso i genitori defunti νόμοι greci (che vietano di mangiare le carni dei morti e ne prescrivono la cremazione) con νόμοι indiani (che vietano la cremazione e prescrivono la necrofagia), secondo una lettura piuttosto comune emergerebbe una concezione schiettamente relativistica (di matrice sofistico-protagoreo) che reinterpreterebbe o fraintenderebbe l'universalismo pindarico: per il Gigante, ad esempio, Erodoto è autore che, entro una visione unica, «discrimina le unità dei popoli e degli uomini fattori di storia, ne indaga e interpreta e rappresenta i modi, i costumi, e le imprese» e che, pertanto, non può «porre a fonte indiscriminata dell'azione un'unica legge, un'unica tradizione», di talché sia il νόμος di Pindaro (βασιλευς di uomini e immortali) si pluralizzerebbe nelle «due grandi unità del mondo erodoteo, i Barbari e gli Elleni», sia ciascuna di dette unità avrebbe il proprio νόμος, o meglio i propri νόμοι (Gigante 1996, 114; cf., inoltre, *ex plurimis*, Heinemann 1945, 78 s.; Dihle 1962, 207 ss.; Nestle 1975, 274, n. 36; 509 s.; Stolfi 2010, 129 ss.). Di contro, secondo lo Stier, il νόμος erodoteo, solo in parte e in via condizionata influenzato dal clima della sofistica (atteso che nelle 'Storie' non vi sarebbe alcuna condanna o critica al νόμος e che quest'ultimo sarebbe, pur nella sua plurima relativizzazione, espressione di *Richtigkeit*), sarebbe assimilabile *toto caelo* a quello di Pindaro (Stier 1928, 240); del pari il Pohlenz, addirittura negando ogni debito dello storico verso le opere di Protagora, crede al νόμος pindarico-erodoteo non come a 'creazione umana' o come a 'ordine celeste', bensì come a 'espressione dello spirito di un popolo' (Pohlenz 1937, 185, n. 2). Se, da un lato, non si vogliono negare in Erodoto *emprunts* della sofistica, e, dall'altro, non si vuole considerare un 'fraintendimento' la citazione di Pindaro, allora è d'uopo mettere a frutto le soluzioni avanzate dalla Humphreys, che – per esplicito richiamo erodoteo – connette sì il passo delle 'Storie' al celeberrimo fr. 169 di Pindaro, ma non nel senso di una critica relativistica dello storico all'universalismo del poeta, ovvero di un'adesione (relativistica) del primo al secondo: secondo la studiosa, infatti, «for Herodotus the point would perhaps be ... that keeping within the bounds of

quella degli oratori, si aggiungono di certo significati ulteriori e particolari, quale quello di λόγος umano e divino, rispettivamente della πόλις e del κόσμος (come sembra a me emergere da due frammenti di Eraclito)¹⁷¹, quale quello di 'forma costituzionale' (come

νόμος is what matters, regardless of the variation of νόμοι from one society to the next», sicché «Herodotus is considerably closer to the Presocratics than to the sophistic view that since νόμος is merely man-made law there is no reason to obey it except fear of punishment» (Humphreys 1987, 214). Se è vero che per Protagora il giusto e l'ingiusto in sé considerati non esistono e le leggi altro non sono che una creazione umana contingente e relativa (Plat. *Thaet.* 172a 1-b 6; 167b 5-c 7; *Prot.* 326d 6), diversamente ciò non può dirsi per Erodoto: lo storico, richiamandosi all'universalismo di Pindaro, non sottolinea tanto, nella pluralità e relatività degli ordinamenti giuridici (e morali), l'umanità dei νόμοι e, perciò, l'obbligatorietà (e la convenienza) di rispettarli solo in vista delle eventuali conseguenze negative, quanto l'esistenza di un fondo valoriale comune all'umanità intera (esemplificata dai greci e dagli indiani). In Herod. 3.38 il richiamo espresso a Pindaro a seguito della contrapposizione tra due popoli agli 'antipodi', è consapevolmente, al contempo, 'conservazione e abbandono' della logica universalistica del poeta, in quanto l'alicarnassense, se, da una parte, riconosce l'esistenza di νόμοι peculiari per ciascun popolo (ammettendo, così, natura e forma cangianti a seconda di luoghi e di tempi), dall'altra, implicitamente proclama che un νόμος unico, quale principio universale, omologa tutti i popoli. Si tratta, a mio giudizio, della stessa anima che innerva il 'rapporto dialogico' tra νόμος κοινός e νόμος ἴδιος, ovvero il 'giusto' φυσικόν e quello νομικόν: intendendo, infatti, in Arist. *Eth. Nic.* 1134 b 18-24 (cf., inoltre, Arist. *polit.* 1287 b) il diritto cd. naturale (o 'comune' secondo Arist. *rhet.* 1368 b, 1373 b) come quel diritto che, esprimendosi in termini universali, può risultare insufficiente e va pertanto specificato, tra 'ciò che è scritto come proprio di una πόλις' e 'ciò che non è scritto ed è comune' (ossia, entro il giusto politico, tra ciò che è 'fisico' e ciò che è 'nomico') non si instaura un rapporto antagonista, ma solo di 'sinergica dialettica', in aperta polemica con le argomentazioni relativistiche dei sofisti (in tali termini, persuasivamente, Zanetti 1993, p. 45 ss.): così, se l'esempio aristotelico della norma che impone di 'sacrificare in onore di Brasida' può scomporsi in un νόμος κοινός (universale) che impone senz'altro il 'sacrificio', e in una puntualizzazione (particolare) di νόμος ἴδιος che precisa il destinatario (o, in altri frangenti, può precisare diverse modalità del sacrificio), allo stesso modo il passo erodoteo attesta un rapporto simile tra vincolo generale di 'pietà verso i genitori defunti' e disposizioni particolari che specificano il *quomodo* della 'pietà filiale'.

¹⁷¹ Credo che in Heracl. fr. 33, 44 Diels – Kranz, sia il singolare νόμος che il plurale νόμοι debbano essere intesi come 'ordine' umano (a prescindere dal fatto che si manifesti in leggi o costumi), cioè come λόγος politico derivante da quello divino e non come diritto consuetudinario o insieme di leggi (*contra*, cf. Ostwald 1969, 27, che discorre di *mores*; Lloyd 1979, che pare identificare i νόμοι eraclitei con *legal statutes*; ambigua la posizione di Gagarin 2002, 22, n. 15, che rende νόμος ora con *law* ora con *moral and legal rules*, seppur affermi che i due frammenti possano essere comparati). Il senso antico di 'ordine tradizionale' (e non 'consuetudinario': cf., per questa prospettiva, Talamanca 2008) di cui νόμος è foriero si potrebbe rinvenire (oltre che in ἰσονομία) pure nei più antichi segni εὐνομία (Hom. *Od.* 18.487; Sol. fr. 3.32; Arist. 1306b 38-1307a 2), ἄνομος (Hesiod. *theog.* 307), δυσνομία (Hesiod. *theog.* 230; Sol. fr. 3.31): si tratta, infatti, di composti ben più risalenti rispetto alle prime apparizioni di νόμος nel senso 'classico' e, anche per ciò, più verisimilmente da connettere direttamente e univocamente al verbo νέμειν/νέμεσθαι (così, *ex plurimis*, Ehrenberg 1940, 293 ss.; Myres 1947, 81 s.; Erasmus 1960, 53 ss.; *contra*, seppur con soluzioni tra loro divergenti, cf. Heinemann 1945, 64 ss.; Ostwald 1969, 62 ss., 85 ss., 94, 96 ss.; Vlastos 1974, 349 ss.). Vero è che, una volta precisata la scarsa verosimiglianza di quella corrente di pensiero che, a seconda del singolo lemma, riconosce diverse derivazioni (così, ad esempio, Will 1972, 102 ss.), nonché una volta constatata la fondatezza sia di quella corrente che ha sottolineato come sia assai arduo riconoscere in εὐνομία, ἄνομία, δυσνομία, ἰσονομία, un senso originario comune di 'dividere' (De Romilly 2005, 18), sia di quella scuola che ha escluso per un'epoca più antica del tramonto del sesto secolo a.C. ogni erronea formazione che sia «anticipa-

è, *una tantum*, nella seconda Pitica di Pindaro)¹⁷², fintantoché in Erodoto (e, così, pure in Tucidide) non affiora una polisemia tale per cui pare impossibile ricondurre al significante un significato univoco o, comunque, preponderante¹⁷³; è solo in epoca classica,

tion of the later νόμος» (Ehrenberg 1946, 75), il problema sulla formazione originaria di termini come εὐνομία e ἰσονομία mi pare alquanto ozioso: se il sostantivo νόμος indica, in principio, un ‘ordine’ o un ‘principio disciplinante’ tradizionale (che, poi, in un momento non ben precisabile tra la fine del sesto secolo e la metà del quinto inizia ad imporsi come ‘ordine politico scritto’) e il verbo νέμειν/νέμεσθαι fa riferimento, anche se non in senso primigenio, all’attività di ‘ordinare’, ‘disciplinare’, ‘amministrare’ (così Frei 1981, 205 ss.; Lévy 2005, 119 ss., 124), sicché in tutti i composti in parola non sarebbe da considerare in uso il verbo nel suo significato di ‘dividere’ (come, invece, vogliono Ehrenberg 1940, 293 ss., Cerri, 1969, 97 ss., Musti 1999, 58 s., Costa 2003, 33), allora, sostanzialmente mi pare abbia poco peso la questione circa la determinazione dei singoli elementi delle formazioni nominali in questione, atteso che, a prescindere dal fatto che la base sia il sostantivo νόμος o il verbo νέμειν/νέμεσθαι, l’una (εὐνομία) fa riferimento al buon – se non addirittura ‘aristocratico’ – ordinamento (solonico) della πόλις moderatamente aristocratica dell’inizio del sesto secolo a.C., l’altra (ἰσονομία) all’ordinamento (clistenico) della πόλις, del tramonto del medesimo secolo, formata da soggetti eguali mediante e dinanzi la legge. In particolare, con riguardo esclusivo alla ‘sostanza’ dell’εὐνομία di Solone, va detto che – a quanto si può ricavare dall’Elegia (fr. 36 West) – il segno νόμος ancora una volta ha significato ben diverso da quello di ‘legge scritta’: infatti, il κράτος, lungi da essere già del δῆμος, è esplicitamente detto del νόμος dallo stesso Solone (cf. fr. 36.15-7, per cui seguo la lettura del Papiro di Londra di Arist. *resp. Ath.* 12.4, e non quella del Papiro di Berlino: Rhodes 1984, 176), rappresentando questo solo l’‘aspetto spirituale’ dei cd. θεσμοί (su tale figura cf. Pellosa 2012), ossia dello strumento materiale (in quanto oggetto di γράφειν: fr. 36.18-20) attuativo (unilateralmente) delle riforme in chiave ‘oligarchico-moderata’ dell’ordine politico (cf. Mele 2004, 68): cf., per una qualificazione della legislazione draconiana e solonica in termini di θεσμοί, Arist. *resp. Ath.* 4.1, 7.1, 12.4, 35.2; Plut. *Sol.* 3.5; Dem. 43.57; *IG* 1³.104, l. 20; la sporadica qualificazione di νόμου attribuita al prodotto dell’attività solonica, come in Aris. *resp. Ath.* 6.1, 7.1; Andoc. 1.81, 83; Anek. Bekker 1.164.12, ben si può spiegare come volontà di avvicinare al concetto classico di νόμος (legge popolare scritta) l’attività del διαλλακτής, in vero ‘thesmica’, di cui si percepiva il carattere δημοτικώτατον di alcune riforme, *in primis*, l’appello all’Eliea (Arist. *resp. Ath.* 2.2, 5.1, 41.2). Solone, facendo fronte a una profonda crisi economica, politica, giudiziaria (fr. 4.16; 4.19; 4.23-5), ha congiunto la βίη alla δίκη nella nuova dimensione omogenea della politica, e ha proclamato l’eguale, nel senso di imparziale, subordinazione all’‘ordine stabilito’ (ossia l’εὐνομία realizzata mediante la scrittura di θεσμοί animati dal νόμου κράτος) tanto dell’ἀγαθός quanto del κακός, l’uno e l’altro non ancora parificati ‘mediante’ il diritto positivo della πόλις. L’εὐνομία, quindi, presuppone una normativa posta in essere ed applicata ‘όμοίως’, ossia stabilita e fatta valere con terzietà ed imparzialità (fr. 37.9 s.; 36.22-7; 4.16), di modo che ciascuno dei cittadini ottenga ‘la retta δίκη a lui spettante’, nelle singole diversità socio-economiche (fr. 5) e quindi anche politiche (Arist. *resp. Ath.* 7.3 s.), atteso che sotto Solone tutti i consociati paiono sì accomunati dalla ‘soggezione ai θεσμοί ispirati al νόμου κράτος’, ma il sistema né si connota per l’emersione netta del principio di ‘uguaglianza politica mediante i νόμοι’ (fr. 36.15 ss., 36.18 ss., 36.22 ss.) né sanziona il principio della ‘pari’ distribuzione dei poteri ‘politici’ (escludendosi, ad esempio, i Teti dalle magistrature, ma atomizzandosi le sfere di competenza degli arconti, annuali e chiamati a rispondere del loro operato: Arist. *resp. Ath.* 7.3 s., 8.4, 3.1-5). Cf., da ultimi, in generale, il lavoro di Lewis 2008, i contributi contenuti in Blok – Lardinois 2006, la monografia di Almeida 2003.

¹⁷² Νόμος indica la ‘forma costituzionale’ (*forma rei publicae*) in Pind. *Pyth.* 2.86 (come, verisimilmente in *Pyth.* 10.70), mentre in *Pyth.* 1.62 è, a mio credere, dubbio se si tratti di leggi, costumi, o istituzioni, riti; cf. altresì per ulteriori passi pindarici in cui emerge il senso di costume: Pind. *Isth.* 2.38; *Pyth.* 10.70; *Ol.* 8.77 s.; *Nem.* 3.55; quanto a quello di rito vd. Pind. *Nem.* 2.28.

¹⁷³ Cf. Enoch Powell 1938, 233; Hermann 1967, 116 ss.; Girardau 1984, *passim*; Humphreys 1987, 211 ss.; Longo 2002, 63 ss.; Hölkeskamp 2002, 118 ss.; Thomas 2002, 102 ss.; Birgalias 2005. Tale po-

infine, che νόμος passa ad individuare con maggior precisione, benché mai univocità (ferma restando la molteplicità delle sue sfumature), il mezzo istituzionalizzato dalla πόλις (paradigmaticamente quella ateniese) al fine di regolare i rapporti intersoggettivi nell'orizzonte della comunità politica e, nonostante lo slittamento semantico che durante la prima metà del quinto secolo condusse il νόμος dalle sfere intrinsecamente fluide dei 'principi teo-fisici' e dell' 'ordine tradizionale' a quella stabile della scrittura, ancora invincibile rimane la convinzione secondo cui esso 'riposi' su un fondo imprescindibile di 'giustizia', su un *quid*, cioè, non necessariamente definibile o definito da norme positive, ma esistente, comunque, a prescindere dal diritto *in civitate positum* (rivelazione più che creazione *ex novo*), quale prodotto dall'intimo sostrato della coscienza panellenica. Vero è, in altre parole, che nelle concezioni emerse nel corso del quinto secolo e, soprattutto, dopo la definitiva restaurazione democratica nel 403 a.C.¹⁷⁴, in quelle del quarto secolo a.C., il segno νόμος passò definitivamente a consacrare una delle forme più peculiari di produzione del diritto di tutta l'esperienza giuridica dell'antichità, ossia quella di 'legge scritta popolare', la quale, lungi dal ridursi ad un mero «comando politico»¹⁷⁵,

lisemia denuncia, quindi, l'impossibilità di individuare in una data precisa, come il biennio delle riforme di Clistene (508-507 a.C.) secondo la celebre ricostruzione di Ostwald (Ostwald 1969, 160), il punto di passaggio per l'individuazione in νόμος del 'diritto popolare scritto'. Pare eccessivo, tuttavia, sostenere che «it is not until the end of the fifth century that νόμος comes to denote primarily written law» (così Humphreys 1988, 473, secondo cui, peraltro, la più risalente attestazione epigrafica di νόμος nel senso classico sarebbe un'iscrizione alicarnassense databile intorno al 460-455 a.C. [ML 32], mentre la più antica iscrizione ateniese sarebbe quella del 418-417 a.C. concernente il *temenos* di Neleo, Basile e Codro [IG 1³.84, l. 25]). Infatti, la legge sacra di Cleone, *grosso modo* della metà del sesto secolo a.C. (se non anteriore), statuisce che non è 'παρά νόμον', ossia contraria alla stessa 'legge', l'uccisione di un 'uomo maledetto' (IG 4.1607: vd., da ultimo, Camassa 2011, 91 ss.). Nelle fonti letterarie i primi riferimenti sufficientemente certi a νόμος in accezione 'politica' si rinvengono in Aesch. *Suppl.* 387-91 (da datare intorno all'anno 460) e in Aesch. *Prometh.* 149 s., 402 s. (opera di pochi anni successiva): cf. Ostwald 1969, 43 s.

¹⁷⁴ Vd. Andoc. 1.85-87. Sul punto cf., paradigmaticamente, De Romilly 2005, 186 ss.; Gagarin 2008 183 ss.

¹⁷⁵ Così Schiavone 2005, 78. Secondo lo studioso, il paradigma del νόμος dell'Atene democratica era il fondamento di un «trinomio inscindibile – legge, scrittura, laicità – in grado di opporre la certezza della conoscibilità e della stabilità all'arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere», nonché «l'escarnazione del precetto attraverso la sua rappresentazione grafica presupponeva ... la disintegrazione della figura del re-sacerdote, garante e fondatore mistico, attraverso la sua persona, di ogni regola sociale»; egli, inoltre, evidenzia il collegamento tra 'legge' e 'politica', una volta epurato il campo semantico del primo termine dalla «indicazione di una ritualità religiosa, o di un principio consuetudinario, o anche di un precetto morale», nei seguenti termini: «in Grecia l'invenzione della legge come comando politico 'escarnato' non trovava di fronte a sé, nelle pratiche di disciplinamento sociale elaborate fino ad allora, nulla di altrettanto forte, dal punto di vista culturale e istituzionale, da poterle resistere, se non residui di una regalità ormai recessiva in cui si confondevano ancora aspetti religiosi e prescrittivi, ed essa poté divenire ben presto il punto di riferimento esclusivo di ogni elaborazione in questo campo, subito oggetto della nuova filosofia di un grande dibattito etico e metafisico: un altro segno dell'assoluta preminenza della politica che riusciva a integrare tutto dentro sé». Se la 'politica' in Atene fu «categoria principale e assorbente della vita comunitaria» e «la legge, prodotta ... dall'Assemblea ... costituiva il frutto della partecipazione popolare, e al contempo la garanzia di un'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla πόλις e alle sue regole» (Stolfi 2006a, 36), tuttavia, va ammesso che il ridurre il νόμος a mero 'comando politico' significa disconoscere la sua intrinseca connessione con τὸ δίκαιον e con i pilastri 'teo-fisici' dell'esperienza

in sé compendia una tradizione antichissima che, solo con estrema difficoltà, poteva (e può) essere sganciata dall'originario ordine 'teo-fisico' donde derivava: un ordine iscritto in un sistema tradizionale – sotto il profilo della creazione di diritto – 'a-statuale', 'a-consuetudinario', e 'a-scientifico', nonché – sotto il profilo dell'applicazione giudiziale del diritto – 'a-decisorio' (in quanto i giudici popolari, che non deliberavano e non motivavano la sentenza, si rimettevano totalmente con il loro voto alla proposta 'logografica' di una delle parti contendenti)¹⁷⁶. Il popolo ateniese, in realtà, né creava diritto,

giuridica dei Greci, ossia la *θέμις* (e le *θέμιστες*) nonché la *δίκη*. Secondo Schiavone, quindi, da un lato, 'legge', 'scrittura' e 'laicità' sarebbero stati la 'triade' concettuale di cui *νόμος* era il simbolo supremo (in opposizione all'archetipo del diritto fluido e non conoscibile, fondato sull'arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria manipolabile a piacimento dai detentori del potere), dall'altro, il paradigma della *lex* e quello del *νόμος* nel quinto secolo a.C. avrebbero avuto, ciascuno nel proprio contesto, significati tra loro contigui e sfere pressoché corrispondenti, imponendosi come paradigmi di un modello di diritto antitetico a quello sapienziale, aristocratico e consuetudinario rappresentato da *ius* nel suo significato oggettivo. L'equazione, così concepita, mi pare banalizzare il più ampio, complesso e profondo concetto di *νόμος* e non mi pare affatto tener conto del processo storico che ne precede l'affermarsi come modello di organizzazione politica nell'Atene del quinto secolo: il *νόμος*, infatti, non va inteso come il mero prodotto laico di un organo della *πόλις*, bensì come l'espressione ultima di una 'norma immemorabile' che la coscienza del popolo riteneva preesistente alla *πόλις* o ad essa connaturata, valida teoricamente in eterno (cf. Paoli 1933, 27 ss.; Biscardi 1982, 345; Pellosso, 2012; vd., inoltre, Stolfi 2006a, 123 ss., 228 ss.; Garofalo 2008, 109 ss.; nonché sulla 'disgraziata traduzione' di Cicerone di *νόμος* con *lex*, lamentata dal d'Ors, vd. Schmitt 1996, 42 ss.).

¹⁷⁶ Cf. sia Talamanca 1981, 23 ss., sia Talamanca 2008, 24 ss., che, tuttavia, non va seguito là ove estrema la chiusura del sistema attico e il suo legalismo, nonché non distingue – come invece fa rettamente per Roma – tra il 'giudicare' elastico e il 'decidere'. Invero, in un sistema – come quello attico – in cui, anche a non voler ammettere come formante i precedenti giudiziari, i *νόμοι* erano principalmente norme sanzionatorie, e non anche qualificatorie-definitorie, le *lacunae* non potevano che essere colmate in massima parte dall'attività (interpretativa) dei logografi che si facevano voce viva della tradizione: tali aspetti verranno approfonditi in un saggio di imminente pubblicazione. Qui va solo detto cursoriamente che *νόμος* è certamente, sotto il profilo formale, il prodotto ultimo della volontà dell'assemblea, ossia del popolo radunato in assemblea e chiamato a pronunciarsi su una 'proposta di legge' (e poi dei 'nomoteti'): una volontà, ad onor del vero, pilotata e, quindi, dai margini alquanto limitati, atteso che in linea di principio non erano concepibili emendamenti, ma era possibile solo un voto – espresso secondo il principio democratico di maggioranza – di approvazione o di diniego. Ma se si guarda più da vicino e più attentamente il sistema nomico dell'Atene classica, non si può che constatare la sua alterità più radicale rispetto al nostro 'diritto legislativo parlamentare': Atene non ha conosciuto l'illuminismo, il razionalismo, la rivoluzione borghese; Atene non ha conosciuto 'Lo spirito delle leggi', la 'nostra' democrazia, il nostro concetto di 'Stato' e quello di 'Stato di diritto'; in Atene non vigeva il principio della tripartizione dei poteri (tanto che potere giudiziario e 'nomopoietico' erano monopolio del *δημος*). Secondo alcuni, ad Atene era addirittura sconosciuto il principio *iura novit curia* – quanto a conflitti di fonti paritetiche prevaleva la più antica. L'alienità di Atene alle nostre concezioni si manifesta, inoltre, nella stessa selezione degli interessi giuridicamente rilevanti e nelle modalità della loro tutela: se l'omicidio è, per diritto italiano, un reato, in Atene esso era illecito lesivo di interessi esclusivamente privati e, pertanto, perseguibile solo con una *δίκη φόνου*, azione la cui legittimazione attiva era limitata ai parenti più stretti della vittima. Se per la tutela di determinati beni della vita, nel nostro sistema, è prevista una messa in moto della macchina processuale *ex officio*, il diritto di Atene ruotava attorno al principio generale della 'domanda di parte', anche nel caso di lesione di interessi della *πόλις* intera (quindi, sia con riguardo alle *δίκαι* sia con riguardo alle *γρῶραι* esperibili da un qualsiasi cittadino); Atene, poi, era ben lungi dal riconoscere il principio dell'irresponsabilità della pubblica accusa, tant'è che chi in una *δίκη δημοσία* non avesse ottenuto

né decideva i casi controversi: solamente approvava, giusta il principio maggioritario, il 'disegno', ora di 'legge', ora di 'sentenza'.

A mente di quanto sin qui si è precisato, dunque, è giocoforza ritenere che, già senza scendere nei dettagli, qualsivoglia omologazione del νόμος a ciò che è la *lex publica populi Romani* (ossia la legge comiziale quale *iussum generale*¹⁷⁷, su *rogatio* magistratuale, dei *cives universi*¹⁷⁸, considerata parallela al contratto verbale della *sponsio*¹⁷⁹ e pensata come dotata della *virtus* di *imperare, vetare, permittere, punire*¹⁸⁰), nonché a ciò che è la 'legge parlamentare' del nostro sistema è da escludere in modo reciso¹⁸¹: infatti, nella *lex*, da una parte, il sostrato meta-positivo (tipicamente greco) è *in toto* obliterato, così come lo è nella produzione parlamentare di diritto, del cui *iter*, per di più, a prescindere qui dall'operatività del principio rappresentativo (sconosciuto nei *comitia* e nei *concilia*, così come nell'ἐκκλησία e nella ἡλιαία), l'emendamento del progetto di legge è – a totale diversità del procedimento legislativo romano così come di quello ateniese – un *quid* fisiologico; dall'altra, l'equiparazione delle *leges* pubbliche alle *leges* private (in direzione opposta a quella consacrata nel nostro codice civile)¹⁸², in una con il carattere 'convenzionale' esplicitamente attribuito alla *lex*, induce a ritenere che quest'ultima nella mentalità romana non esaurisse affatto né costituisse *in toto* l'ordinamento, ma presupponesse a monte un diverso 'sistema' detto *ius*¹⁸³. Parimenti – anzi, a più forte ragione – risulta insostenibile ogni appiattimento concettuale del sistema nomico – emblematicamente rappresentato dalla πόλις di Atene in età classica – sul *ius* romano. Come è oltremodo noto, infatti, a presiedere alla creazione e allo sviluppo di

almeno un quinto dei voti, diveniva ἄτιμος (e quindi gli si precludeva la tutela di diritti tanto propri quanto generali); infine, l'esecuzione forzata era pressoché priva di forme ritualizzate e, quindi, rimessa anzitutto all'autotutela dell'avente diritto, con intervento solo eventuale della πόλις (nel caso di opposizione formale dell'esecutato).

¹⁷⁷ Gell. 10.20.2 (Capitone).

¹⁷⁸ Gai 1.3.

¹⁷⁹ D. 1.3.1 (Papiniano).

¹⁸⁰ D. 1.3.7 (Modestino).

¹⁸¹ La *lex publica comitalis*, quanto alla regolamentazione del processo (non dell'*actio*) e dei rapporti privatistici, inserita in un contesto di diritto di matrice giurisprudenziale, ebbe sempre un ruolo del tutto marginale durante la storia repubblicana (cf., *ex plurimis*, Schulz 1949, 7 ss.; Talamanca 1989, 230 ss.; Talamanca 1990, 27 ss.; Voci 1998, 96 ss.; Guarino 1990, 283 ss.), assurgendo solo nel secondo secolo d.C., con il giurista Gaio, a 'modello', in Gai 1.1-3, della sua teoria istituzionale delle 'fonti' di produzione del diritto (vd., per tutti, Schiavone 2005, 328 ss.), e, con Giuliano (D. 1.3.32 pr.-1), a paradigma fondante della forza vincolante della consuetudine (Guarino 1989, 172 ss.), benché l'attività comiziale fosse del tutto paralizzata già dai tempi di Nerva (D. 47.21.3.1; Cass. Dio 68.2.1). Se già un romanista come il d'Ors riteneva deprecabile la traduzione ciceroniana del termine greco νόμος con *lex*, evidentemente fuorviante, in contesto romano, è, a mio credere, pure la definizione di *lex* elaborata da Papiniano (D. 1.3.1), sulla scorta del Demostene dell'orazione 'Contro Aristogitone' riprodotto da Marciano in D.1.3.2, come '*commune praeceptum, virorum prudentium consultum, rei publicae sponsio, delictorum coercitio*', atteso che tale definizione sarebbe ben più adeguata a individuare il *ius* inteso nel suo complesso, piuttosto che la *lex* (Stolfi 2004, 441 ss.; Martini 1997, 34): il che conduce al dilemma dell'alternativa tra ritenere intervenuta con un *emblema* la mano compilatoria ovvero pensare a un'imprecisione autenticamente papiniana. Cf., sul tema, Lobrano 1996, 196 ss. (con riferimenti bibliografici e di fonti antiche).

¹⁸² Cf. art. 1372 cod. civ.

¹⁸³ Vd., sul punto, Grosso 1967, 15.

quest'ultimo fu eminentemente, se non esclusivamente, la giurisprudenza, ossia il ceto dei giuristi¹⁸⁴. Dunque, se *ius*, inteso (ma solo in una sua accezione derivata) oggettivamente¹⁸⁵, è segno di un 'ordine deontico' a partire dall'epoca medio-repubblicana tendenzialmente 'laicizzato' e 'autonomo'¹⁸⁶ – almeno quanto a *conditores* – rispetto al polo del *fas* e del *nefas* (in principio omogeneo alla sfera indistinta di cui era parte il *ius* stesso, ma in età tarda avvertito come solennemente e solamente 'divino', benché ridotto a *pars* di un ipertrofico *ius*)¹⁸⁷, e se esso è, altresì, segno di un 'ordine agglutinante' la compagine sociale composto di plurime disposizioni (*rectius*: soluzioni) che tradiscono la loro matrice 'privata' quali prodotto dell'attività di esperti non formalmente investiti di alcun *officium* cittadino, allora vero è che in Roma *ius* e *lex* assurgono – già a far tempo dal quinto secolo a.C. – a termini di una 'alterità parallela' (ovviamente termini 'altri' sia reciprocamente, sia rispetto all'archetipo del νόμος ateniese). Lungo tutto l'arco dell'età repubblicana, a partire dal *droit octroyé* delle *XII Tabulae* (consolidazione di soluzioni sapienziali forse già formulate in enunciati generali casuistici, che in epoca classica, nella consapevolezza dei *prudentes* assurgeva a ultimo fondamento stori-

¹⁸⁴ Quanto all'incauta equazione νόμος = *ius*, postulata – ad esempio – dal von Hayek, credo che sia *in re ipsa* la confutazione dell'assunto e non spendo, a tal proposito, ulteriori parole (Hayek 2000, 48 ss.); l'equiparazione, seppur solo incidentalmente, è postulata anche da Guarino 1990, 97.

¹⁸⁵ A mente delle osservazioni di Orestano 1967, 108 ss., il quale sottolinea come «per lungo tempo, l'uomo procedette nei suoi ragionamenti soltanto per analogie e con inferenze da particolare a particolare» e come «fu solo attraverso una lunga elaborazione di poteri logici e di esperienze delle loro funzioni, che si sviluppò l'attitudine, e per gradi insensibili, faticosamente conquistati, di formulare concetti di più in più generali, svincolati dal dettato delle singole esperienze concrete, e di porli a base di un complesso indeterminato di applicazione», nonché giusta la «singolare riluttanza dei Romani all'astrazione» (Schulz 1949, 35; ma vd., anche, Vossler 1948, 116; Traina 1991, 118 ss.), a mio avviso, il segno *ius* per indicare un sistema oggettivo non può essere tanto risalente. Del resto, i luoghi delle XII Tavole in cui si rinviene il sostantivo *ius* (non solo in 'funzione predicativa' del soggetto, come per *fas* e *nefas*, ma anche in 'casi indiretti': segno palese cioè di una maggior flessibilità e articolazione della tavola di valori da esso espressi), evidenziano come la sfera dell'oggettività non sia ancora abbozzata, e si risolvono in sicuri indici della prevalenza di un orientamento semantico 'soggettivo' (cf. per un siffatto impiego decemvirale di *ius* quale predicativo dell'imperativo *esto* o nella forma ablativale *iure*: Tab. 5.3; Tab. 6.1; Tab. 8.12). *Ius*, quindi, non va inteso come sostantivo che in sé ricomprende 'norme generali e astratte', bensì come unitaria sintesi di singoli *iura* (consacrati nell'*interpretatio* dei *prudentes* che li rivelavano o li inventavano, nonché nelle pronunce dei *reges* che *iura reddebant* [Liv. 1.41.5; Cic. *rep.* 2.21.38] e dei magistrati repubblicani che in vista della *sententia* privata *ius dicebant* [Gai 4.13-7]), singole 'spettanze' riconosciute ai consociati sia quali vantaggi, sia quali 'svantaggi' (cf. Albanese 1978, 199 s., che cita, *ex plurimis*, Liv. 1.32.10; Gai 2.14; D. 2.13.9.1; D. 29.5.21.1). Sono da rifiutare, quindi, quelle tesi che attribuiscono ad un'epoca assai remota un concetto innegabilmente esistente nelle fonti (ossia quello di *ius* come ordinamento positivo, eminentemente privatistico), ma affermatosi solo in epoca successiva (vd. Guarino 1990, 142 ss.; 148 ss.; Orestano 1934 ss.; Orestano 1967, 100 ss.).

¹⁸⁶ Paradigmaticamente, per una visione tendenzialmente 'laicista' del *ius*, in contrapposizione a Orestano 1967, 100 ss., 194 ss., cf. Guarino 1990, 142 ss.; 148 ss., sulla scorta di Beduschi 1935, 209 ss. (vd., inoltre, De Francisci 1926, 279 ss.; Noailles 1948, 85; Noailles 1949, 102 ss.), da contemperare con i rilievi contrari ad una totale *Isolierung* del *ius* dalla matrice religiosa, di Catalano 1965, 31, Sini 1997, 32 e n. 16, Sini 2001, 36 ss. (per una critica alle impostazioni sia di Guarino, sia di Orestano, mi permetto di rimandare a Pellosso 2008a, 162 ss., n. 173).

¹⁸⁷ Serv. *georg.* 1.269; Isid. *orig.* 5.2.2: vd., sul punto, Orestano 1934.

co di un '*ius quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*'¹⁸⁸), il modello della *lex* e il modello del *ius civile* si vanno a specificare in una dualità che contrappone, per l'appunto, due forme del disciplinamento cittadino: da un lato, quella dei soli rapporti *inter privatos*¹⁸⁹ esplicitanti, diacronicamente, nelle regole tradizionali versate nei *mores* (se non in pratica, almeno nell'ideologia) e, soprattutto, nell'attività ermeneutico-creativa postdecemvirale che – prima 'sapienziale', poi 'scientifico-formale'¹⁹⁰, ma sempre monopolizzata dal ceto di *prudentes*¹⁹¹ – risulta valida *sine scripto* e in sé e per sé, giacché essa, diversamente dallo stesso codice decemvirale e

¹⁸⁸ Se, *a posteriori*, è vero che le *leges* delle *XII Tabulae* (per la bibliografia in tema rinvio al primo e al terzo capitolo di Pelloso 2008a), in un'ottica di appiattimento storico che non è troppo discara allo spirito romano, vennero immedesimate nel blocco civilistico, anzi furono considerate in Liv. 3.34.6 come un '*fons omnis*', un caposaldo di carattere generale, dello stesso (nonché del successivo *ius publicum*), non credo che esse nel quinto secolo potessero essere percepite come 'formante' del *ius*: da un lato, v'era il modello aristocratico tradizionale, squisitamente romano, essenzialmente a formazione tradizionale-giurisdizionale-interpretativa del *ius* (che non è, inteso oggettivamente, integrante tutto l'ordinamento, ma si risolve solamente in ciò che involge le relazione *inter privos*); dall'altro, si poneva un nuovo modello del tutto estraneo all'indigeno e primevo *ius*, un modello esteriormente di impronta greca, scritto, non fluido, conoscibile da patrizi e da plebei (Guarino 1990, 220; Schiavone 2005, 74 ss.). Insomma, prendeva piede il paradigma della *lex*, non fonte aperta di *ius*, ma dichiarazione certa dello stesso e, talora, sua 'novella' come ordine 'altro' e 'parallelo'. In definitiva, a mio parere, le *XII Tabulae* si sono imposte, essenzialmente, come strumento operante al di fuori dei meccanismi (interni) di creazione tradizionale del *ius*, ossia come un elemento di rottura circa il modo di conoscere il pregresso *ius* (tendenzialmente in modo esaustivo, tanto che credo sia legittimo chiedersi, al di là del livello ideologico, quale ruolo i *mores* in effetti abbiano giocato nella *libera res publica Romanorum*) e non circa il modo di produrre nuovo *ius* (anche se innovazioni vi sono state, indubbiamente, come per l'introduzione del *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, o dell'estensione del precetto *de capite civis*: ma, a mente di Gioffredi 1955, si trattava, davvero, di *ius*, in questi due casi riguardanti il 'processo civile' e quello 'processo criminale'?). Dall'oralità (segreta) dei *responsa* e dalle manipolazioni *in iure*, si passava al 'mutismo' (pubblico) della parola scritta, dall'oscurità dei *penetralia* alla trasparenza delle *tabulae roburae*: la vera novità (importata dalla Grecia), insomma, era il «fatto stesso della codificazione» (Talamanca 1989, 99 ss. 107; vd., inoltre, Stein 1966, 3 ss.). *Rectius*: della 'consolidazione'.

¹⁸⁹ In tal senso, persuasivamente, Guarino 1990, 251 ss.

¹⁹⁰ Va qui detto che, rispetto al diritto giurisprudenziale dell'età tardo-repubblicana e dell'età classica, i *pontifices* producono 'soluzioni' che, di fatto, vincolano per l'autorità della fonte donde promanano e che sono fondamentalmente non controllabili, nonché, emesse nei singoli casi per cui era stato richiesto un parere, rimangono ancora prive di una sistemazione tecnico-giuridica di tipo scientifico, pur non trattandosi, ovviamente, di un *judge made law*, un diritto a formante giudiziale, in quanto i *pontifices* giammai hanno esercitato la *iurisdictio* o la *iudicatio* nel senso più squisitamente romano, bensì solo attività di *interpretatio* respondente (cf., da ultimo, sull'attività decretale-consultiva dei pontefici Franchini 2008, 99 ss.). Per l'analisi del pensiero giuridico, soprattutto degli ultimi due secoli della repubblica, nel senso di una 'rivoluzione copernicana' rappresentata – con Quinto Mucio – dall'affermarsi dell'astrazione e, quindi, della realizzazione del *ius* come 'sapere formale', cf. le dense e belle pagine di Schiavone 2005, 160 ss., 171 ss. Va da sé che in un contesto in cui ad esercitare la *interpretatio* sono i pontefici come *corpus* civico autorevole non v'è spazio alcuno per *ius controversum* (se non interno al collegio).

¹⁹¹ Talamanca 1989, 232. In D. 1.2.25 (su cui vd., per tutti, Bretone 1982, 211, 224 ss.), infatti, Pomponio descrive le *XII Tabulae* unicamente come punto di sviluppo della *disputatio fori* e della *interpretatio prudentium*, la quale ultima sia *communi nomine appellatur ius civile*, sia ha efficacia di per sé, in quanto, diversamente dal testo decemvirale (e, *a fortiori*, da tutte le *leges rogatae*) non necessita di alcuna redazione per iscritto.

dalle *leges rogatae*, non necessitava di alcuna redazione formale (tanto da poter essere considerata l'anima stessa delle importantissime riforme del diritto, tanto pretorie, quanto edilizie, avvenute a mezzo degli editti giurisdizionali dei magistrati); dall'altro, quella di impatto solo marginale nel campo corrispondente all'area del nostro diritto privato, esplicantesi in regole 'politiche' di natura popolare¹⁹².

È, tuttavia, solo nel lasso cronologico compreso, almeno, tra la disputa sul *partus ancillae* (tra Quinto Mucio e Servio Sulpicio) e l'epoca in cui visse Erennio Modestino, che il diritto (privato) romano, nel suo *processus* storico, si sviluppò e crebbe soprattutto grazie alla fine elaborazione ad opera di autentici 'scienziati', ossia ad opera di una classe di professionisti dell'*interpretatio iuris*: e il *quid essentiae* dell'esperienza giuridica, più tipica, di Roma, fu proprio la completa emersione di questa attività (anche sistematrice e, come già detto, creatrice), appannaggio, in principio, della casta pontificale e, poi, a seguito di una progressiva laicizzazione (che vide le proprie tappe principali nella *disputatio fori* conseguente alla legislazione duodecimtabulare, nella diffusione del *ius Flavianum*, nella prima pubblicità del *respondere* con Tiberio Coruncanio, nell'edizione dei *Tripertita* di Sesto Elio), di un ceto di esperti laici¹⁹³. Se, quindi, si intende il diritto come 'pensiero' e come 'riflessione razionale' (prodotto di uno spirito in gran parte libero dalle pastoie, spesso opprimenti, di formazioni positive, vuoi di tipo legislativo, vuoi di tipo editale)¹⁹⁴ e non come mero dato normativo, allora, si può senz'ombra di dubbio parlare – come fa, senza mezzi termini, Schiavone – di una 'invenzione' tutta romana del diritto¹⁹⁵. Un diritto, tuttavia, ossimoricamente «unstabil» e «überstabil»¹⁹⁶, che, in-

¹⁹² Sul valore di endiadi del sintagma '*ius lexque*' (nel senso di 'ordinamento complessivo'), cf. Talamanca 1989, 232, nonché Guarino 1990, 284 ss.; per un'ampia rassegna di fonti vd. Brogini 1959, 23 ss.; vd., inoltre, Serrao 1997, 279 ss.; Cornioley 1983, 31 ss.; Gioffredi 1947-48, 1 ss.; Biondi 1964, 39 ss.; Clark 1907, 241 ss.; Kaser 1973, 523 ss.; Wieacker 1984, 3015 ss. cf., per la polemica sulla 'estraneità' delle *leges* al *ius civile*, Ehrlich 1902, 172 ss., De Francisci 1947, 192 ss., Mitteis 1908, 30 ss.; nonché, circa il problema concernente la modificabilità del secondo attraverso le prime, vd. Bretone 2004, 83 ss.

¹⁹³ Da un'attenta osservazione del fenomenico, i pontefici (depositari del sapere precettistico circa riti e formule volti a piegare la volontà degli dèi e modificare il contingente naturale e umano) iniziarono a ricavare soluzioni da casi concreti e passarono, poi, all'elaborazione di un apparato di *regulae* e di categorie che, poco alla volta, vennero organizzate soprattutto dalla *scientia* laica in un sistema che, se in un primo momento non poteva che essere ancillare rispetto al bisogno della *civitas* di mantenimento della *pax* con gli dèi, fu poi dotato di una sua autonomia e di un suo specialismo: vd., in questi termini, Garofalo 2008, 97 ss., nonché, sul ruolo del giurista come 'autore decisivo' – anzi come vero e proprio 'decidente' – per l'individuazione-creazione delle regole di diritto da applicare, vd. Talamanca 1999, 142 ss. Tra le civiltà antiche, quindi, fu Roma ad essere 'aliena' rispetto a tutte le altre. Non l'assenza di una scienza del diritto nell'area greca, ma la nascita e lo sviluppo in Roma di una vera disciplina scientifica *sub specie iuris* (con il raffinamento di uno strumentario concettuale) è la singolarità da mettere in evidenza: alla 'coscienza panellenica' del 'diritto dei Greci' (coscienza che unificava le plurime πόλεις, ciascuna dotata di un proprio sistema, all'insegna di una comune carta 'costituzionale' i cui pilastri erano θέμις, l'ordine teo-fisico posto, δίκη, la giustizia del 'dare a ciascuno il suo', νόμος, il principio ora di differenziazione tra uomo e bestia, ora di differenziazione tra greci e barbari), certamente più consentanea all'idea meta-positiva di giustizia (da positivizzare), si opponeva la '*scientia iuris*' romana.

¹⁹⁴ Vd., per la diversità di approccio dei giuristi nei confronti di *leges* ed *edicta*, Talamanca 1999, 145 ss.

¹⁹⁵ «Il diritto romano, quello privato in particolare, è tra i diritti dell'antichità classica l'unico che fu scientificamente elaborato. Solo Roma, tra i popoli dell'antichità, ebbe veri giureconsulti: i primi

serito in un contesto storico privo di qualsivoglia forma penetrante di istituzionalizzazione normativa, sia proviene – quale frutto di attività privata posta in essere da uomini che emettono pareri solo a titolo personale – dal 'basso verso il basso' (e non, autoritativamente, dall' 'alto verso il basso'), sia rinviene nel suo codice genetico un'impronta inevitabilmente casistica (partendo dal concreto per giungere, in modo stratificato, a livelli più o meno profondi di astrazione e generalità), sia si manifesta, insensibilmente al mito del principio di non contraddizione¹⁹⁷, in una fisiologica controversialità 'a monte' tra molteplici soluzioni tutte al contempo valide (e non, come è invece in sistemi chiusi di tipo legis-centrico, necessariamente solo 'a valle')¹⁹⁸. Insomma, un diritto (quanto a produzione, ma, invero, anche quanto ad applicazione, dato che lo stesso *iudex* era un cittadino privato scelto dalle parti) 'anarchico', ossia un diritto inteso e operante «as a Private Good»¹⁹⁹.

nella storia dell'umanità, e giureconsulti di altissimo livello. Altri popoli antichi (quello greco, ad esempio) avranno avuto magari un diritto per certi aspetti più equo e più rispondente ad esigenze di concretezza e praticità, non però un diritto come quello romano (privato) elevato a dignità di scienza. Si cominciò a Roma col ricavare dalle soluzioni dei casi concreti e dal confronto tra esse i principi latenti che le ispiravano (taluni poi riassunti nelle *regulae iuris*); si procedette alla costruzione ed elaborazione di concetti e categorie giuridiche (come *obligatio*, *hereditas*, *dominium*, servitù, usufrutto, ma anche contratti, mutuo, compravendita, locazione, mandato, etc.), a classificazioni. Questo consentì di dominare più agevolmente dati normativi di diversa origine (dapprima prevalentemente consuetudinari); di costruire istituti (strutture, cioè, punti di riferimento di principi e regole propri) e procedere alla proposizione di sistemi. Ciò, peraltro, con l'adozione d'un rigoroso essenziale vocabolario tecnico, lo stesso fondamentalmente ancora oggi patrimonio imprescindibile d'ogni operatore giuridico» (Marrone 2006, 5). Sulla natura casistica della produzione della *iuris prudentia* e sul suo spirito di concretezza, *ex plurimis*, vd. Grosso 1960, 147 ss.; Kunkel 1973, 152 ss.; Kaser 1975, 176 ss.; 181 ss.; Grosso 1979, 15 ss.; Vacca 2006b, 29 ss., 129 ss., 257 ss.

¹⁹⁶ In questi termini vd. Nörr 1974, 16, che si riferisce sia alla 'instabilità' determinata *a priori* dall'incertezza di singolare intensità circa quale delle diverse *sententiae* il giudice potesse applicare (il che, ad onor del vero, non sembra diversificare di molto, sotto il profilo della certezza, il sistema romano da quello attuale italiano), sia alla 'super-stabilità' determinata dal fatto che una *sententia* qualsiasi, purché suscettibile di essere seguita in concreto, era *qua talis* appartenente al sistema giuridico romano (il che, invece, è segno di totale alienità del modo di inverarsi del diritto romano rispetto a quello attuale italiano). Cf., sul punto, altresì, Talamanca 1995a, 777: «nel *ius controversum*... tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto o l'uno o l'altro, di aver deciso *contra ius*; ma, contemporaneamente, il diritto effettivamente vigente nella singola controversia veniva individuato soltanto attraverso la pronuncia del giudice». A mente di tali dati è evidente come, durante i fasti dell'interpolazionismo, troppo spesso (purtroppo) la contraddittorietà, entro i *Digesta* giustiniani, di una soluzione giurisprudenziale rispetto a un'altra fosse elevata a indice sicuro di *emblemata Triboniani*.

¹⁹⁷ Che, invece, opera in Atene nel modo più rigoroso, come testimoniano il principio *lex anterior derogat legi posteriori* (Triantaphyllopoulos 1986, 137 ss.), nonché il regime delle *ῥαφαὶ παρ᾽ανόμων* e *μὴ νόμον ἐπιτήδειον θεῖναι*, nonché la procedura della *νομοθεσία* (cf., paradigmaticamente, Todd 1990, 108 ss., 294 ss.).

¹⁹⁸ Vd., da ultima, la raffinata ricerca di Bretone 2008, con alcune prese di posizione critiche nei confronti del 'classico' studio in materia: Schwarz 1951, 201 ss.

¹⁹⁹ La citazione è da Friedman 1994: vero è, ovviamente, che il modello di ordinamento giuridico (ipotetico) delineato da Friedman, benché tanto 'anarchico' quanto quello (storico) romano nell'essenza, da esso diverge alquanto nelle forme, atteso che l'esponente della corrente libertaria anarco-capitalista, immaginando «a society with no government», in cui «individuals purchase

5. Qualche breve conclusione su una βιλύχνις occidentale e su una lux ex Oriente.

Così delineati seppur vagamente, dopo le riflessioni su *ma'at*, i contorni di *ius* e di νόμος, non può non notarsi – una volta gettato lo sguardo all'oggi, a mente delle parole di Nicole Loraux che pensa allo storico come a colui che vive in due tempi, il passato e il presente – una (forse incosciente) schizofrenia dell'esperienza giuridica occidentale, un divario tra l'«essere» e l'«essere stato» *sub specie iuris* che il fantasma ideologico della continuità nasconde²⁰⁰.

Da una parte, i sistemi di *Civil Law* si professano figli legittimi del diritto romano (mediato anzitutto dalle elaborazioni professorali dei pandettisti), ma negano alla dottrina quel primato creativo che in Roma i *prudentes* avevano di fatto (in assenza di un cospicuo diritto di matrice legislativa)²⁰¹. Dall'altra, il paradigma greco del νόμος funziona sì come modello di diritto legislativo, varcando le barriere del tempo per giungere sino al mito, innalzato a dogma dalle rivoluzioni borghesi, della volontà generale del popolo²⁰², ma informa solo superficialmente il nostro sistema di fonti, sia perché, di fatto, il potere esecutivo usurpa – secondo nuovi schemi – sempre più di frequente a quello nomopoietico la funzione propria di quest'ultimo²⁰³, sia perché, ridotto il «diritto-legge» a pura forma scaturente in modo meccanico da «nomo-dotti», si vanno allentando quei legami, in Grecia ritenuti indissolubili, tra la «legge», l'«ordine teo-fisico» e lo «spirito del popolo»²⁰⁴.

L'Occidente, dopo il suo ocaso, per attraversare le liquidità della notte del diritto, non ha che da abbandonare l'irrazionale timore cieco dell'«inquietante diversità» e tenta-

protection of themselves and their property from private firms» e in cui «each such firm faces the problem of possible conflicts with other firms», concepisce la privatizzazione della produzione e dell'applicazione del diritto nel senso che «both law enforcement and law are private goods produced on a private market. Law enforcement is produced by enforcement agencies and sold directly to their customers. Law is produced by arbitration agencies and sold to the protection agencies, who resell it to their customers as one characteristic of the bundle of services they provide» (Friedman 1994, 319).

²⁰⁰ Illuminanti le parole di Monateri sulla dissociazione tra regole operazionali e formule declamatorie (Monateri 2008, 215 ss.). Persuasivi, altresì, i rilievi che l'autore muove contro l'ottica del «borghese indaffarato che ha fatto della propria visione del mondo il metro di giudizio dello spirito» e che, dinanzi alla diversità o all'esotismo di un diritto, non può che ragionare nei seguenti termini: «se questo diritto non è quello della modernità europea in cui viviamo, allora il suo studio ha smesso di essere utile»; invero, sempre con il Monateri si può ben sostenere sia che «ciò che è massimamente inutile per un'epoca è ciò che riesce ancora a mostrare quali cose per un'epoca diversa avevano valore, e che quindi può ridarci un'esperienza più originaria e contribuire alla critica della civiltà», sia che «tanto più la modernità si stacca dal diritto romano, tanto più il suo studio diventa non solo utile ma necessario» (Monateri 2008, 213).

²⁰¹ Basti qui pensare già solo – sul piano dell'interpretazione non creativa – al divieto per il giudice civile di «invocare l'autorità degli scritti legali» (art. 265, reg. gen. giudiz. per l'esecuzione del codice di procedura civile, di quello di procedura penale e della legge sull'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. n. 2641 del 14 dicembre 1865), o al comando di «omettere ogni citazione di autori giuridici» (art. 118, terzo comma, disp. att. cod. proc. civ.).

²⁰² Cf. Talamanca 2007, 21.

²⁰³ Cf., sul modello schmittiano dell'esecutivo-legislativo, Agamben 1995, 19 ss.; Agamben 2003, 9 ss., 44 ss.; Garofalo 2006, 75 ss.

²⁰⁴ Cf., sulla sovrapposizione tra puro formalismo e nichilismo giuridico, Irti 2004, 26 s. (per un esame critico vd. Gallo 2007, 19 ss.). Per i concetti richiamati in corpo di testo mi permetto di rinviare a Pellosso 2012.

re di riaccendere i penetranti lumi di un' 'inattuale' βιλύχνις: la 'scienza' del *ius* e la 'coscienza' del νόμος²⁰⁵; e, invero, ove questa 'lanterna a due bracci' non fosse sufficiente a fronte del riemergere della *compactness* indifferenziata che oggi rende sempre più evanescente il confine tra fonti di decisione politica e fonti di produzione normativa, nonché sempre più lontano il produttore del diritto dal destinatario di quest'ultimo (configurandosi così un quadro che trascende *in toto* i paradigmi tradizionali), non avrebbe che da guardare alla *lux ex Oriente* di *ma'at*. Principio panico, quest'ultimo, che, predicando il 'giusto' come mezzo e non come fine ordinamentale, nonché inglobando in sé ogni forma di potere, scongiura gli esiti più abominevoli di un 'decidente' che venga considerato e si consideri 'dentro e fuori l'ordinamento'.

Università degli Studi di Verona
Dipartimento di Scienze Giuridiche

Carlo Pelloso

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Agamben 1995 = G. Agamben, *'Homo sacer'. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995.
- Agamben 2003 = G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003.
- Agamben 2008 = G. Agamben, *'Signatura rerum'. Sul metodo*, Torino 2008.
- Albanese 1978 = B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978.
- Albanese 1987 = B. Albanese, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987.
- Allam 1973 = S. Allam, *De la divinité dans le droit pharaonique*, BSFE 68, 1973, 17-30.
- Allam 2003 = S. Allam *Recht im pharaonischen Ägypten*, in U. Manthe (hrsg.), *Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich*, München 2003, 15-54.
- Allam 2007 = S. Allam, *'Law'*, in T. Wilkinson (ed.), *The Egyptian World*, London-New York 2007, 263-72.
- Amenta 2006 = A. Amenta, *Il faraone*, Roma 2006.
- Andrini 1990 = S. Andrini, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano 1990.
- Arangio-Ruiz 1954 = V. Arangio-Ruiz, *Le genti e la città*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli 1954, 109-58.
- Arnaoutoglou 1995 = I. Arnaoutoglou, *Aspects of Oral Law in Archaic Greece*, BICS 40, 1995, 59-74.
- Assmann 1970 = J. Assmann, *Der König als Sonnenpriester. Ein Kosmographischer Begleittext zur kulturellen Sonnenhymnik in thebanischen Tempeln und Gräben*, Glückstadt 1970.
- Assmann 1989 = J. Assmann, *Maât, l'Égypte pharaonique et l'idée de justice sociale*, Paris 1989.
- Assmann 2002 = J. Assmann, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto*, in *Israele e in Europa*, trad. it., Roma 2002.

²⁰⁵ Cf., analogamente, le belle parole di Garofalo 2006, 109: «al mondo antico dobbiamo ancora e anzi sempre più guardare, per non scivolare definitivamente in un contingente privo di pensiero e di logica, consegnato a sparse volontà imperscrutabili e persino più volubili di quelle degli dèi greci, capaci solo di produrre, con ritmo incalzante, regole e regole, al di fuori di qualsiasi controllo razionale; per non rimanere invincibilmente intrappolati in quel nichilismo giuridico di cui oggi molto si parla, nel tentativo, forse vano, di esorcizzarlo».

- Assmann 2006 = J. Assmann *Ma'at, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten*, München 2006
- Austin 1885 = J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, I, London 1885.
- Bachofen 1951 = J.J. Bachofen, *Die Sage von Tanaquil mit den zugehörigen Beilagen und verwandten Stücken*, in *Gesammelte Werke*, VI, hrsg. von E. Kienzle, Basel 1951.
- Bachofen 1988 = J.J. Bachofen, *Il matriarcato. Ricerca sulle ginecocratie del mondo antico nei suoi aspetti giuridici e religiosi*, I, trad. it., Torino 1988.
- Barassi 1963 = L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1963.
- Barcellona 2000 = M. Barcellona, *Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno*, Europa e diritto privato 2000, 401-500.
- Barta 2010 = H. Barta, *'Graeca non leguntur'? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland*, I, Wiesbaden 2010.
- Battaglini 1911 = G. Battaglini, *Sul valore imperativo delle norme giuridiche*, Perugia 1911.
- Battaglini 2006 = S. Battaglini, *L'iscrizione del «Niger lapis» in una nuova proposta di lettura*, Roma 2006.
- Beduschi 1935 = G. Beduschi, *Osservazioni sulle nozioni originali di 'fas' ed 'ius'*, RISG 10, 1935, 209-70.
- Behrend 1994 = D. Behrend, *Diskussionsbeitrag*, Symposion 1993, Köln-Weimar-Wien 1994, 105-7.
- Behrends 1970 = O. Behrends, *'Ius' und 'ius civile'. Untersuchungen zur Herkunft des 'ius'-Begriffs im römischen Zivilrecht*, in *Symptica F. Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen 1970, 11-58.
- Behrent 2000 = M. Behrent, *Anthropology and the Classics: War, Violence, and the Stateless Polis*, CQ 50, 2000, 257-89.
- Benveniste 2001 = E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino 2001.
- Bernal 1987 = M. Bernal, *Black Athena. The Afro-asiatic Roots of Classical Civilization*, New Brunswick 1987.
- Berni 2005 = S. Berni, *Nietzsche e Foucault. Corporeità e potere in una critica radicale della modernità*, Milano 2005.
- Bertolissi – Meneghelli 1996 = M. Bertolissi – R. Meneghelli, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Torino 1996².
- Betti 1952 = E. Betti, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1952, 80-125.
- Betti 1953a = E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico- sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953.
- Betti 1953b = E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953.
- Betti 1955 = E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955².
- Betti 1991 = E. Betti, *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a c. di G. Crifò, Milano 1991.
- Bianca 1979 = C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a c. di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma 1979.
- Bianca 1993 = C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano 1993.
- Biondi 1953 = B. Biondi, *Scienza giuridica e linguaggio romano*, Jus 4, 1953, 15-41.

- Biondi 1965 = B. Biondi, *'Lex' e 'ius'*, RIDA 12, 1965, 169-202.
- Birgalias 2005 = N. Birgalias, *Le νόμος chez Hérodote et Thucydide*, in P. Sineux (éd.), *Le législateur et la loi dans l'Antiquité. Hommage à F. Ruzé*, Caen 2005, 63-76.
- Biscardi 1982 = A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982.
- Biscardi 1999 = A. Biscardi, *'Polis', 'Politeia', 'politeuma'*, in *Scritti di diritto greco*, Milano 1999, 221-38.
- Blatzer 1964 = K. Blatzer, *Das Bundesformular*, Neukirchen 1964.
- Bleeker 1929 = C.J. Bleeker, *De Beteekenis van de Egyptische Godin Ma-a-t*, Leiden 1929.
- Bleeker 1964 = C.J. Bleeker, *The Pattern of the Ancient Egyptian Culture*, Numen 11, 1964, 75-82.
- Blok – Lardinois 2006 = J.H. Blok – A.P.M.H. Lardinois (eds.), *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, Leiden-Boston 2006.
- Blumenthal 1938 = A. von Blumenthal, *Zum römischen Religion der archaischen Zeit*, in RhM 87, 1938, 267-77.
- Bobbio 1960 = N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, RIFD 37, 1960, 71-81.
- Bonfante 1916a = P. Bonfante, *La 'gens' e la 'familia'*, in *Scritti giuridici vari*, I, Roma 1916, 1-16.
- Bonfante 1916b = P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *Scritti giuridici vari*, I, Roma 1916, 18-64.
- Bonfante 1979 = P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Milano 1979.
- Breccia 1991 = U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica – P. Zatti, Milano 1991.
- Bretone 1982 = M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Bari 1982.
- Bretone 1989 = M. Bretone, *Fra storia sociale e storia giuridica*, in *Rechtshistorisches Journal* 8, 1989, 35-51.
- Bretone 1994 = M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1994.
- Bretone 2003 = M. Bretone, *L'anatra giuridica. Meditazioni sul diritto romano tra Savigny e Schmitt*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 33, 2003, 127-49.
- Bretone 2004 = M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2004¹⁰.
- Bretone 2008 = M. Bretone, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, *Atti Accademia Nazionale dei Lincei, Memorie*, Roma 2008, 759-848.
- Brinz 1874 = A. Brinz, *Der Begriff 'Obligatio'*, *Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht der Gegenwart* 1, 1874, 11-40.
- Broggini 1959 = G. Broggini, *'Ius lexque esto'*, in *'Ius et lex'. Festgabe Gutzwiller*, Basel 1959, 23-44.
- Brook Manville 1990 = P. Brook Manville, *Il cittadino e la 'polis'. Le origini della cittadinanza nell'Atene classica*, trad. it., Genova 1990.
- Brunner 1958 = H. Brunner, *Gerechtigkeit als Fundament des Thrones*, VT 8, 1958, 426-8.
- Burchfiel 1994 = K.J. Burchfiel, *The Myth of 'Prelaw'*, *Symposion* 1993, Köln-Weimar-Wien 1994, 79-104.
- Burkert 1999 = W. Burkert, *Da Omero ai Magi. La tradizione orientale nella cultura greca*, trad. it., Venezia 1999.
- Calore 2000 = A. Calore, *'Per Iovem Lapidem'. Alle origini del giuramento. Sulla esperienza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000.

- Camassa 2011 = G. Camassa, *Scrittura e mutamento delle leggi nel mondo antico*, Roma 2011.
- Canaris 1983 = C.-W. Canaris, *Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München 1983, 27-110.
- Canfora 1979 = L. Canfora, *Intellettuali in Germania fra reazione e rivoluzione*, Bari 1979.
- Canfora 2004 = L. Canfora, *La democrazia. Storia di una ideologia*, Roma-Bari 2004.
- Cannata 1999 = C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Obbligazioni e contratti*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX.1, Torino 1999.
- Cantarella 1979 = E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano 1979.
- Cantarella 1984 = E. Cantarella, *A proposito di diritto e prediritto*, *Studi Storici* 1, 1984, 75-82.
- Cantarella 1987 = E. Cantarella, *Tra diritto e prediritto*, *DHA* 13, 1987, 149-60.
- Cantarella 1994 = E. Cantarella, *Diritto greco*, Milano 1994.
- Cantarella 2001 = E. Cantarella, *Modelli giurisdizionali omerici: il giudice unico, la giustizia dei vecchi*, *Symposion* 1997, Köln 2001, 3-19.
- Cantarella 2002a = E. Cantarella, *Dispute Settlement in Homer. Once again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges P. Dimakis*, Athens 2002 147-65.
- Cantarella 2002b = E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano 2002.
- Cantarella 2004 = E. Cantarella, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, 101-17.
- Cantillo 1992 = M. Cantillo, *Le obbligazioni*, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino 1992.
- Capogrossi Colognesi 1984 = L. Capogrossi Colognesi, *Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello Stato*, *Quaderni Fiorentini* 13, 1984, 451-69.
- Capogrossi Colognesi 1994 = L. Capogrossi Colognesi, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1994.
- Capogrossi Colognesi 2006 = L. Capogrossi Colognesi, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI sec.*, a c. di E. Stolfi, Torino 2006, 77-111.
- Capogrossi Colognesi 2008 = L. Capogrossi Colognesi *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008.
- Capogrossi Colognesi 2009 = L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009.
- Cappellini 2003 = P. Cappellini, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto romano. Un profilo storico*, a c. di A. Schiavone, Torino 2003, 453-74.
- Cardilli 2006 = R. Cardilli, *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, 1-21.
- Carey 1996 = C. Carey, *Νόμος in Attic Rhetoric and Oratory*, *JHS* 116, 1996, 33-6.
- Carnelutti 1947 = F. Carnelutti, *Di là del diritto*, *RISG* 84, 1947, 108-16.
- Carnelutti 1949 = F. Carnelutti, *Ius iungit*, *Rivista di diritto processuale*, 1949, 57-63.
- Carrè de Malberg 1920 = R. Carrè de Malberg, *Contribution de la théorie générale de l'état*, Paris 1920.
- Cartledge 1996 = P. Cartledge, *La politica*, in *I Greci. Storia Cultura Arte Società*, I, Torino 1996, 39-72.

- Cartledge 1998 = P. Cartledge, *Defining a 'kosmos'*, in P. Cartledge – P. Millett – S. von Reden (eds.), *'Kosmos'. Essays in Order, Conflict and Community in Classical Athens*, Cambridge 1998, 1-19.
- Castronovo 2006 = C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006.
- Castronovo 2009 = C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, Europa e diritto privato 2009, 679-718.
- Castronovo 2011 = C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e diritto privato 2011, 55-76.
- Catalano 1965 = P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino 1965.
- Catalano 1974 = P. Catalano, *'Populus Romanus Quirites'*, Torino 1974².
- Catalano 2001 = P. Catalano, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. I.1.12*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, 95-117.
- Catania 2010 = C. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari 2010.
- Cerri 1969 = G. Cerri, *Isos dasmos come equivalente di isonomia*, QUCC 7, 1969, 97-104.
- Chantraine 1977 = P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris 1977.
- Christ 1999 = M.R. Christ, *The Litigious Athenian*, London 1999.
- Clark 1907 = E.C. Clark, *'Ius' and 'lex'*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier 1907.
- Coarelli 1977 = F. Coarelli, *Il Comizio dalle origini alla fine della Repubblica: cronologia e topografia*, PP 32.2, 166-238.
- Cohen 1989 = D. Cohen, *Greek Law: Problems and Methods*, ZSS 106, 1989, 81-105.
- Cohen 1995 = D. Cohen, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge 1995.
- Coing 1958 = H. Coing, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit en Allemagne*, in *Méthode sociologique et droit. Rapports présentés au colloque de Strasbourg*, Paris 1958, 109-20.
- Coli 1951 = U. Coli, *'Regnum'*, SDHI 17, 1951, 1-168.
- Colorio 2007 = A. Colorio, *Cervello, diritto ed evolucionismo tra preistoria e storia*, in A. Danielli – V. Schiaffonati (a c. di), *Le forme della mente. Percorsi multidisciplinari tra modularismo e connessionismo*, Bologna 2007, 143-210.
- Colorio 2010 = A. Colorio *Diritto e cervello: verso le nuove frontiere del neuro diritto*, I-lex 2010, 371-415.
- Consolo 2007 = C. Consolo, *Spiegazioni di diritto civile, I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova 2007.
- Cornioley 1983 = P. Cornioley, *'Ius' et 'lex': leurs rapports*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano 1983, 31-57.
- Corsaro 2003 = L. Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano 2003.
- Costa, 2003 = V. Costa, *Osservazioni sul concetto di isonomia*, in *Da Omero alla Costituzione Europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Roma 2003, 33-56.
- Cunliffe 1924 = R.J. Cunliffe, *A Lexicon of the Homeric Dialect*, London-Glasgow-Bombay 1924.
- D'Agostino 1979 = F. D'Agostino, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano 1979.
- De Francisci 1926 = 1926 P. De Francisci, *Storia del diritto romano*, I, Milano 1926.
- De Francisci 1936 = P. De Francisci, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo 1936, 1-19.

- De Francisci 1947 = P. De Francisci, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano 1947, 192-232.
- De Francisci 1948 = P. De Francisci, 'Arcana imperii', III.1, Milano 1948.
- De Francisci 1959 = P. De Francisci, 'Primordia civitatis', Roma 1959.
- De Martino 1952 = F. De Martino, *La 'gens', lo stato e le classi in Roma antica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1952, 25-49.
- De Meo 2005 = C. De Meo, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna 2005.
- De Romilly 2005 = J. De Romilly, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it., Milano 2005.
- De Ruggiero 1872 = E. De Ruggiero, *La 'gens' a Roma avanti la formazione del Comune*, Napoli 1872.
- De Sanctis 1907 = G. De Sanctis, *Storia dei Romani*, II, Torino 1907.
- De Sanctis 1912 = G. De Sanctis, *Atthis. Storia della Repubblica ateniese dalle origini all'età di Pericle*, Firenze 1912.
- De Sanctis 2007 = D. De Sanctis, *Alla ricerca del 'prédroit' come discorso sul metodo. Louis Gernet, per una sociologia del diritto*, in L. Gernet, *Sulla nozione di giudizio in diritto greco*, Torino 2007.
- Derchain 1965 = P. Derchain, *Le Papyrus Salt 825 (MB 10051). Rituel pour la conservation de la vie en Egypte*, Bruxelles 1965.
- Detienne 1979 = M. Detienne, *Pratique culinaires et esprit de sacrifice*, in *La cuisine du sacrifice en pays grec*, Paris 1979, 1-35.
- Devoto 1934 = G. Devoto, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, I, Pavia 1934, 17-35.
- Devoto 1948 = G. Devoto, 'Jus', *di là della grammatica*, RISG 85, 1948, 414-8.
- Devoto 1962 = G. Devoto, *Origini indeuropee*, Firenze 1962.
- Di Donato 1990 = R. Di Donato, *Per un'antropologia storica del mondo antico*, Firenze 1990.
- Di Donato 2004 = R. Di Donato, *Prefazione* a L. Gernet, *Polyvalence des images. Testi e frammenti sulla leggenda greca*, a c. di A. Soldani, Pisa 2004.
- Di Marco 1999 = C. Di Marco, *Critica e cura di sé. L'etica di Michel Foucault*, Milano 1999.
- Dihle 1962 = E. Dihle, *Herodot und die Sophistik*, *Philologus* 106, 1962, 207-20.
- Donovan 2008 = J.M. Donovan, *Legal Anthropology. An Introduction*, Lanham 2008.
- Dumézil 1947-48 = G. Dumézil, *A propos du latin 'ius'*, *RHR* 135, 1947-48, 95-112.
- Dumézil 1958 = G. Dumézil, *Sur l'inscription du 'Lapis Niger'*, *REL* 36, 1958, 109-11.
- Dumézil 1964 = G. Dumézil, *Remarques sur la stèle archaïque du Forum*, in *Hommages à Jean Bayet*, Bruxelles 1964, 172-9.
- Dumézil 1970 = G. Dumézil, *A propos de l'inscription du 'Lapis Niger'*, *Latomus* 39, 1970, 1038-45.
- Dumézil 2001 = G. Dumézil, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 2001.
- Durand 1979 = J.-L. Durand, *Bêtes grecques. Propositions pour une topologie des corps à manger*, in *La cuisine du sacrifice en pays grec*, Paris 1979, 133-65.
- Eckart 1999 = O. Eckart, *Das Deuteronomium*, Berlin 1999.
- Ehrenberg 1940 = V. Ehrenberg, s.v. *Isonomia*, *RE* VII (1940), 293-301.
- Ehrenberg 1946 = V. Ehrenberg, *Aspects of the Ancient World*, Oxford 1946.

- Ehrlich 1902 = E. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, Berlin 1902.
- Enoch Powell 1938 = J. Enoch Powell, *A Lexicon to Herodotus*, Cambridge 1938.
- Erasmus 1960 = H.J. Erasmus, *Eunomia, Acta Classica* 3, 1960, 53-64.
- Ercolani 2006 = A. Ercolani, *Omero*, Roma 2006.
- Ernout – Meillett 1959 = A. Ernout – A. Meillett, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*, Paris 1959.
- Esposito 2004 = R. Esposito, *'Bíos'. Biopolitica e filosofia*, Torino 2004.
- Esposito 2007 = R. Esposito, *Editoriale*, in *Filosofia politica* 21.3, 2007, 361.
- Esser – Schmidt 1976 = J. Esser – E. Schmidt, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg-Karlsruhe 1976.
- Falcone 2003 = G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003.
- Favini 2004 = L. Favini, *Su CIL I*, Maia 56, 2004, 273-84.
- Finley 1998 = M.I. Finley, *Problemi e metodi di storia antica*, trad. it., Roma-Bari 1998.
- Fögen 2002 = T.M. Fögen, *Römische Rechtsgeschichten: über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Göttingen 2002.
- Foucault 1977 = M. Foucault, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in *Microfisica del potere*, trad. it., Torino 1977.
- Franchini 2008 = L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso [212-183 a.C.]*, Napoli 2008.
- Franciosi 1984 = G. Franciosi *Preesistenza della 'gens' e 'nomen gentilicium'*, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, I, Napoli 1984, 4-33.
- Franciosi 1997-98 = G. Franciosi, *La storia della famiglia da Vico a Engels*, *Annali dell'Istituto Suor Orsola Benincasa* 1997-98, 235-80.
- Franciosi 1999 = G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1999⁶.
- Frankfort 1991 = H. Frankfort, *La religione dell'antico Egitto*, trad. it., Torino 1991.
- Frei 1981 = P. Frei, *'Isonomia'. Politik im Spiegel griechischer Wortbildung*, MH 38, 1981, 205-19.
- Frezza 1947 = P. Frezza, *La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti*, in *Scritti Ferrini*, I, Milano 1947, 275-98.
- Friedman 1994 = D. Friedman, *Law as a Private Good*, *Economics and Philosophy* 10, 1994, 319-27.
- Fusai 2006 = S. Fusai, *Il processo omerico. Dall'istor omerico all'istorie erodotea*, Padova 2006.
- Fustel de Coulanges 1864 = N. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, Paris 1864.
- Gagarin 1973 = M. Gagarin *'Dike' in the Works and Days*, CPh 69, 1973, 81-94.
- Gagarin 1986 = M. Gagarin, *Early Greek Law*, Berkeley 1986.
- Gagarin 2002 = M. Gagarin, *Greek law and the Presocratics*, in V. Caston – D.W. Graham (eds.), *Presocratic Philosophy*, Burlington 2002, 19-24.
- Gagarin 2008 = M. Gagarin, *Writing Greek Law*, Cambridge 2008.
- Gallo 2007 = F. Gallo, *Una critica del nichilismo giuridico*, *Rivista di diritto civile*, 2007.1, 19-42.
- Gallo 2010 = F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010.
- Gardiner 1997 = A. Gardiner, *La civiltà egizia*, trad. it., Torino 1997³.

- Garofalo 2006 = L. Garofalo, *Studi sulla sacertà*, Padova 2006.
- Garofalo 2008 = L. Garofalo, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008.
- Garofalo 2009 = L. Garofalo, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli 2009.
- Gernet 1938 = L. Gernet, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, in AHDO-RIDA 2, 1938, 261-92.
- Gernet 1955 = L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955.
- Gernet 1968 = L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris 1968.
- Gernet 1984 = L. Gernet, *Antropologia della Grecia antica*, trad. it., Milano 1984.
- Gernet 2000 = L. Gernet, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, trad. it., Milano 2000.
- Gierke 1910 = O. Gierke, *Schuld und Haftung im älteren-deutschen Recht - insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte*, Breslau 1910.
- Gigante 1996 = M. Gigante, *Νόμος βασιλεύς. Con un'appendice*, Napoli 1996.
- Gilissen 1974 = J. Gilissen, *L'apport de l'histoire du droit égyptien à l'étude de l'évolution générale du droit et à la formation du juriste*, in A. Theodorides (éd.), *Le droit égyptien ancien*, Colloque organisé par l'Institut des Haut Études de Belgique, 18 et 19 mars 1974, Bruxelles 1974, 227-43.
- Gioffredi 1946-47 = C. Gioffredi, *'Ius-Lex-Praetor'*, SDHI 13-14, 1946-47, 7-140.
- Gioffredi 1955 = C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955.
- Giorgianni 1968 = M. Giorgianni, *L'obbligazione*, I, *La parte generale delle obbligazioni*, Milano 1968.
- Girardau 1984 = M. Girardau, *Les notions juridiques et sociales chez Hérodote: études sur le vocabulaire*, Paris 1984.
- Goedicke 1970 = H. Goedicke, *Die privaten Rechtsinschriften aus dem Alten Reich*, Wien 1970.
- Goidanich 1943 = P.G. Goidanich, *L'iscrizione arcaica del Foro Romano e il suo ambiente archeologico*, Memorie dell'Accademia d'Italia 8.3, 1943, 317-501.
- Gostoli 1993 = A. Gostoli, *Il νόμος citarodico nella cultura greca arcaica*, in R. Pretagostini (a c. di), *Tradizione e innovazione nella cultura greca da Omero all'età ellenistica*, Roma 1993, 167-78.
- Grossi 1995 = P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.
- Grossi 2006 = P. Grossi, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006.
- Grossi 2008 = P. Grossi, *Uno storico del diritto in cerca di sé stesso*, Bologna 2008.
- Grosso 1960 = G. Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino 1960⁴.
- Grosso 1974 = G. Grosso, *La concretezza della giurisprudenza romana*, Index 5, 1974, 15-25.
- Gschnitzer 1969 = F. Gschnitzer, *Stammes und Ortsgemeinden im alten Griechenland*, in *Zur griechischen Staatskunde*, Darmstadt 1969.
- Guarino 1989 = A. Guarino, *Giuliano e la consuetudine*, Labeo 35, 1989, 172-84.
- Guarino 1990 = A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990.
- Guarino 1995 = A. Guarino, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, 3-75.
- Guarino 2008 = A. Guarino, *La ricerca del diritto. Spunti di un giusromanista*, Napoli 2008.
- Guthrie 1971 = W.K.C. Guthrie, *The Sophists*, Cambridge, 1971.
- Hansen 1998 = M.H. Hansen, *'Polis' and City State: An Ancient Concept and Its Modern Equivalent*, Copenhagen 1998.

'Ius', νόμος, 'ma'at'

- Hansen 2002 = M.H. Hansen, *Was the 'Polis' a State or a State-less Society?*, in T. Heine Nielsen (ed.), *Even More Studies in the Ancient Greek Polis*, Stuttgart 2002, 17-47.
- Hansen 2006 = M.H. Hansen, *Polis: an introduction to the ancient city-state*, Oxford 2006.
- Hardt – Negri 2003 = M. Hardt – A. Negri, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano 2003.
- Harris 2000a = E.M. Harris, 'Philodikein dokoumen', CR 50, 2000, 499-501.
- Harris 2000b = E.M. Harris, *Open Texture in Athenian Law*, in Dike 3, 2000, 27-79.
- Harris 2005 = E.M. Harris, *Feuding or Rule of Law? The Nature of Litigation in Classical Athens: An Essay in Legal Sociology*, Symposium 2001, Köln-Wien 2005, 125-42.
- Harris 2007 = E.M. Harris, *The Rule of Law in Athenian Democracy. The Judicial Oath*, Etica e politica 9, 2007, 55-74.
- Harris 2009-10 = E.M. Harris, *What are the Laws of Athens About? Substance and Procedure in Athenian Statutes*, Dike 12-13, 2009-10, 5-68.
- Havelock 2003 = E.A. Havelock, 'Dike'. *La nascita della coscienza*², trad. it., Roma-Bari 2003.
- Hayek 2000 = F.A. von Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, trad. it., Milano 2000.
- Heine 1919 = E. Heine, *Pensieri e ghiribizzi*, trad. it., Lanciano 1919.
- Heinimann 1945 = F. Heinimann, 'Nomos' und 'Physis': *Herkunft und Bedeutung einer Antithese im Griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Basel 1945.
- Helck – Otto – Westendorf 1973 = W. Helck – E. Otto – W. Westendorf (hrsg.), *Lexicon der Ägyptologie*, I, Wiesbaden 1973.
- Helck – Otto – Westendorf 1990 = W. Helck – E. Otto – W. Westendorf (hrsg.), *Lexicon der Ägyptologie*, III, Wiesbaden 1990.
- Herman 2000 = G. Herman, *Athenian Beliefs about Revenge: Problems and Methods*, PCPhS 46, 2000, 7-27.
- Hermann 1967 = J. Hermann, *Νόμος bei Herodot und Thukydides*, in *Mélanges H. Peters*, Berlin 1967, 116-24.
- Hobbes 1742 = T. Hobbes, *Elementa philosophica de cive*, Amsterodami 1742.
- Höbenreich 1992 = E. Höbenreich, *A propos 'Antike Rechtsgeschichte': Einige Bemerkungen zur Polemik zwischen L. Mitteis und L. Wenger*, ZSS 109, 1992, 547-62.
- Hoebel 1974 = A. Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, trad. it., Bologna 1974.
- Hoffmann 1997 = K.F. Hoffmann, *Das Recht im Denken der Sophistic*, Stuttgart-Leipzig 1997.
- Hölkeskamp 2002 = K.A. Hölkeskamp, *Nomos, thesmos, und Verwandtes. Vergleichende Überlegungen zur Konzeptionalisierung geschriebenen Rechts im klassischen Griechenland*, in D. Cohen (ed.), *Demokratie und Soziale Kontrollen im Klassischen Athen*, München 2002, 115-46.
- Humphreys 1987 = S. Humphreys, *Law, custom, culture in Herodotus*, Arethusa 20, 1987, 211-20.
- Humphreys 1988 = S. Humphreys, *The Discourse of Law in Archaic Greece*, Law and History Review 7.2, 1988, 465-93.
- Hunter 1994 = V. Hunter, *Policing Athens: Social control in the Attic lawsuits*, Princeton 1994.
- Irti 2004 = N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004.
- Jacob 2004 = R. Jacob, 'Jus' ou la cuisine romaine de la norme, Droit et Cultures 48.2, 2004, 11-62.
- Jaeger 1947 = W. Jaeger, *Praise of Law*, in P. Saire (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York 1947, 352-75.

- Jasnow 2003 = R. Jasnow, *Old Kingdom and First Intermediate Period. Middle Kingdom and Second Intermediate Kingdom. New Kingdom*, in R. Westbrook (ed.), *A History of Ancient Eastern Law*, I, Leiden 2003, 93-140, 255-360.
- Jellinek 1921 = G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1921.
- Jesi 2005 = F. Jesi, *Bachofen*, Torino 2005.
- Jhering 1861 = R. von Jhering, 'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in *Jherings Jahrbücher*, IV, Jena 1861.
- Karenga 2004 = M. Karenga, *Maat. The Moral Ideal in Ancient Egypt. Study in Classical African Ethics*, New York-London 2004.
- Kaser 1955 = M. Kaser, *Recensione a C. Gioffredi, Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, *Labeo* 1, 1955, 313-20.
- Kaser 1971 = M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971².
- Kaser 1973 = M. Kaser, *Die Beziehung von 'lex' und 'ius' und die XII Tafeln*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano 1973, 523-46.
- Kaser 1975 = M. Kaser, *Storia del diritto romano*, trad. it., Milano 1975.
- Kaser 1986 = M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln 1986.
- Kelsen 1952 = H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano 1952.
- Kelsen 1966 = H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966.
- Klauser 1948 = T. Klauser, *Der Ursprung der bischöflichen Insignien und Ehrenrechte*, Krefeld 1948.
- Koschaker 1962 = P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it., Firenze 1962.
- Kunkel 1973 = W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana*, trad. it., Napoli 1973.
- Kyriakou 2002 = P. Kyriakou, *The Violence of Νόμος in Pindar fr. 169a*, *MD* 48, 2002, 195-206.
- La Torre 2008 = M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari 2008.
- Lanni 2006 = A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge 2006.
- Lanza 2000 = C. Lanza, *Diritto romano e diritto moderno. Processi di 'decontestualizzazione'*, Torino 2000.
- Larenz 1987 = K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München 1987¹⁴.
- Laroche 1949 = E. Laroche, *Histoire de la racine NEM- en grec ancien*, Paris 1949.
- Lasson 1882 = A. Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin 1882.
- Leprohon 1985 = R.J. Leprohon, *Royal Ideology and State Administration in Pharaonic Egypt*, in J. M. Sasson (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, I, New York 1985, 273-87.
- Lévy 2005 = E. Lévy, *Isonomia*, in *Democrazia e antidemocrazia nel mondo greco. Atti del Convegno Internazionale di studi (Chieti, 9-11 aprile 2003)*, Alessandria 2005, 119-37.
- Lévy-Bruhl 1960 = H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960.
- Lewis 2008 = J. Lewis, *Solon The Thinker. Political Thought in Archaic Athens*, London 2008.
- Lloyd 1979 = G.E.R. Lloyd, *Magic, Reason and Experience: Studies in the Origins and Development of Greek Science*, Cambridge 1979.
- Lobrano 1994 = G. Lobrano, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari 1994².

- Lobrano 1996 = G. Lobrano, *'Res publica res populi'. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996.
- Longo 2002 = O. Longo, *Il concetto di νόμος in Erodoto*, Rendiconti dell'Università di Padova 2002, 63-7.
- Lorton 1985 = D. Lorton, *Legal and Social Institutions of Pharaonic Egypt*, in J. M. Sasson (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, I, New York 1985, 345-63.
- Lorton 1986 = D. Lorton, *The King and the Law*, VA 2, 1986, 53-62.
- Lübbert 1859 = E. Lübbert, *'Commentationes pontificales'*, Berlin 1859.
- Lucchetti – Petrucci 2009 = G. Lucchetti – A. Petrucci, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al 'Draft Common Frame of References'*, Bologna 2009.
- Luzzatto 1948 = G.I. Luzzatto, *Le organizzazioni preciviche e lo stato*, Bologna 1948.
- Maffi 1976 = A. Maffi, *Νόμος e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica*, in *Seminario Romanistico Gardesano. 12-21 maggio 1976*, Milano 1976, 115-26.
- Maffi 1982 = A. Maffi, *'Ta hierà kai ta hosia'*. *Contributo allo studio della terminologia giuridico-sacrale greca*, Symposion 1977, Köln-Wien 1982, 33-54.
- Maffi 1992 = A. Maffi, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, in G. Cambiano – L. Canfora – D. Lanza (a c. di), *Lo spazio letterario della Grecia*, I.1, Roma 1992, 419-32.
- Maffi 2001 = A. Maffi, *Hans Julius Wolff e gli studi di diritto greco a trent'anni dal I Symposion*, Dike 4, 2001, 269-91.
- Maffi 2004 = A. Maffi, *Gli studi di diritto greco oggi*, in D. Leão – L. Rossetti – M. do Céu Zambujo Fialho (eds.), *'Nomos'. Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, Coimbra 2004, 33-49.
- Maffi 2007 = A. Maffi, *Gli studi di diritto greco*, *Etica e politica* 9, 2007, 11-24.
- Maggiolo 2003 = M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano 2003.
- Maine 1861 = H.S. Maine, *Ancient law*, London 1861.
- Malinowski 1972 = B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, trad. it., Roma 1972.
- Manna 2010 = L. Manna, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *La struttura e l'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo – M. Talamanca, I.3, Padova 2010, 3-164.
- Mannino 2005 = V. Mannino, *Considerazioni intorno a una presunta Pandettistica di ritorno*, *Europa e Diritto privato* 2005.1, 365-87.
- Mantovani 2007 = D. Mantovani, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e Metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli 2007, 51-84.
- Marquardt 1889 = J. Marquardt, *Manuel des antiquités romaines*, I, *Le culte chez les Romains*, Paris 1889.
- Marramao 2003 = G. Marramao, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino 2003.
- Marrone 2006 = M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006³.
- Martini 1997 = R. Martini, *Sulla definizione di 'lex' in D.1.3.1*, in *Nozione e formazione interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, II, Napoli 1997, 29-37.
- Martini 2001 = R. Martini, *Diritto greco e diritto romano: un'esperienza didattica e di ricerca; bilancio provvisorio*, *Seminarios Complutenses de derecho romano* 13, 2001, 175-84.
- Martini 2005 = R. Martini, *Diritti greci*, Bologna 2005.
- Mathieu 1997 = B. Mathieu, *L'huissier, le juge et le greffier. Une hypothèse sur la fonction du serdab dans les pyramides à textes*, *Méditerranées* 13, 1997, 11-27.

- Mazzarino 1947 = S. Mazzarino, *Fra Oriente e Occidente. Ricerche di storia greca arcaica*, Firenze 1947.
- Medicus 1988 = D. Medicus, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München 1988⁷.
- Meier 1988 = C. Meier, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, Bologna 1988.
- Mele 2004 = A. Mele, *Costituzioni arcaiche ed 'eunomia'*, in S. Cataldi (a c. di), *'Poleis' e 'politeiai'. Esperienze politiche, tradizioni letterarie, progetti costituzionali*, Alessandria, 2004, 55-69.
- Mengoni 1954 = L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, Rivista di diritto commerciale 1954.1, 185-209, 280-320, 366-96.
- Menu 2004 = B. Menu, *Égypte pharaonique. Nouvelles recherches sur l'histoire juridique, économique et sociale de l'ancienne Égypte*, Paris 2004.
- Menu 2005 = B. Menu, *Maât. L'ordre juste du monde*, Paris 2005.
- Meruzzi 2002 = G. Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova 2002.
- Meyer 1884 = E. Meyer, *Geschichte des Alterthums*, Stuttgart 1884.
- Meyer-Lübke 1935 = W. Meyer-Lübke, *Romanisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1935.
- Migliorini 2009 = M. Migliorini, *Sui diritti greci*, Index 37, 2009, 355-95.
- Mirhady 2007 = D.C. Mirhady, *The Dikasts' Oath and the Question of Fact*, in A. Sommerstein – J. Fletcher (eds.), *'Horkos': The Oath in Greek Society*, Bristol 2007, 48-59, 228-33.
- Mitteis 1908 = L. Mitteis, *Römisches Privatrecht, I*, Leipzig 1908.
- Mitteis 1917 = L. Mitteis, *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Studium*, Mitteilungen des Wiener Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums 18, 1917, 56-78.
- Mitteis 1929 = L. Mitteis, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, AUPA 12, 1929, 477-637.
- Momigliano 1966 = A. Momigliano, *Le conseguenze del rinnovamento della storia del diritto antichi*, in *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma 1966, 285-302.
- Mommsen 1858 = T. Mommsen, *Die römische Chronologie*, Berlin 1858.
- Monateri 2005 = P.G. Monateri, *Gaio nero*, in Id. – T. Giaro – A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma 2005, 19-76.
- Monateri 2008 = P.G. Monateri, *Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, Ostraka 17, 2008, 213-20.
- Monteleone 2000 = G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, Milano 2000.
- Morandi 2001 = A. Morandi, *Testimonianze epigrafiche della più antica Roma*, Stud. Rom. 49, 2001, 3-26.
- Morenz 1962 = S. Morenz, *La religion égyptienne*, trad. fr., Paris 1962.
- Moret 1922 = A. Moret, *Mystères égyptiens*, Paris 1922.
- Moret 1931 = A. Moret, *La légende d'Osiris à l'époque thébaine d'après l'hymne à Osiris du Louvre*, BI-FAO 30, 1931, 725-50.
- Moret 1937 = A. Moret, *Le Nil et la Civilisation égyptienne*, Paris 1937.
- Mrisch 1968 = T. Mrisch, *Untersuchungen zur Hausurkunde des Alten Reiches*, Berlin 1968.
- Musti 1989 = D. Musti, *Storia greca*, Roma-Bari 1989.
- Musti 1999 = D. Musti, *L'economia in Grecia*, Bari 1999.
- Myres 1947 = L. Myres, *Eunomia*, CR 61, 1947, 80-2.

- Nagy 1979 = G. Nagy, *The Best of the Achaeans*, Baltimore-London 1979.
- Nardoza 2007 = M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana del primo Novecento*, Torino 2007.
- Narducci 1985 = E. Narducci, *L'archeologia del desiderio. Michel Foucault e la sessualità degli antichi*, in QS 1985, 186-214.
- Natoli 1984 = U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano 1984.
- Nestle 1975 = W. Nestle, *Vom Mythos Zum Logos: Die Selbstentfaltung Des Griechischen Denkens Von Homer Bis Auf Die Sophistik Und Sokrates*, Stuttgart 1975².
- Nicolò 1945 = R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, in *Della tutela dei diritti (Artt. 2740-2899)*, in *Commentario del codice civile* a c. di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma 1945.
- Nietzsche 1879 = F.W. Nietzsche, *Menschliches allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister. Anhang - Vermischte Meinungen und Sprüche*, Chemnitz 1879.
- Noailles 1948 = P. Noailles, *'Fas' et 'Ius'. Études de droit romain*, Paris 1948.
- Noailles 1949 = P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949.
- Nörr 1974 = D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974.
- Ober 1989 = J. Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens*, Princeton 1989.
- Orestano 1934 = R. Orestano, *Dal 'ius' al 'fas'. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, BIDR 46, 1939, 194-273.
- Orestano 1967 = R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1967.
- Orestano 1968 = R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968.
- Orestano 1983 = R. Orestano, *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e 'paleoromanistica'*, in *Alle origini della sociologia del diritto*, Milano 1983, 15-25.
- Orestano 1987 = R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- Osborne 1985 = R. Osborne, *The Discovery of Classical Attika*, Cambridge 1985.
- Ostwald 1969 = M. Ostwald, *Νόμος and the beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford 1969.
- Overbeck 1996 = F. Overbeck, *Kirchenlexicon Materialien. Christentum und Kultur*, in *Werke und Nachlass*, VI.1, Stuttgart-Weimar 1996.
- Palmer 1969 = R.E.A. Palmer, *The King and the 'Comitium'. A Study of Rome's Oldest Public Document*, Wiesbaden 1969.
- Pandolfi 2000 = A. Pandolfi, *Tre studi su Foucault*, Napoli 2000.
- Paoli 1933 = U.E. Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova 1933.
- Papakonstantinou 2008 = Z. Papakonstantinou, *Lawmaking and Adjudication in Archaic Greece*, London 2008.
- Parant 1974 = R. Parant, *Recherches sur le droit pénal égyptien. Intention coupable et responsabilité pénale dans l'Égypte du IIe millénaire*, in A. Theodorides (éd.), *Le droit égyptien ancien. Colloque organisé par l'Institut des Haut Études de Belgique, 18 et 19 mars 1974*, Bruxelles 1974, 25-55.
- Pastori 1951 = F. Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano-Varese 1951.
- Pastori 1985 = F. Pastori, *Concetto e struttura dell'obbligazione nel diritto romano*, Milano 1985.
- Payne 2006 = M. Payne, *On Being Vatic: Pindar, Pragmatism, and Historicism*, AJPh 127, 2006, 159-84.

- Pelloso 2008a = C. Pelloso, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008.
- Pelloso 2008b = C. Pelloso, *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'?*, TSDP 1, 2008, 1-110.
- Pelloso 2011a = C. Pelloso, *Diorthotic Justice and Positive Law. Some Remarks on 'Klopé' and 'Synallagma'*, Rivista di Diritto Ellenico I, 2011, 195-242.
- Pelloso 2011b = C. Pelloso, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova 2011, 127-332.
- Pelloso 2012 = C. Pelloso, *'Themis' e 'dike' in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Milano-Alessandria 2012.
- Peppe 2007 = L. Peppe, *Note minime di metodo intorno alla nozione di 'homo sacer'*, SDHI 73, 2007, 429-43.
- Philip-Stéphan 2008 = A. Philip-Stéphan, *Dire le droit en Égypte pharaonique. Contribution à l'étude des structures et mécanismes juridiques jusqu'au Nouvel Empire*, Bruxelles, 2008.
- Piccaluga 2004 = G. Piccaluga, *'Ius': la prospettiva giuridico-alimentare dell'ordine delle cose*, 'Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones 12, 2004, 89-98.
- Piccinini 2003 = M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di 'Ancient Law' di H.S. Maine*, Milano 2003.
- Pirenne 1934 = J. Pirenne, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l'Ancienne Égypte*, II, Bruxelles 1934.
- Pohlenz 1937 = M. Pohlenz, *Herodot, der erste Geschichtschreiber des Abendlandes*, Leipzig-Berlin 1937.
- Porretta 2005 = A. Porretta, *La polemica sul 'lapis niger'*, Acme 58, 2005, 79-106.
- Pospisil 1971 = L. Pospisil, *Anthropology of Law. A comparative Theory*, New York 1971.
- Prescendi 2007 = F. Prescendi, *Dècrire et comprendre le sacrifice*, Stuttgart 2007.
- Procchi 2005 = F. Procchi, *Della 'culpa in contrahendo'. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli 2005.
- Pugliese 1956 = G. Pugliese, *Recensione a C. Gioffredi, Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, Iura 7, 1956, 193-202.
- Pugliese 1985a = G. Pugliese, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, 159-204.
- Pugliese 1985b = G. Pugliese, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, 417-.
- Randazzo 2000 = S. Randazzo, *Le radici di un'incomprensione: Emile Durkheim e gli storici del diritto romano*, Index 28, 2000, 53-67.
- Raubitschek 1975 = A.E. Raubitschek, *Νόμος and ἥθος*, Classica et Iberica 7, 1975, 429.
- Rella 1977 = F. Rella, *Un'economia politica del corpo*, in M. Cacciari – F. Rella – M. Tafuri – G. Teysot, *Il dispositivo Foucault*, Venezia 1977, 47-56.
- Rescigno 1979 = P. Rescigno, s.v. *Obbligazioni (dir. priv.)*, Enciclopedia del diritto 29, Milano 1979, 133-211.
- Rescigno 1992 = P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1992¹⁰.
- Revillout 1886 = E. Revillout, *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité. Leçons professées à l'École du Louvre*, Paris 1886.

- Rhodes 1984 = P.J. Rhodes, *Aristotle. The Athenian Constitution*, Harmondsworth 1984.
- Riccobono 1949 = S. Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano 1949.
- Robleda 1974 = O. Robleda, *La costante evoluzione del sistema giuridico romano*, in *Ortodossia e revisionismo*, Roma 1974, 9-57.
- Romano 1945 = S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945².
- Rovatti 2008 = P.A. Rovatti, *Il soggetto che non c'è*, in *Foucault, oggi*, a c. di M. Galzigna, Milano 2008, 216-25.
- Rubinstein 2000 = L. Rubinstein, *Litigation and Cooperation: Supporting Speakers in the Courts of Classical Athens*, Stuttgart 2000.
- Rufino 2002 = A. Rufino, *Diritto e Storia. J.J. Bachofen e la cultura giuridica romantica*, Napoli 2002.
- Rüpke 2005 = J. Rüpke, *Gäste der Götter - Götter als Gäste: zur Konstruktion des römischen Opferbanketts*, in *La cuisine et l'autel: les sacrifices en questions dans les sociétés de la Méditerranée ancienne*, Turnhout 2005, 227-39.
- Rüpke 2007 = J. Rüpke, *Religion of the Romans*, eng. trad., Cambridge, 2007.
- Ruschi 2010 = F. Ruschi, *Il realismo magico: una ricognizione*, in *'Iuris quidditas'. 'Liber amicorum' per B. Santalucia*, Napoli 2010, 258-90.
- Sacco 2005 = R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, Rivista di diritto civile 1, 2005, 417-41.
- Sacco 2007 = R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macro-storia del diritto*, Bologna 2007.
- Saccoccio 2011 = A. Saccoccio, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova 2011, 713-78.
- Salvi 2005 = C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano 2005.
- Santoro 1967 = R. Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano* (AUPA 30), Palermo 1967.
- Santoro 2008 = E. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of Law*, Torino 2008.
- Santoro 2009 = R. Santoro, *Per la storia dell' 'obligatio'. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, Iuris Antiqui Historia 1, 2009, 61-124.
- Santucci 2007 = G. Santucci, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, Europa e diritto privato 2007, 1057-93.
- Sarraf 1984 = J. Sarraf, *La Notion du Droit d'après les Anciens Égyptiens*, Città del Vaticano 1984.
- Savigny 1840a = F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840.
- Savigny 1840b = F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1840³.
- Savigny 1951 = F.C. von Savigny, *Juristische Methodenlehre (nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm)*, hrsg. von G. Wesenberg, Stuttgart 1951.
- Scarano Ussani 2008a = V. Scarano Ussani, *Quale diritto romano? Una disciplina in crisi di identità. Tavola rotonda, Ferrara 27 ottobre 2006. Introduzione*, Ostraka 17, 2008, 187-92.
- Scarano Ussani 2008b = V. Scarano Ussani, *La scienza di Gaio*, Ostraka 17, 2008, 221-3.
- Scheid 1988 = J. Scheid, *La spartizione sacrificale a Roma*, in G. Grottanelli – N.F. Parise (a c. di), *Sacrificio e società nel mondo antico*, Roma-Bari 1988, 267-92.

- Scheid 2005 = J. Scheid, *Manger avec les dieux. Partage sacrificiel et commensalité dans la Rome antique, La cuisine et l'autel: les sacrifices en questions dans les sociétés de la Méditerranée ancienne*, Turnhout 2005, 273-87.
- Scheid 2007 = J. Scheid, *Sacrifices for Gods and Ancestors*, in J. Rüpke (ed.), *A Companion to Roman Religion*, Oxford 2007, 263-72.
- Schiavone 1990 = A. Schiavone, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990.
- Schiavone 2002 = A. Schiavone, s.v. *Diritto romano*, Enciclopedia del diritto 6, Agg., Milano 2002, 1157-60.
- Schiavone 2002 = A. Schiavone, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005.
- Schlögl 2003 = H.A. Schlögl, *Das Alte Ägypten*, München 2003.
- Schmitt 1996 = C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, trad. it., Roma 1996.
- Schmitt 2003a = C. Schmitt, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, trad. it., Bologna 2003.
- Schmitt 2003b = C. Schmitt, *Il 'Nomos' della Terra*, trad. it., Milano 2003.
- Schmitt 2009 = C. Schmitt, *Νόμος - Nahme - Name*, tradotto in appendice a C. Restà, *Stato mondiale o νόμος della Terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Reggio Emilia 2009.
- Schulz 1949 = F. Schulz, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze 1949.
- Schwarz 1951 = A.B. Schwarz, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, 201-25.
- Seidl 1951 = E. Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches*, Gluckstadt 1951.
- Semerano 2004 = G. Semerano, *L'infinito: un equivoco millenario*, Milano 2004.
- Serrao 1997 = F. Serrao, *'Ius' e 'lex' nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, II, Napoli 1997, 279-317.
- Shipp 1978 = G.P. Shipp, *Νόμος, Law*, Sydney 1978.
- Shirun-Grumach 1985 = I. Shirun-Grumach, *Remarks on the Goddess Ma'at*, in S.I. Groll (ed.), *Egypt, the Bible and Christianity*, Jerusalem 1985, 173-201.
- Sini 1997 = F. Sini, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, Arch. Stor. Giur. Sardo di Sassari 4, 1997, 25-58.
- Sini 2001 = F. Sini, *'Sua cuique civitati religio'. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001.
- Staub 1904 = H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin 1904.
- Stein 1841 = L. von Stein, *Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft*, Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst 1841, 365-99.
- Stein 1966 = P. Stein, *'Regulae iuris'*, Edinburgh 1966.
- Stier 1928 = H. Stier, *Nomos Basileus*, Philologus 83, 1928, 225-58.
- Stolfi – Stolfi 1949 = N. Stolfi – F. Stolfi, *Il nuovo codice civile commentato*, IV.1, Napoli 1949.
- Stolfi 2004 = E. Stolfi, *'Lex est ... virorum prudentium consultum': osservazioni su (Pap. 1 def.) D. 1.3.1, SDHI 70*, 2004, 441-79.
- Stolfi 2006a = E. Stolfi, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.

- Stolfi 2006b = E. Stolfi, *Riflessione attorno ai diritti soggettivi fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, Studi Senesi 118, 2006, 120-77.
- Stolfi 2010 = E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010.
- Stoll 1932 = H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, AcP 136, 1932, 257-320.
- Swoboda 1907 = H. Swoboda, *Griechische Geschichte*, Leipzig 1907.
- Taddei 1998 = A. Taddei, *Diritto e prediritto in casa del trierarca (Dem. XLVII.68-73)*, SCO 46, 1998, 833-44.
- Taddei 1999 = A. Taddei, *Louis Gernet, 'Eranos'. Presentazione, traduzione e commento*, Dike 2, 1999, 1-55.
- Taddei 2000 = A. Taddei, *Introduzione*, in L. Gernet, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, trad. it., Milano 2000, XV-XLII.
- Taddei 2009 = A. Taddei, *Il prediritto come funzione psicologica*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, 689-711.
- Talamanca 1979 = M. Talamanca, *Δικάζειν e κρίνειν nelle testimonianze greche più antiche*, Symposion 1974, Köln 1979, 103-33.
- Talamanca 1981 = M. Talamanca, *Il diritto in Grecia*, in M. Bretone – M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari 1981, 3-89.
- Talamanca 1987 = M. Talamanca, s.v. *Processo civile (dir. rom.)*, Enciclopedia del diritto 36, Milano 1987, 1-79.
- Talamanca 1989 = *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano 1989.
- Talamanca 1990 = M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- Talamanca 1991-92 = M. Talamanca, *La polemica e l'ignoratio elenchi*, BIDR 33-34, 1991-92, 484-538.
- Talamanca 1994 = M. Talamanca, *Gli studi di diritto greco dall'inizio dell'Ottocento ai giorni nostri*, in *'Scintillae iuris'. Scritti in onore di G. Gorla*, I, Milano 1994, 889-949.
- Talamanca 1995a = M. Talamanca, *Il 'Corpus iuris' giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Padova 1995, 771-807.
- Talamanca 1995b = M. Talamanca, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, Index 23, 1995, 159-80.
- Talamanca 1999 = M. Talamanca, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. Piro (éd.), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Soveria Mannelli 1999, 105-211.
- Talamanca 2006 = M. Talamanca, *Considerazioni conclusive. Symposion dedicato a M. Amelotti per i suoi ottanta anni*, MEP 9, 2006, 37-42.
- Talamanca 2007 = M. Talamanca, *La storia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I, Milano 2007, 19-56.
- Talamanca 2008 = M. Talamanca, *Ἔθη e νόμος ἄγραφος nel 'Corpus oratorum Atticorum'*, in *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, a c. di L. Bove, Napoli 2008, 3-104.
- Taubes 1983 = J. Taubes (hrsg.), *Der Fürst dieser Welt, Carl Schmitt und die Folgen*, München 1983.
- Teeter 1997 = E. Teeter, *The Presentation of Maat: Ritual and Legitimacy in Ancient Egypt*, Chicago 1997.
- Theodorides 1967 = A. Theodorides, *A propos de la loi dans l'Égypte pharaonique*, RIDA 14, 1967, 107-52.

- Theodorides 1971a = A. Theodorides *Les contrats d'Hapidjefa*, RIDA 18, 1971, 109-251.
- Theodorides 1971b = A. Theodorides, *The Concept of Law in Ancient Egypt*, in J.R. Harris (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford 1971, 291-313.
- Theodorides 1973 = A. Theodorides, *Les Égyptiens anciens, «citoyens», ou «sujets de Pharaon»?* , RIDA 20, 1973, 51-112.
- Theodorides 1974 = A. Theodorides, *Le problème du droit égyptien ancien*, in A. Theodorides (éd.), *Le droit égyptien ancien. Colloque organisé par l'Institut des Haut Études de Belgique, 18 et 19 mars 1974*, Bruxelles 1974, 3-24.
- Theodorides 1977 = A. Theodorides, *L'Orient et spécialement l'Égypte dans la pensée de Julien l'Apostat*, Atti Accademia costantiniana 3, 1977, 383-409.
- Theodorides 1988 = A. Theodorides, *La formation du droit dans l'Égypte pharaonique*, in G. Pugliese (ed.), in *La formazione del diritto nel Vicino Oriente Antico (Seminario svoltosi presso la Scuola di Perfezionamento in Diritto Romano e Diritti dell'Oriente Mediterraneo, Roma)*, Napoli 1988, 13-34.
- Thomas 1992 = R. Thomas, *Literacy and Orality in Ancient Greece*, Cambridge 1992.
- Thomas 1996 = R. Thomas, *Written in stone? Liberty, equality, orality, and the codification of law*, in L. Foxhall – A.D.E. Lewis (eds.), *Greek Law in its Political Setting: Justification not Justice*, Oxford 1996, 9-32.
- Thomas 2002 = R. Thomas, *Herodotus in Context*, Cambridge 2002.
- Thür 1970 = G. Thür, *Zum δικάζειν bei Homer*, ZSS 87, 1970, 426-444.
- Thür 1996 = G. Thür *Oaths and dispute Settlements in Ancient Greek Law*, in L. Foxhall – A.D.E. Lewis (eds.), *Greek Law in its Political Setting: Justification not Justice*, Oxford 1996, 57-72.
- Tobin 1987 = V.A. Tobin, *'Ma'at' and 'Dike': Some Comparative Considerations of Egyptian and Greek Thought*, in JARCE 24, 1987, 113-21.
- Todd – Millett 1990 = S. Todd – P. Millett, *Law, Society and Athens*, in P. Cartledge – P. Millett – S. Todd (eds.), *'Nomos'. Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge 1990, 1-18.
- Todd 1992 = S. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1992.
- Tondo 1970 = S. Tondo, *'Vindicatio' primitiva e grammatica*, Labeo 16, 1970, 77-93.
- Torrente – Schlesinger 1999 = A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano 1999¹⁶.
- Traina 1991 = A. Traina, *Sul problema dell'astratto nel teatro latino arcaico*, Riv. filol. class. 119, 1991, 118-25.
- Triantaphyllopoulos 1986 = J. Triantaphyllopoulos, *La Tradition dans les droits antiques*, in *Festschrift Kränzlein*, Graz 1986, 137-41.
- Vacca 2006a = L. Vacca, *Amelotti pandettista e la 'praescriptio'*, MEP 9, 2006, 29-36.
- Vacca 2006b = L. Vacca, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006.
- van Effenterre 1989 = H. van Effenterre, *Droit et prédroit en Grèce depuis le déchiffrement du linéaire B*, Symposium 1985, Köln-Wien 1989, 3-6.
- Vernant 1979 = J.-P. Vernant, *A la table des hommes. Mythe de fondation du sacrifice chez Hésiode*, in *La cuisine du sacrifice en pays grec*, Paris 1979, 37-132.
- Vernant 1981 = J.-P. Vernant, *Théorie générale du sacrifice et mise à mort dans la 'thysia' grecque*, in J. Rudhart – O. Reverdin (éds.), *Le sacrifice dans l'Antiquité*, Vandoeuvres-Genève 1981, 1-21.
- Versteeg 2002 = R. Versteeg, *Law in Ancient Egypt*, Durham 2002.
- Vico 1744 = G.B. Vico, *Principi di Scienza Nuova*, a cura di F. Nicolini, II.1.2.6, Napoli 1744 (ed. 1953).

- Vincenti 2007 = U. Vincenti, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari 2007.
- Vlastos 1953 = G. Vlastos, *Isonomia*, *AJPh* 74, 1953, 337-366.
- Voci 1969 = P. Voci, *Le obbligazioni (Corso di Pandette)*, I.1, *Il contenuto dell'obligatio*, Milano 1969.
- Voci 1998 = P. Voci, *Manuale di diritto romano. Parte generale*², I, Milano 1998.
- Vogelin 1956 = E. Vogelin, *Order and History*, I, Louisiana 1956.
- Voos 1762 = G.G. Voos, *Etimologion Linguae Latinae*, I, Napoli 1762.
- Vossler 1948 = K. Vossler, *Civiltà e lingua di Francia*, trad. it., Bari 1948.
- Walde – Hofmann 1938 = A. Walde – J.B. Hofmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg 1938.
- Wenger 1905 = L. Wenger, *Römische und Antike Rechtsgeschichte*, Graz 1905.
- Wenger 1920-21 = L. Wenger, *Römisches Recht und Rechtsvergleichung*, *ARW* 14, 1920-1921, 1-27, 106-145.
- Wenger 1937 = L. Wenger, *Ancient Legal History*, in *Harvard Tercentenary Publications: Independence, Convergence and Borrowing in Institutions, Thought, and Arts*, Cambridge 1937.
- Wenger 1951 = L. Wenger, *Diritto romano e antico*, *Iura* 2, 1951, 116-121.
- Westendorf 1966 = W. Westendorf, *Ursprung und Wesen der Maat, der altägyptischen Göttin des Rechts, der Gerechtigkeit und der Weltordnung*, in S. Lauffer (ed.), *Festgabe für Walter Will zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, 201-225.
- Wieacker 1957 = F. Wieacker, *Recensione a C. C. Gioffredi, Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, *ZSS* 74, 1957, 420-425.
- Wieacker 1984 = F. Wieacker, *'Ius' e 'lex' in Roma arcaica*, in *Sodalitas Arangio-Ruiz*, VII, Napoli, 1984, 3109-12.
- Wilamowitz 1923 = U. Wilamowitz-Moellendorf, *Staat und Gesellschaft der Griechen*², Stuttgart 1923.
- Will 1971 = E. Will, *Recensione a M. Ostwald, 'Nomos' and the beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, in *RPh* 97, 1971, 102-113.
- Wilson 1954 = J.A. Wilson, *Authority and the Law in the Ancient Egypt*, *JAOS* (Supplement) 17, 1954, 1-7.
- Wilson 1956 = J.A. Wilson, *The Constitution of Ancient Egypt*, in *BFAA* 10, 1956, 3-35.
- Wolff 1946 = H.J. Wolff, *The Origin of Judicial Litigation among the Greeks*, *Traditio* 5, 1946, 31-87.
- Wolff 1974 = H.J. Wolff, *Opuscula dispersa*, Amsterdam 1974.
- Žaba 1956 = Z. Žaba, *Les Maximes de Ptahhotep*, Prague 1956.
- Zanetti 1993 = G. Zanetti, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna 1993.
- Zimmermann 1991 = R. Zimmermann, *'Usus hodiernus pandectarum'*, in R. Schulze (ed.), *Europäisches Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, III, Berlin 1991, 61-88.
- Zimmermann 1996 = R. Zimmermann, *Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science*, *LQR* 112, 1996, 576-605.
- Zuccotti 2004 = F. Zuccotti, *Vivagni IV. Tutti i colori di Gaio*, *Rivista di Diritto Romano* 4, 2004, 33-70.

Abstract: The essay starts with a methodological criticism to both the ‘neo-pandectistic’ approach and the ‘gernetian’ perspective in interpreting concepts and institutions of ancient legal systems; afterwards it focuses on the ‘otherness’ of Roman, Greek and Pharaonic Law, by comparing the pivotal concepts of *ius*, νόμος, and *ma’at*. The first one, at least as regards the discipline of private relations above all during the last four centuries of the Roman Republic, neither amounts to state provisions, nor is a judge made law: indeed, it is characterized by a scientific elaboration which finds its main creators in *cives privati* and its most expressive shape in the so called *ius controversum*. The second one, considering fifth and fourth century Athens, cannot be accurately qualified as a statutory law, given that its political nature, notwithstanding its material structure, derives from an immemorial tradition (already attested in the Homeric poems) that considers ‘positive rules’ an expression of a physical and theistic order existing in any case. The third one is a clear paradigm of the primitive indistinction between religious, legal and political spheres, and it is explained more as a particular ‘Reason of Cosmos’, than as the direct target or the basic source of pharaonic laws and administration of justice.

Keywords: *Ius*, νόμος, *ma’at*, ‘neo-pandectistic’ approach, Louis Gernet.