

## IL PROTEIFORME « IUS GENTIUM »

1. — Gabrio Lombardi ha scritto due libri sul *ius gentium*, frutto di lunga fatica, che si completano a vicenda, nel senso che il secondo, pur essendo uscito alla luce qualche mese prima dell'altro, contiene alcune delle dimostrazioni specifiche della tesi generale svolta nel primo, scelte fra quelle che, per la loro eccessiva lunghezza, avrebbero potuto, di esso, turbare l'equilibrio complessivo (L. G., *Sul concetto di « ius gentium »* [Roma 1947] p. XX-403; Id., *Ricerche in tema di « ius gentium »* [Milano 1946] p. XI-272). A mio parere, si tratta di due libri ottimi sotto tutti i rapporti: accuratissimi, precisi, limpidi negli svolgimenti, non di rado convincenti nei punti particolari e, sopra tutto, decisivi, credo, nella risoluzione del problema generale, il torturato problema del « *ius gentium* » romano. Questo giudizio vale, ovviamente, assai poco, ma è un giudizio sincero e, se non m'inganno, lungamente meditato.

Riservo ad altra sede, per non dilungarmi qui troppo, l'esposizione di qualche limitato dissenso che la vasta ricerca del L. ha suscitato in me. Qui mi interessa mettere in luce i risultati generali cui l'a. è pervenuto, nonché illustrare brevemente i motivi per cui mi pare che essi debbano essere sostanzialmente accettati.

Come è noto, la dottrina romanistica moderna parla di un *ius gentium*, con riferimento alle fonti giuridiche ed extra-giuridiche romane, in tre significati diversi, che non tutti e non da tutti sono, peraltro, ritenuti ammissibili almeno quanto alla coesistenza: a) complesso di norme ed istituti relativi ai rapporti tra *cives Romani* e *peregrini* e tra *peregrini* in Roma, progressivamente affermatosi nel tribunale del *praetor peregrinus* ed ammesso, sin dal sec. I a.C., a far parte di una più ampia nozione di *ius civile Romanorum* (che venne inteso, cioè, come costituito in parte di norme e istituti esclusivamente riservati ai *cives Romani* e in parte di norme e istituti accessibili tanto ai Romani quanto ai *peregrini*); b) complesso di norme e istituti comuni ai vari popoli,

\* In *AG.* 136 (1949) 122 ss.

quindi anche al romano, perché fondati su una *naturalis ratio*; c) complesso di norme e istituti relativi ai rapporti tra i vari stati (cd. « diritto internazionale pubblico »). Inutile ricordare i molteplici rivoli in cui la romanistica moderna si è scissa, quando, addentrandosi ancor più nell'esame del problema, si è chiesta: quale dei tre significati sia quello originario; quali siano stati i rapporti, in epoca classica, tra il significato *b* del *ius gentium* e la categoria del *ius civile*; quali i rapporti fra *ius civile* e *ius gentium* in diritto classico e postclassico e nella compilazione giustiniana ecc. Direi quasi che, in questa materia, « *tot capita tot sententiae* ». Era tempo, dunque, che qualcuno sperimentasse la più autenticamente certosina pazienza per ricostruire le fila dogmatiche e storiche dell'argomento.

Ai fini della retta impostazione del problema, il L. ha cominciato con il sottolineare o con il dimostrare alcuni punti, che possono considerarsi fermi ed imprescindibili (p. 1-58), e cioè: *a*) nessuna fonte giuridica o extragiuridica definisce il *ius gentium* nella accezione *a*, che la maggioranza della dottrina pur tende a qualificare come « tecnica » e « originaria »; *b*) nessun giurista anteriore ad Adriano risulta aver fatto richiamo al concetto di *ius gentium* o avere scritto opere in argomento; *c*) il termine *ius gentium* non implica di per sé il riferimento ai rapporti giuridici tra Romani e *peregrini* (accezione *a*) né a quelli tra stati (accezione *c*); *d*) il termine *ius gentium* altro non significa, in sé e per sé preso, se non « diritto comune a tutti i popoli, ivi compreso il romano »; *e*) i giuristi romani non hanno mai considerato il *ius gentium* come una sub-categoria del diritto pubblico o del diritto privato, ma come una categoria primaria di norme e istituti individuata in base a criteri del tutto indipendenti e autonomi. Noterò che, sebbene non senta di poter condividere pienamente quanto l'a. (21 ss.) assume in ordine alla distinzione romana tra *ius publicum* e *ius privatum*, tuttavia anche il punto ora riferito sub *e* mi trova del tutto consenziente.

Dopo aver impostato il problema sui presupposti dianzi riassunti, il L. passa, nella seconda parte dell'opera (la quale si completa con il ricordato volume delle *Ricerche*), all'analisi minuziosa di tutti i riferimenti al *ius gentium*, che si contengono nelle fonti giuridiche ed extragiuridiche a nostra disposizione (p. 59-342). Analisi minuziosa, dicevo, e molto spesso felice (finissima, tra le altre, la ricerca sulla *stipulatio* e l'*acceptilatio* in diritto classico e in diritto postclassico-giustiniano: *Ricerche*, 175 ss.), la quale porta l'a. a concludere, in sede di critica interpolazionistica, per la origine postclassica di alcuni fra i più noti riferimenti. Analisi che, peraltro, quando anche non si vogliano acco-

gliere alcuni dei singoli risultati critico-interpolazionistici (questo è, appunto, il mio caso), non perciò perde il suo valore, dal momento che il risultamento essenziale di essa è che tanto in diritto classico quanto in diritto postclassico (a prescindere da alcune « variazioni » postclassiche di limitato valore, riassunte a p. 380 ss.) di *ius gentium* si parlò proprio e soltanto nel senso di categoria di norme e istituti (pubblici e privati) vigenti « *apud omnes populos* » (cfr. Gai 1.1). Ed è degno di nota che questa significazione, documentata nelle fonti giuridiche solo a partire dal sec. II d.C., era già vagamente diffusa negli scritti degli autori extragiuridici sin dai tempi di Cicerone, di cui il L. (67 ss.) sottopone ad indagine assai penetrante il famoso passo (spesso malamente citato e riferito) *de off.* 3.17.69 (... *Societas est enim ... latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes; interior eorum, qui eiusdem gentis sunt; prior eorum, qui eiusdem civitatis. itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non ideo continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet...*). A proposito di questo testo, giustamente precisa l'a.: che l'espressione « *maiores ... voluerunt* » (la quale fa intendere che il concetto di *ius gentium* era noto in Roma ancor prima di Cicerone) non va interpretata nel senso di « crearono », ma ovviamente in quello di « riconobbero l'esistenza »; che l'espressione « *ius civile* » non può essere altrimenti intesa che nel senso di « diritto positivamente vigente in Roma »; che la frase « *quod civile, non ideo rell.* » esprime il parere di Cicerone che il *ius gentium* debba e non possa non essere trasfuso in norme di *ius civile*. Non sarei d'accordo, viceversa, con l'altra affermazione, sempre relativa a *de off.* 3.17.69: quella che *ius gentium* starebbe a significare il diritto positivamente vigente nell'umanità tutta (« *societas omnium inter omnes* »), ripartita in stirpi (« *gentes* »: d'onde « *ius gentium* », nel senso di diritto vigente nelle *gentes* che si riassumono nella *societas omnium inter omnes*), e che, pertanto, nel concetto di Cicerone il *ius gentium* sarebbe distinto dal *ius naturale* (nel senso di « diritto idealmente vigente fra tutti gli uomini »). A prescindere da altri passi che documentano la concezione idealistica del *ius gentium* in Cicerone (principalmente, *de off.* 3.5.23: *natura, id est iure gentium*, di cui la diversa interpretazione proposta dall'a., 80 ss., mi pare eccessivamente sforzata), io riterrei decisivo, in senso opposto, il rilievo che, se nel concetto di Cicerone il *ius gentium* fosse realmente quello positivamente vigente nella *societas omnium inter omnes* (Roma compresa), Cicerone non avrebbe motivo per affermare che « *idem civile esse debet* », ma direbbe « *idem civile est* »: l'espressione « *idem civile esse debet* » im-

plica, appunto, che un istituto del *ius gentium* possa non essere recepito, in pratica, nel *ius civile* romano. Mi sembra evidente che Cicerone, il quale aveva esordito affermando che un certo modo di comportarsi, pur non essendo punito dai *mores* e dalle leggi romane, era tuttavia contrario al *ius naturale* (« *hoc . . . tamen naturae lege sanctum est* »), abbia aperto a questo punto una digressione per rilevare che, al disopra della *civitas* e del suo *ius civile*, vi è una *societas omnium inter omnes* retta da principî naturali e che fu appunto in riconoscimento di ciò che i *maiores* riconobbero l'esistenza di un *ius gentium* diverso dal *ius civile* (*aliud . . . aliud . . .*): diverso non perché « vigente » in quella *societas*, ma perché « ideale », perché espressivo della *lex naturae*. Comunque sia, tanto l'interpretazione del L. quanto quella da me riferita collimano perfettamente in un punto fondamentale: certamente Cicerone non si riferiva al *ius gentium* nel significato cd. « tecnico », di diritto romano accessibile ai *peregrini*.

Veniamo ora ad una piú precisa esposizione delle conclusioni formulate dal L. (343 ss., specialm. 354 ss.). Esse sono le seguenti: a) sorto già nei secoli a. C. come espressione di un orientamento speculativo, che vedeva in Roma e nel suo ordinamento giuridico soltanto una parte della *societas omnium inter omnes*, il concetto del « *ius gentium* » si precisò e si concretò, nella giurisprudenza classica dei secoli II e III d. C., nel senso di categoria di norme positivamente vigenti *apud omnes populos* per il fatto di essere fondata su una *naturalis ratio*, su una esigenza comune di natura; ad essa si contrappose la categoria del *ius civile*, nel senso di complesso di norme vigenti solo presso il popolo romano, quindi esclusive di questo, quindi non applicabili ai *peregrini*; b) la sistematica giurisprudenziale classica fu indubbiamente inferiore al compito di una classificazione esatta e completa, in quanto non sempre seppe dedurre dal fondamento naturale di un istituto il suo carattere di istituto *iuris gentium* o dal suo carattere di istituto *iuris gentium* la sua applicabilità anche ai *peregrini*, ma a volte denominò *iuris gentium* istituti caratteristicamente romani (per es., la *stipulatio*) sol perché applicabili anche ai *peregrini*, altre volte denominò *iuris gentium* istituti basati su una *naturalis ratio* (per es., la *tutela impuberum*) malgrado che non fossero applicabili ai *peregrini*; c) i giuristi romani ignorarono un concetto di *ius naturale* distinto da quello di *ius gentium*, ma quando parlarono di *ius naturale* ne parlarono nel senso di *ius gentium*, principalmente in quanto posero in particolare rilievo la *naturalis ratio* che del *ius gentium* costituiva il fondamento; d) la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C., riducendo ai minimi termini

la categoria dei *peregrini* (divenuti, in gran parte, *cives Romani*), sminuì l'importanza pratica del *ius gentium* (applicabilità di un istituto tanto ai Romani quanto ai *peregrini*) e ne valorizzò il fondamento astratto (*naturalis ratio*), dando adito alle più varie ed audaci costruzioni e classificazioni scolastiche, una delle quali fu costituita dalla separazione dal tronco del *ius gentium* della categoria autonoma del *ius naturale*, inteso come quello comune a tutti gli *animalia*, ivi compresi gli schiavi.

Il lato più interessante di queste conclusioni del L. è quello esposto sub *b*. Di fronte all'inegabile esistenza, in diritto romano classico, di due diverse specie di istituti di *ius gentium*, alcuni applicabili anche ai *peregrini* ed altri no, il L. si rifiuta di sottoscrivere la corrente illazione che gli istituti qualificati di *ius gentium* essenzialmente perché applicabili anche ai *peregrini* abbiano costituito originariamente una categoria a sé stante del *ius gentium*, la categoria degli istituti sorti nel tribunale del *praetor peregrinus*. Il L. ha indubbiamente ragione, ma, come egli stesso non manca di rilevare (p. 12 ss.), non sino al punto da potersi negare che quei tali istituti sorti nel tribunale del *praetor peregrinus* non abbiano effettivamente costituito una categoria a sé di norme sin da due secoli a. C.

Non si trattò per tali istituti di una categoria denominata di *ius gentium*, non si trattò di una categoria esplicitamente teorizzata dalla giurisprudenza repubblicana, ma, a mio parere, di una categoria reale e autonoma, nettamente distinta da quella degli istituti di derivazione quiritaria (« *ex iure Quiritium* ») a carattere esclusivistico, indiscutibilmente si trattò. Fu la categoria innominata, che potremmo denominare del « *novum ius civile* », degli istituti civilistici non esclusivi dei *cives Romani*: categoria di cui rimangono le tracce nelle Istituzioni di Gaio, allorquando si distingue dal *ius proprium civium Romanorum* il *ius civitatis*, accessibile anche ai *peregrini*.

La giurisprudenza adrianea e post-adrianea, trovandosi ad utilizzare il nuovo schema teorico del *ius gentium*, lo applicò, dunque, tanto agli istituti giuridici di cui fosse evidente il fondamento della *naturalis ratio*, quanto a quelli, dirò così, del *novum ius civile*, la cui estensione anche ai *peregrini* la indusse a presumere arbitrariamente il ricollegamento non sempre teoricamente impeccabile ad una *ratio naturalis*, fondamento comune degli istituti di *ius gentium*.

2. — Quarantacinque anni fa, quando recensii gli studi dedicati al

\* In *Labeo* 40 (1994) 87 ss., col titolo: « *Il vecchio e il mare* ».

*ius gentium* da Gabrio Lombardi (*Ricerche in tema di « ius gentium »*, 1946; *Sul concetto di « ius gentium »*, 1947), non fui certo parco di lodi (che tutte tuttora confermo) nei confronti del validissimo autore ed espressi in più l'opinione che i due volumi (particolarmente il secondo) fossero « decisivi . . . nella risoluzione del problema generale, il torturato problema del *ius gentium* romano ».

Naturalmente (me ne sono reso conto col tempo) ebbi il torto di « assolutizzare »: vuoi perché non vi è risultato scientifico che non sia, per dirla con ormai trito linguaggio popperiano, « falsificabile »; vuoi, e più concretamente, perché di lì a qualche anno avrebbe trionfato la « restaurazione », cioè il ripudio radicale (salvo che per rarissime eccezioni) delle rivoluzionarie interpolazioni dei testi, o almeno delle sanculotte « interpolazioni sostanziali e innovative », cui, negli anni quaranta, non solo il Lombardi, ma, fra gli altri, Max Kaser (cfr. la recensione da questi pubblicata in *BIDR.* 53-54 [1948] 420 ss.) fermamente credevano.

Le brevi note che seguono non sono, comunque, dedicate all'analisi delle critiche (molte delle quali acute e opportunamente rettificanti) suscitate in questo frattempo dalle pagine sempre fondamentali del Lombardi. Tanto meno esse intendono riproporre, sia pure in parte, la controversia intervenuta tra il Kaser e me in ordine ai limiti entro cui può ritenersi fondata quella che ho poc'anzi chiamata (con ironia di cui chiedo venia) la « restaurazione »: controversia per la quale rinvio alle indicazioni contenute nella mia *Giusromanistica elementare* (1989). Il mio proposito è molto più importante e, nel contempo, più lieto. È quello di salutare la recente fatica di quel gigante dei nostri studi che è e rimane, ad onta degli anni non più teneri (« the old man and the sea »), Max Kaser: il volume dal titolo « *Ius gentium* », quarantesimo delle « *Forschungen zum römischen Recht* » (Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993, p. XIII-179), inteso ad un approfondito riesame sia del discusso concetto, sia delle sue diverse applicazioni in materia di *ius privatum*.

L'opera è stata concepita e scritta a Salisburgo (cui l'a. ha fatto capo dalla vicinissima Airing) nell'amichevole (vorrei dire amorevole) ambiente di quell'Istituto di diritto romano e dei professori e assistenti che circondano di ogni possibile attenzione il vecchio e onorato maestro: W. Waldstein, T. Mayer-Maly, H. Honsell, il fedelissimo K. Hackl e gli altri. Essa si presenta (come sempre, trattandosi del Kaser) completamente, minuziosamente informata e redatta in uno stile limpidissimo, del tutto esente da formulazioni ermetiche e da ingombranti lungaggini. Le parti in cui si divide sono due: una « parte generale », in cinque

capitoli, sui significati della locuzione *ius gentium* (3 ss.), sui rapporti tra *ius civile* e *ius gentium* in Cicerone e in Gaio (10 ss.), sul *ius gentium* nel senso di diritto internazionale (23 ss.), sulla concezione del *ius gentium* nei giuristi classici (40 ss.), sui rapporti tra *ius gentium*, *natura* e *ius naturale* sempre nella giurisprudenza classica (54 ss.); una « parte speciale » di un solo capitolo (75 ss.), suddiviso peraltro in tre sezioni, sugli istituti privatistici costituenti oggetto di *ius gentium* (persone, famiglia, successioni a p. 75 ss.; diritti reali a p. 91 ss.; obbligazioni a p. 115 ss.).

Che dire, di piú specifico, del contenuto? Se volessi (e sapessi) farlo, sarei costretto a tallonare passo passo l'autore attraverso tutti i luoghi delle fonti romane, nei quali si vedono o si intravedono le tracce del *ius gentium* e del *ius naturale*, esprimendo di volta in volta consensi e dissensi (piú spesso dubbi) tutti irrilevanti (o quasi) e rinviando, per ciò che attiene alle pochissime grandi linee, a quanto ho scritto e riscritto in proposito ne *L'ordinamento giuridico romano* (di cui l'ultima edizione, la quinta, è del 1990). L'unica osservazione di un certo rilievo, cui mi induce la lettura del libro, nel suo spiccato attuale conservatorismo e nella conseguente sua difesa (a volte, direi francamente, eccessiva) della gran parte dei testi aventi l'*inscriptio* dei giuristi classici, è questa: che il pensiero dei classici giureconsulti (mi si consenta un'altra allusione a teorie filosofiche moderne) era, stando alle pagine del Kaser, qualcosa di meno di un « pensiero debole », aderente al contingente e al mutevole della realtà sociale. Era, a dir così, un pensiero debolissimo, spesso influenzato da riflessioni del tutto occasionali ed effimere, quindi non di rado sorprendentemente superficiali o contraddittorie. Conclusione, estremistica, alla quale, sarò sincero, ho grande difficoltà a pervenire.

Mi spiego meglio. È noto (almeno a chi mi legge) che io ho sempre nutrito grande diffidenza verso il ricorso all'idea di un « *ius controversum* » classico, il quale spiegherebbe, senza far capo al postclassico-giustiniano, molte rilevanti divergenze che si rinvengono nelle fonti. Ciò non significa, peraltro, che io mi senta di attribuire ai giuristi classici un monolitico conformismo di pensiero, un inflessibile purismo di stile e, sopra tutto, un approfondimento eccessivo della riflessione sistematica e della ispirazione filosofica. È indubbio, direi, che i giuristi classici non andavano per le spiegazioni « forti », cioè totalizzanti, ma si appagavano di visuali limitate e rettificabili, cioè, come si dice, « deboli ». Tuttavia è inverosimile che essi, una volta adottato un certo schema, sia pur parziale e provvisorio, passassero spensieratamente ad adottarne un altro,

troppo grossolanamente contraddicendosi non solo tra loro, ma anche con se stessi.

I *raptus* di superficiale esibizionismo culturale non mancavano (ad uno di questi ho attribuito, in *Ord.* 443 ss., 461 ss., il *ius naturale* di Ulp. D. 1.1.2-4: testo sul quale v., da ultimo, nel bel libro di A. Mantello, *Il sogno, la parola, il diritto* [1993], le p. 66 ss.). Ma si trattava di *raptus* e nulla piú: sicché il pensiero giurisprudenziale classico, pur se volava tutt'altro che ad alta quota, era, di solito, tendenzialmente coerente e ragionatamente evolutivo. Tale esso non appare invece, se non mi sbaglio, nella patente di genuinità e di razionalità che troppo benevolmente si concede a taluni testi del tutto indifendibili (che qui non sto ad annoverare), o anche nella negazione altrettanto benevola del momentaneo *raptus* di culturalismo (o, piú in generale, dell'uscita in vario modo bizzarra) che solo può valere a difendere, in certi e limitati casi, il testo (per il che rinvio alle p. 70 ss. dedicate dal K. al *ius naturale* di Ulpiano, nonché alle considerazioni, anche a proposito di Paul. D. 1.1.11, del citato Mantello). Direi insomma (o meglio, ripeterei per l'ennesima volta) che, se male si è fatto in passato ad emettere troppo severe e rapide condanne delle fonti per reati di interpolazione dolosa o colposa, male si fa oggi nell'assolvere con facilità o addirittura nel rifiutarsi di leggere i testi con gli occhiali dell'esegesi critica: nel che mi confortano le considerazioni del lucidissimo articolo pubblicato in *Labeo* 40 (1994) 11 ss., a poche pagine di distanza di queste, da uno studioso di alto livello quale è Gian Gualberto Archi.

3. Ma è tempo di concludere. Il mondo dei giusromanisti deve essere riconoscente a Max Kaser per la sua ammirevole, ineguagliabile prova di gagliardia scientifica. E ancor piú riconoscente deve essergli per aver dimostrato coi fatti che anche in tema di *ius gentium* la parola « decisiva » non è stata e forse mai potrà essere pronunciata.

Come il Proteo della leggenda greca, il *ius gentium* assume, agli occhi di chi lo insegue, aspetti sempre diversi. Ed anche se ogni tanto avviene che qualcuno riesca momentaneamente ad imprigionarlo in un libro, esso, diversamente che al pastore Aristeo delle Georgiche virgiliane, non rivela una volta per tutte i suoi segreti. Chiuso il libro, ecco il proteico istituto assumere disinvoltamente forme nuove, suscitando (o re-suscitando) altri problemi.

Altri problemi, dunque altri libri, dunque altra linfa vitale per la scienza giusromanistica (almeno fino a quando non sopravverranno gli Unni, ormai purtroppo sempre piú vicini e incalzanti, a sterminarla del tutto).