Dopo oltre trent'anni di dimenticanza, rivedono la luce gli Annali dell'Università di Ferrara, sez. Scienze Giuridiche.

Una ripresa obbligata, perché nel passato gli Annali hanno ospitato nomi illustri come quelli di P.A. d'Avack, M.A. de Dominicis, F. Pergolesi, E. Morselli, P. Fortunati, G. Lucatello, G. Vignocchi, F. Lancellotti, A. Visconti, e molti altri, che era doveroso ricordare con la continuazione dell'opera.

Una ripresa dimessa, per l'esiguo numero dei contributi. Ma, come dice Livio (27,9,1), *ex parvis saepe magnarum momenta rerum pendent*.

Ferrara, ottobre 1987

Il comitato di redazione

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. I (1987)

PIERPAOLO ZAMORANI

Publio Salonio infensi milites erant (Liv. 7.41.4)

L'anno è il 342 prima di Cristo: nell'esercito romano, stanziato in Campania per proteggerne gli abitanti contro la pressione dei Sanniti, serpeggia la rivolta (1). È la visione delle fertili terre, & il confronto fra la vita agiata e facile che i luoghi consentono con la grama esistenza (2) che essi conducono a Roma che *militum animos avertit* a *memoria patriae.* Nasce e prende corpo fra i soldati il progetto di impossessarsi con la violenza dell'*ager Campanus.* Ma la notizia giunge alla conoscenza del comandante, il console Caio Marcio Rutilo (un plebeo, si noti), che astutamente si adopera, cercando di non dare troppo nell'occhio, per privare la rivolta dei propri fautori: costoro vengono, con pretesti diversi, congedati e rimandati a Roma (3), ove l'altro console, Quinto Servilio, li sottopone ad attenta sorveglianza.

Ma, per quanto prudente e scaltra, la manovra di Marcio viene intuita: l'esercito rompe allora ogni indugio. Una coorte, stanziata in prossimità di Anxur, si sposta a Lautule e qui intercetta e si aggrega quanti dagli accampamenti campani il console manda a Roma: il gruppo diviene numeroso e minaccioso. Disordinatamente, predando i territori attraverso i quali passano, i rivoltosi dirigono verso il nord: l'Urbe è infatti la loro mèta. Senonché, giunti nel territorio di Albalonga, si avvedono di essere totalmente privi di un comandante di provata esperienza militare: in queste condizioni, uno scontro con le truppe che dalla città sarebbero uscite a fronteggiarli non

---

(1) Il racconto completo della rivolta del 342 ci è fornito da LIV. 7.38.5-7.42.7, mentre un racconto parziale (relativo alla sola fase preparatoria della sommossa) è in DION. HAL. 15.3. Altri accenni all'episodio in ZONAR. *annal.* 7.25.362 (Migne), in AUCT. DE VIR.ILL. 29.3, in APPIAN. *samn.* 1.1, nonché in FRONTIN. *strat.* 1.9.1.

(2) *La* povertà di questi soldati è esplicitamente sottolineata sia da Livio sia da Dionigi, particolarmente, con il consueto colore, da quest'ultimo.

(3) Questa manovra dovette essere stimata, nell'epoca antica, oltremodo brillante, se è vero che essa risulta attribuita, oltre che al console plebeo anche ad un Mamerco (APPIAN. *samm.* 1.1) e ad Aulo Manlio (FRONTIN. *strat.* 1.9.1).

avrebbe lasciato speranze. Ma alla mancanza suppliscono rapidamente, obbligando, con aperto uso di minacce, un certo Tito Quinzio (un patrizio che a malincuore fa il contadino presso Tuscolo, dal momento che una zoppìa gli ha precluso una carriera militare che si prospettava gloriosa) ad assumere la loro testa.

Così guidati, i soldati si dirigono verso la città, da dove si fa loro incontro l'esercito lealista condotto da un dittatore nominato per l'occasione: Marco Valerio Corvo. Ma non si combatte, ché, alla vista dei concittadini, l'ira svanisce rapidamente dai petti dei rivoltosi: sono sufficienti due concilianti discorsi da parte di Marco Valerio e di Tito Quinzio, perché, in luogo di brandire le spade, i soldati si gettino in lacrime gli uni nelle braccia degli altri. Tornato a Roma, il dittatore vi fa approvare, nel bosco Petelino, una legge di perdono ai rivoltosi (4).

La rivolta non termina tuttavia senza lasciare traccia: i soldati votano infatti una *lex* sacrata, che stranamente (5) è nota fra i moderni come *lex Valeria* militaris, con la quale avanzano puntuali richieste.

Leggiamo quanto Livio scrive in proposito:

> Liv. 7.41.4-8: Lex quoque sacrata militaris lata est ne cuius militis scripti nomen nisi ipso volente deleretur; additumque legi ne quis, ubi tribunus militum fuisset, postea ordinum ductor esset. Id propter P. Salonium postulatum est ab coniuratis, qui alternis prope annis et tribunus militum et primus centurio erat, quam nunc primi pili appellant. Huic infensi milites erant, quod semper adversatus novis consiliis fuisset et, ne particeps eorum esset, ab Lautulis fugisset. Itaque cum hoc unum propter Salonium ab senatu non impetraretur, tum Salonius obtestatus patres conscriptos ne suum honorem pluris quam concordiam civitatis aestimarent, perpulit ut id quoque ferretur. Aeque impotens postulatum fuit ut de stipendio equitum — merebant autem tri-

(4) La vicenda ha numerose varianti (che Livio, con inusitato scrupolo, riporta in *7.42.3-6),* tanto che lo storico patavino sconsolatamente conclude: *adeo nihil praeterquam seditionem fuisse eamque compositam inter antiquos rerum auctores constat* (7.42.7.).

(5) Scrivo « stranamente » malgrado il nome di *lex Valeria militaris* si travi in **ROTONDI,** *Leges pubiicae populi Romani, 1912,* p. *225. A* me pare evidente che questa *lex* (in quanto *sacrata)* non abbia nulla di « valerio ». Essa è stata votata dai soldati ribelli e contiene le loro pretese; che esse, o talune di esse (certo con la mediazione di Valerio), siano state successivamente accolte e ratificate dal senato (forse mediante la prestazione *dell'auctoritas)* non può naturalmente farne attribuire la paternità al dittatore. Su posizioni assai simili vedi TILLI, *La c.d. lex Valeria militaris,* in *Legge e società nella repubblica romana* (a *cura* di F. Serrao), I, *1981,* p. *389* ss.

plex ea tempestate — aera demerentur, quod adversati coniurationi fuissent.

Io non affronterò, in questa sede, i numerosi e spesso complessi problemi che la testimonianza liviana ed il racconto in cui essa è inserita sollevano: faccio rimando al mio corso di lezioni (6) che, contemporaneamente a questo contributo, sta vedendo la luce e del quale, anzi, questo contributo fa parte. Vorrei ora limitarmi alla considerazione di uno dei tre « capi » della *lex sacrata* militaris: quello per il quale nessuno, *ubi tribunus* militum *fuisset, postea* ductor *ordinum* esset.

Si tratta di una disposizione assai poco considerata dagli autori moderni (7) e, quel che più conta, a mio avviso totalmente fraintesa.

Si sostiene infatti che, con essa, i soldati avrebbero preteso di privare il comandante militare (dittatore o console, in quest'epoca) del potere di degradare il tribunus *militum* a *ductor ordinum,* cioè a primo centurione (8). Non mi è tuttavia ben chiaro in cosa esattamente consisterebbe, per i fautori dell'opinione in oggetto, questa degradazione: se, in altre parole, essi pensino ad una degradazione del tribuno fatta « sul campo », ovvero se il divieto avrebbe dovuto operare al momento del *dilectus,* impedendo al comandante di arruolare un tribuno col grado, inferiore, di primo centurione (9).

Prescindendo comunque per ora da questo dubbio, giova precisare come gli storici che del caso si sono occupati e che hanno fornito l'interpretazione sopra riportata, non hanno potuto fare a meno di notare che Publio Salonio, in odio del quale l'introduzione della disposizione i rivoltosi richiedevano, ne avrebbe invece ricevuto un cospicuo vantaggio (10): se costui, come dice Livio, era, quasi ad anni alterni, ora tribuno militare, ora primo centurione, una volta che le circostanze lo avessero portato ad occupare la carica maggiore non sarebbe più potuto essere « retrocesso » alla minore, rimanendo, per così dire, « stabilizzato » nel ruolo. Onde non si comprende anzitutto perché l'odiato Salonio sarebbe stato così favorito dai rivoltosi; perché, ancora, il senato (proprio per riguardo a Salonio) non avrebbe voluto che la disposizione entrasse in vigore; e, infine,

---

(6) Plebe, genti, esercito, 1987.

(7) La constatazione è in TILLI, La *c.d.* lex Valeria militaris, cit., p. 386 nt. 2. Al lavoro di Tilli faccio rimando per la scarsa bibliografia disponibile.

(8) Così, ancora, TILLI, La *c.d.* lex Valeria rnilitaris, cit., p. 390,

(9) Nella formulazione di questa seconda alternativa gioca il ricordo dell'epissdio che ha avuto protagonista Publilio Volerone il quale, nell'anno 473, avrebbe rifiutato di essere arruolato come soldato semplice, poiché era stato in precedenza centurione, Vedi LIV. 2.55 e DION. HAL. 9.39.

(10) TILLI, La *c.d.* Zex Valeria rnilitaris, cit., p. 390 nt. 15.

cosa avrebbe avuto di nobile il gesto di Salonio, che pregherebbe i senatori di anteporre l'interesse della città al suo personale.

Di fronte a così palese incongruenza, la strada che, senza eccezione, gli storici moderni hanno battuto è stata quella di sgombrare il campo dalla imbarazzante vicenda di Salonio: essa, è stato scritto, è invenzione annalistica tesa a glorificare una gente plebea (11) (la Salonia, appunto) che, in quanto di origine recente, non doveva poter vantare a proprio lustro episodi più significativi.

La possibilità che gli accenni a Publio Salonio siano opera di qualche annalista di pochi scrupoli non può e non deve, naturalmente, essere esclusa; e tuttavia, contro di essa, gioca, a mio avviso, una considerazione semplice quanto inoppugnabile. Se Salonio dovesse la propria esistenza solo alla fertile fantasia di un compiacente annalista, perché la vicenda che lo concerne sarebbe stata così malamente inserita nel contesto del racconto? Voglio dire: se una storia si doveva inventare a gloria del casato, tanto valeva operare perché essa trovasse appropriata collocazione nell'economia della narrazione e non vi apparisse, come invece accade, quale episodio incongruo e scoordinato (12).

Il mio sospetto è, pertanto, che non l'episodio di Salonio sia incongruo rispetto alla pretesa dei soldati, sibbene che quest'ultima sia stata dagli interpreti totalmente fraintesa. Questi i motivi.

Pare anzitutto assai strano che i soldati rivoltosi (i quali appartengono, sembra chiaro, ai più bassi gradi dell'esercito) (13) si preoccupino di impedire la degradazione di alti ufficiali, quali erano appunto i tribuni. I quali tribuni, per di più, erano stati, in occasione della rivolta, apertamente schierati dalla parte del console, che proprio per opera loro era venuto a conoscenza di quanto i soldati andavano progettando.

---

(11) Così, espressamente, PAIS, *Storia di Roma, IV*, 1928, p. 221 nt. 1.

(12) È, questo, un criterio metodologico al quale mi sono attenuto in svariate occasioni nella redazione del corso di lezioni citato alla nt. 6. Non giova affermare che un episodio è creazione annalistica e sentirsi, per ciò stesso, legittimati a prescinderne. All'opposto, proprio l'invenzione (in quanto inserita al posto di qualcosa che l'annalista non sa o non vuole dire) è assai spesso rivelatrice di realtà nascoste quanto insospettate. Gli episodi della figlia di Marco Fabio Ambusto, cui Livio ricollega l'inizio della decennale lotta di Licinio e Sestio per la concessione ai plebei di un posto di console (LIV. 6.34.5 ss.), e di Appio Claudio, il decemviro che vuole con l'inganno far sua la plebea Virginia (LIV. 3.44.2 ss.; DION. HAL. 11.28.1 ss.), sono, a mio avviso, senza dubbio invenzione annalistica, e tuttavia forniscono indicazioni preziosissime all'interprete delle antiche vicende.

(13) Ciò si evince facilmente sia dalla loro povertà (cfr. sopra nt. 2), sia dal fatto che fra di loro non è stato possibile reperire chi avesse sufficiente esperienza di comando per fungere da capo, sia, infine, dal tenore delle richieste espresse nella *lex Valeria militaris* e delle delibere dei coevi plebisciti Genuci.

Liv. 7.38.9: Itaque cum omnia ea, sicut gesta erant, per tribunos comperta haberet, (Marcius) *rell.*
r

Pe ché mai, allora, i soldati si sarebbero dovuti preoccupare dei tribuni e della loro carriera, nel momento stesso in cui, ad esempio, per i cavalieri (anch'essi ostili alla rivolta) pretendevano una riduzione di paga?

Procediamo.

L'idea che i soldati volessero impedire una degradazione, per così dire, « sul campo » del tribuno militare non regge. E non regge perché un divieto assoluto, come sembra essere quello che ci intendeva imporre al comandante, sarebbe incomprensibile, dal momento che console o dittatore avrebbero potuto avere ottimi e fondati motivi per esautorare un tribuno che, ad esempio, avesse dato prova di viltà, o si fosse reso colpevole di insubordinazione o avesse manifestato incapacità di svolgere i compiti affidatigli. D'altra parte, che Livio non alluda ad una degradazione di chi fosse in carica come tribuno è reso a mio parere manifesto dal fatto che lo storico scrive *ubi tribunus militum fuisset e* non già *ubi tribunus militum esset.* Il divieto che i soldati vogliono sia introdotto concerne dunque non il tribuno, ma l'ex tribuno militare.

Tale circostanza potrebbe allora far ritenere fondata la « variante », cui si è sopra accennato, del divieto di degradazione: quella secondo la quale, all'atto del *dilectus,* il comandante non avrebbe potuto arruolare l'ex tribuno come *ductor ordinum.* Ma si tratta di supposizione destinata a cadere dopo breve riflessione. A parte la conseguenza, certo assurda, che il tenore letterale della disposizione, se da un lato avrebbe impedito l'arruolamento come primo centurione di un ex tribuno, non avrebbe escluso che egli venisse arruolato con un grado ancora inferiore, v'è soprattutto a dire che, come dovrebbe essere noto, i tribuni militari sono originariamente nominati dal comandante e stanno perciò in carica un anno, esattamente quanto colui cui debbono la nomina (14). Né l'annualità della loro carica viene intaccata dall'affermarsi del principio dell'elezione popolare per un certo numero di essi (6 a partire dal 362 - Liv. 7.5.9; 16 a partire dal 311 - Liv. 9.30.3; 24 a partire dal 207 - Liv. 27.36.14). Può certo supporsi che la specifica competenza militare di questi ufficiali conferisse loro una certa « stabilità » nella carica, dovuta all'acquisita professionalità: è probabile, voglio dire, che i coman-

(14) Sull'annualità della carica di *tribunus militum* non dovrebbero sussistere dubbi; cfr., per tutti, CAGNAT, s.v. Legio, in DS, III/2, 1053 e LENGLE, *s.v. Tribunus* 9, in RE, VI A 2, 2440. Ma un preciso, pur se implicito, accenno all'annualità della carica è in CIC. *ad Att.* 13.33.3.

danti militari, al momento dell'allestimento dell'esercito e dovendo procedere alla nomina dei tribuni militari, tendessero ad esercitare la propria scelta entro il gruppo di quei soggetti che, in qualità di tribuni, avevano ben meritato negli anni precedenti e sulla cui competenza si sarebbe potuto contare; né è azzardato pensare che in modo analogo si potessero comportare le tribù. Ma, deve essere chiaro, il tribuno militare derivava comunque la propria carica da una nomina consolare o da una elezione comiziale, e non già dalla sua appartenenza ad un ruolo dal quale poteva essere estromesso.

Per comprendere il significato della disposizione di cui ci stiamo occupando è quindi necessario battere altra via, ce cando, in particolare, di inquadrarla nel complesso dei provvedimenti normativi cui la rivolta del 342 mette capo. Se questi si considerano, io penso che non si avrà difficoltà a coglierne i motivi ispiratori.

Da un lato i soldati ([15]) in rivolta vogliono colpire sul piano economico l'alta plebe, dalla quale li separa una profonda frattura: da questa esigenza traggono ragione d'essere il plebiscito Genucio che impediva di dare denaro ad interesse ed il capo della *lex* Valeria mi*litari*~in virtù del quale sarebbe dovuta essere ridotta la paga ai cavalieri. D'altro lato, essi aspirano ad abbattere il monopolio delle cariche pubbliche fino ad allora esercitato da poche famiglie plebee ([16]) e a creare uno spazio che consenta a ceti per l'innanzi lontani dal potere di affacciarsi sulla scena della vita pubblica ([17]): a questa finalità rispondono in particolare il plebiscito che vietava l'iterazione intradecennale di una carica e quello che proibiva il cumulo di più magistrature.

([15]) A dire il vero, tre delle quattro disposizioni più sotto ricordate non fanno parte della *lex Valeria militaris* e non sono perciò state, a rigore, votate dai soldati in conclusione della loro rivolta, sibbene dalla plebe riunita in concilio. A me pare chiaro, tuttavia, che la *lex* Valeria *militaris* ed i plebisciti, di cui Livio (7.42.1) afferma di avere trovato menzione solo presso taluni autori, rispecchino le rivendicazioni (militari e civili) del medesimo ceto: una loro considerazione congiunta mi appare perciò non solo lecita, ma addirittura necessaria, se si aspira a conoscere le complesse motivazioni della ribellione dell'esercito.

([16]) La concentrazione del potere, negli anni immediatamente successivi al conipromesso del 367, nelle mani di poche famiglie plebee è un dato difficilmente confutabile: i Fasti consolari, per il periodo che va dal 366 al 361, riportano i nomi di tre sole stirpi (quella dei Genuci con tre consolati ed una iterazione, dei Licini con due e dei Sesti con uno); il fenomeno è destinato ad accentuarsi ove si prenda in considerazione il periodo che va dal 360 al 342 (l'anno della rivolta), durante il quale solo quattro stirpi plebee (quelle dei Peteli, Popili, Marci e Plauzi) e cinque uomini ricoprono il consolato, con frequentissime iterazioni.

([17]) L'aspirazione, come uno sguardo ai Fasti conferma, si realizza: dal 340 al 331, dieci diverse nuove stirpi plebee forniscono un console alla repubblica: sembra difficile negare che un così marcato ricambio sia da porre in relazione con la votazione dei plebisciti Genuci.

Ebbene, se questi erano gli obiettivi delle disposizioni in parola, io penso che non dovrebbero esservi difficoltà nell'individuare cosa i ribelli avevano votato in odio di Publio Salonio. Non di divieto di degradazione (in qualsiasi forma) si trattava, sibbene di divieto di adibire alla carica di primo centurione un soggetto che in precedenza fosse stato tribuno militare. Privando il comandante del potere di destinare alla carica di *ductor ordinum* chi più gli piacesse (Salonio, ad esempio, negli anni in cui non fosse riuscito ad ottenere la carica maggiore), i soldati gli imponevano implicitamente di esercitare la propria scelta entro un gruppo di candidati che si trovavano più lontani dai posti di comando: col che si venivano a creare spazi, per l'innanzi mancanti, che altri poteva andare ad occupare.

Se così si ragiona, ogni incongruenza fra la vicenda ed il comportamento di Publio Salonio da un lato e la richiesta dei soldati dall'altro viene meno: secondo questi ultimi, Salonio (che, quasi ad anni alterni, era o tribuno militare o primo centurione) non ha compiuto, come pensano gli autori moderni, una carriera fitta di degradazioni e di successive reintegrazioni nel ruolo, ma è stato, all'opposto, sempre (o quasi) in una posizione di comando. Questo i soldati in rivolta vogliono contrastare, imponendo al comandante il divieto di cui si è detto. Dal quale, come chiaramente si scorge, l'odiato Salonio sarebbe stato non lievemente danneggiato.

SOMMARIO

Errano gli storici moderni allorché affermano che, secondo LIV. 7.41.4, i soldati avrebbero, nell'anno 342 **a.C.**, preteso di imporre al comandante il divieto di degradare il *tribunus militum* a primo centurione. In realtà, i rivoltosi intendevano impedire al console di destinare alla carica di primo centurione un ex tribuno militare. Il divieto avrebbe perciò facilitato la carriera militare degli appartenenti ai bassi strati della plebe.

SUMMARY

According to the interpretation of Livius (7.41.4) by conternporary historians, in 342 B.C. the soldiers deprived the commander of the right to reduce the *tribunus militum* to the rank of first centurion: in our opinion, this is a wrong stateinent. Actually the rebel soldiers aimed at preventing the consul to appoint a former tribune to the office of first centurion. This veto would have favoured the members of « lower plebs » in their military career.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. I *(1987)*

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

La donna incestuosa

1. Anzitutto fissiamo i limiti cronologici della presente indagine. Non intendiamo occuparci dell'età antica, benché questa età veda la donna come protagonista assoluta dell'incesto; parliamo ovviamente della donna sacerdotessa di Vesta, la quale, se veniva meno ai voti di castità e pudicizia, come è noto, era accusata di *crimen incesti* e sepolta viva (1). Non è ben chiaro se il suo presunto amante fosse anch'egli perseguito a titolo di incesto o la sua imputazione fosse genericamente di adulterio-stupro (2). È invece chiaro che, fino alla fine della repubblica, il crimine di incesto sembra non andare oltre ai casi di violazione o tentata violazione di stati di castità e purità sacerdotale. Questo spiega l'accusa di incesto mossa a Clodio (3) che si era introdotto vestito da donna e con intenti certamente non casti nella casa di Cesare, mentre la moglie stava celebrando, appunto in veste di moglie del console in carica, la festa della Bona Dea; ma 'nello stesso tempo spiega il non accostamento dell'incesto alle unioni tra persone legate da particolari rapporti di parentela, cioè come lo intendiamo noi oggi.

Lasciamoci pertanto alle spalle l'età più antica, per fissare la nostra attenzione sull'età classica e successiva, fino a Giustiniano. In questa epoca, la nozione di incesto appare pienamente laicizzata, se così si può dire, anche se per i primi tempi sopravvive, ai mar-

---

(*) Trattasi della relazione svolta in occasione del seminario romanistico tenutosi a Ferrara nel maggio del corrente anno, dal titolo: Cave si me amas.

(1) Cfr., per tutti: KOCH, sv. *Vesta*, in RE, *VIII, A, 2*, col. *1747* ss.; GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli *1968*, p. 141 ss.; *DEL BASSO, Virgines vestales*, in *Atti Acc. Scien. Mor. Pol.* Napoli, *85* (1974), p. *232* ss.; CORNELL, *Some observations on the «crimen incesti»*, in *Le delit religieux dans la societé antique*, Roma *1981*, p. *31* ss.

(2) Sulla indeterminatezza e polivalenza, in età preclassica, di queste denominazioni di illecito, e relativa disciplina, v.: KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung der rornischen Kriminalverfahrens in vorsuilanischer Zeit*, Munchen *1962*, p. *121* ss.; MOLÈ, sv. *stuprum*, in NNDI, XVIII, p. *582* ss.

(3) MOREAU, *Clodiana religio. Un procès politique en 61 avant J.C.*, Paris *1982*, p. *12* ss.

gini, l'incesto della vestale. L'incesto designa, dunque, in questa età, l'unione di persone tra le quali esistono determinati rapporti di parentela.

2. Un discorso sull'incesto si può fare da diverse angolazioni le quali si prestano tutte a letture antropologiche: l'incesto nel mito, nella letteratura, in certa poesia intesa, se possibile, come finestra aperta sul sociale (alludiamo particolarmente a quelle buone lingue di Catullo e Marziale); infine, l'incesto nel diritto.

Noi scegliamo di fare un discorso essenzialmente giuridico, non solo perché, forse, non siamo capaci di farne altri, ma anche perché, al presente, in materia di incesto, è proprio l'aspetto giuridico ad essere il più negletto: alla scarsezza delle fonti, soprattutto di età classica, per di più frammentarie e in alcuni casi apertamente corrotte, fa riscontro un esiguo numero di studi specificamente dedicati all'argomento, e neppure recentissimi (4). Per contro, il profilo antropologico è stato in questi ultimi tempi ampiamente indagato, con risultati senz'altro affascinanti (5).

C'è quindi bisogno soprattutto di una rilettura giuridica dell'argomento. Ma, dopo le brevi osservazioni sullo stato delle fonti, si comprende agevolmente che non è un compito da poco; tanto meno lo è dare conto in questa sede di un aspetto particolare del problema, cioè quello della posizione della donna, che non si limiti ad esporre una serie di dati, presentati come sicuri quando invece sono largamente opinabili, prescindendo dall'esegesi delle fonti, ma che nello

(4) Limitandoci ai maggiori contributi apparsi dopo le grandi sintesi di *MOMMSEN* e FERRINI, ricordiamo: WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Keiserreich*, in ZSS, *29* (1908), p. 340 ss.; *LOTMAR, Lex Iulia de aduiteriis und incestum*, in *Mélanges Girard*, II, Paris *1912*, p. *119* ss.; *VOLTERRA, Osservazioni sulla «ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in BIDR, *38* (1930), p. *96* ss.; *KUNKEL*, sv. *matrimonium*, in RE, XIV, *2*, col. *2266* s.; *VOCI, L'errore nel diritto romano*, Milano *1937*, p. *198* ss.; DE *MARTINO, L'«ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in SDHI, *3* (1937), p. 401 ss.; GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in ZSS, *63* (1943), p. *175* ss.; *LOMEARDI, Ricerche in tema di ius gentium*, Milano *1946*, p. *3* ss.; GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, In RIDA, *2* (= *Études de droit romain*, III, Camerino *1980*, p. *118* ss.; BRASIELLO, s.v. *incesto*, in NNDI, VIII, p. *499* s.; *MODRZEJEWSKI, Die Geschwisterehe in der helienistichen Praxis und nach römischen Recht*, in ZSS, *81* (1964), p. *62* ss. Per differenti ragioni, assai interessanti sono pure i contributi di: FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, II, Napoli *1976*, p. *29* ss.; Y. THOMAS, *Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque, in RH, 58* (1980), p. *245* ss.

(5) *GUASTELLA, «Non sanguine, sed vice»: sistema degli appellativi e sistema degli affettinei Parentalia di Ausonio*, in *MD, 7* (1982), p. *141* ss.; *La rete del sangue: simbologia delle relazioni e modelli dell'identità nella cultura romana*, in MD, *15* (1985), p. 49 ss.; CHIARINI, *Esogamia e incesto nella «Historia Apollonii regis Tyri»*, in *MD, 10-11* (1983), p. *267* ss.; *BETTINI, Lettura divinatoria di un incesto*, in MD, *12* (1984), p. *145* ss.

stesso tempo non infligga la noia di un esame testuale troppo puntuale.

3. Abbiamo detto che, nel periodo storico considerato, incesto significa unione tra due persone legate da particolari vincoli di parentela (6).

Anzitutto vediamo quali sono questi vincoli; e già qui il discorso si deve articolare storicamente. Per la prima età classica è d'obbligo il riferimento a Gaio (7), il referente giuridico più antico che abbiamo e testimonianza archetipica; il giurista afferma che costituisce un caso di *nefariae et incestae nuptiae* il matrimonio fra ascendenti e discendenti, compresi gli adottati anche se emancipati; per quanto riguarda i collaterali, il matrimonio tra fratelli e sorelle di qualsiasi tipo, anche adottivi, in questo caso tranne se emancipati; matrimonio tra zii e nipoti, ad eccezione di quello tra zio e la nipote ex *fratre*, venuto in uso dopo che Claudio ebbe sposato la figlia del fratello, Agrippina; vengono da ultimo gli affini ed è vietato il matrimonio tra genero e suocera, tra suocero e nuora, tra matrigna e figliastro e tra patrigno e figliastra.

Su questo passo di Gaio si modella perfettamente un passo di Ulpiano contenuto nei cosiddetti *Tituli* (8) e anche nella *Collatio* (9).

L'epitome di Gaio (10) della *lex Rom. Wisigothorum* si presenta invece arricchita di nuovi divieti introdotti dagli imperatori cristiani: il divieto di matrimono tra zio e la figlia del fratello (viene abolita la deroga concessa per le nozze di Claudio ed Agrippina); è vietato il matrimonio tra cugini (almeno con i figli della zia paterna e materna); infine il divieto di sposare la cognata o il cognato, cioè la sorella della moglie e il fratello del marito.

Questo, documentato dall'epitome di Gaio (fine del IV secolo), rappresenta il momento di massima espansione dei divieti di unioni parentali; divieti, taluni dei quali destinati a sparire, altri ulteriormente articolati, con Giustiniano. Queste ulteriori articolazioni probabilmente erano operanti anche in precedenza ma trascurate dalle fonti forse perché praticamente irrilevanti.

Nelle *Institutiones* di Giustiniano (11) sono confermati i tradizio-

(6) Per tutti, v. LOTMAR, Lex *Iulia*, cit., p. 123.

(7) Gai. 1, 58-64. Ampio commento in FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, II, cit., p. 36 ss. Per un quadro generale, v. KASER, Das *römische Privatrecht*, I, Munchen 1071², p. 316 s.

(8) ULP. 5,6-7.

(9) *Coll.* 6,2,1-4.

(10) GAI. epit. 1,4,1-8. Per il panorama dei divieti basso-imperiali, cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munchen 19752, p. 166 s.

(11) IUST. inst. 1,10.

nali divieti di matrimonio tra ascendenti e discendenti e tra collaterali di secondo grado; per quanto riguarda il terzo, tra zio e nipote (senza distinzione di nipote figlia di fratello o di sorella) e il caso omologo della zia e il nipote figlio di fratello o sorella; è dato quindi risalto al divieto tra zio e la nipote del fratello o della sorella, cui non si fa cenno in nessuna delle testimonianze finora considerate ma solo in qualche sporadico passo giurisprudenziale non in *sede materiae*; la giustificazione del divieto è che, se non si può sposare la figlia dei fratelli, non se ne può sposare neppure la nipote ancorché si tratti di parente di quarto grado. Così la zia materna e paterna e la prozia non si possono sposare perché *loco parentum habentur*. Sparisce il divieto di unione tra cugini. Quanto agli affini, sono confermati i divieti di sposare la nuora o la figliastra perché sono *loco filiae* e la suocera e la matrigna perché tenute in luogo di madri. Si possono unire invece il figlio avuto con altra moglie e la figlia che la ex moglie ha avuto da un altro uomo. Infine è raccomandata la opinione di Giuliano il quale sconsiglia il matrimonio con la figlia della ex moglie avuta dopo il divorzio, ancorché non si tratti di una figliastra, e mette in guardia dal matrimonio con la fidanzata del figlio o del padre, ancorcbé non si tratti ancora rispettivamente di nuora e matrigna. È abolito il divieto di unione tra cognati.

4. Questa è la fitta rete di divieti a cui va riferito l'incesto e la sua disciplina giuridica. Non lasciamoci tentare dalle seduzioni antropologiche ([12]), che sono tante: ci sono i divieti di unione tra consanguinei, e riusciamo a comprenderne le segrete motivazioni (incesto tabù di sangue, l'incerta proies, il motivo della confusione dei ruoli e difficoltà di accertamento della propria identità, il disordine classificatorio) ([13]). Ma sono vietate anche le unioni tra affini; questa quantità di divieti, superiore a quella che vige oggi, quale mentalità. esprime? Quali i tabù sottostanti? Quale il significato della proibizione di matrimonio con la nipote della sorella, cioè la figlia della figlia della sorella, e non, ad esempio, con la figlia del figlio della sorella o con la figlia della figlia del fratello?

Ci eravamo ripromessi di non lasciarci tentare da questi interrogativi e perciò passiamo subito a sottolineare l'esistenza, nell'ambito della repressione dell'incesto documentata dalla tradizione giurisprudenziale, di due differenti figure, veri e propri crimini a sé stanti, con una loro peculiare disciplina.

([12]) Sul tabù dell'incesto nella riflessione antropologica moderna, cfr. HÉRITIER, *Incesto*, in Enciclopedia *Einaudi*, VII, Torino 1979, p. 234 ss.

([13]) Per alcuni di questi aspetti, colti nell'esperienza romana, **v.** GUASTELLA, La rete *del* sangue, cit., p. 104 ss.

Si distingue l'*incestum cum* adulterio o *cum* stupro [14] dall'*incestum* per *illicitum matrimonium* [15]. Tra le due figure si tende a fare in letteratura parecchia confusione [16] ma, a nostro avviso, l'unica possibilità per capire qualcosa di certe fonti particolarmente ermetiche è quella di avere sempre presente la differenza fra i due casi. Cominciamo dall'incesto commesso attraverso un matrimonio illecito.

5. Questo è il tipo di incesto meglio documentato; ne parlano i giuristi classici [17]; le raccolte postclassiche di *iura* contengono appositi titoli [18], così pure i codici Teodosiano e Giustiniano [19]. Pa-

---

[14] Cfr. ad es.: D.48,5,40,8 (Pap. 1.15 resp.): ... si per *adulterium* incestum esse contractum.; D.48,5,39 *pr.* (Pap. 1. 36 quaest,): si adulterium *cum* incesto* *committatur*...; D.48,18,5 (Marc. 1. 2 inst.): ... duplex *crimen* est, et incestum, quia cognatam violavit *contra* fas, et adulterium *vel stuprum* adiungit...

[15] Cfr., ad es., D.48,5,39,1 (Pap. 1. 36 *quaest.*) ... errore *matrimonium illicite* contrahatur...; D.48,5,39,3 (Pap. 1. 36 quaest.): ... si modo incestum per *matrimonium illicitum* contractum sit...; D.48,5,39,6 (Pap. 1. 36 quaest.): ... incestae nuptiae *confirmari non* solent...; D.48,5,39,7 (Pap. 1. 36 quaest.): ... Incestum autem, quod per *illicitam matrimonii* coniunctionem admittitur...; D.23,2,12 pr. (Ulp. 1. 26 ad Sab.): ... non sust nuptiae incestate...; D.23,2,52 (Paul. 1.6 ad Sab.): Incestae nuptiae neque *dotem habent*...

[16] LOTMAR, Lex Iulia de adulteriis, cit., esattamente afferma che si può avere anche incesto senza adulterio o stupro e ciò avviene nel caso di matrimonio incestuoso (p. 127 con nt. 2), ma non trae le dovute conseguenze, per esempio nella esegesi di D.48,5,39 *pr.*-7 (p. 128 ss.). Per lo più si parla, a fianco dell'incesto congiunto all'adulterio, di una generica figura di 'incesto semplice' a cui non si tende a dare la relativa definizione e il giusto peso nelle difficili esegesi dei passi giurisprudenziali. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., p. 103 ss., quando afferma che la donna era punita solo se l'incesto concorreva con adulterio e stupro e non quando era semplice, non dice in che consisteva l'incesto semplice. Così GUARINO, Studi, cit., appiattisce la prospettiva definendo l'incesto una ipotesi aggravata di stupro, uno stupro qualificato dal fatto che gli agenti non possono entrare in rapporto di matrimonio o concubinato (p. 186 ss.). E quelle fonti che menzionano un incesto congiunto a stupro (ad es.: D.48,18,5; D.48,5,39,1)? Talvolta l'a. parla di 'incesto puro e semplice' (ad es., p. 190) ma non dice apertamente che esso ha luogo quando gli agenti, pur non potendoci entrare, entrano in rapporti matrimoniali. La stessa reticenza è in LOMBARDI, *Incestum*, cit., il quale pure parla di 'semplice incesto' (p. 19, p. 37, p. 39); l'a. menziona anche un 'incesto in sè', che si intuisce, nel pensiero dell'a., diverso dalle nuptiae incestae (p. 25). Infine, vi è chi, all'opposto, enfatizza la figura dell'*incestum* per *matrimonium* illicitum, giungendo fino a negare la configurazione di una autonoma figura criminosa all'incestum coniunctum adulterio (MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe*, cit., p. 71 s.).

[17] Oltre alle testimonianze sopra citate, relative ai divieti di matrimonio per ragioni di parentela, v. i passi riportati alla nt. 15. Il quadro, naturalmente, non è esaustivo.

[18] Coll. 6 de incestis nwptiis; in: PS. 2,19; ULP. 5,6-7; GAI. epit. 1,4 si tratta di nozze incestuose nell'ambito della trattazione dei divieti di matrimonio per motivi di parentela.

[19] CTh. 3,12 de incestis nubtiis; CI. 5,5 de incestis *vel inutilibus nuptiis*.

radossalmente, gli studiosi dell'incesto gli hanno dedicato appena qualche cenno distratto (20).

In che consiste è presto detto. Abbiamo or ora visto i divieti di concludere matrimoni per motivi di parentela. Orbene, l'*incestum* per *illicitum* matrimonium *cotractum* è il fatto di concludere uno di quei matrimoni vietati (21). Dal punto di vista civilistico, è un **non** matrimonio (22) e i figli che nascono sono illegittimi (23); dal punto di vista penale è un crimine più o meno severamente sanzionato (24) ma, almeno in determinati momenti storici, solo a certe con izioni: siccome è pur sempre un matrimonio, una unione che avviene *palam, liberorum procreandorum* causa e non una unione clandestina a scopo di libidine (25), coloro che lo concludono nono-

d

(20) Si veda quanto si è detto al riguardo nella nt. 16. Tra gli autori che dedicano particolare attenzione a questo specifico delitto: d'incesto, oltre a MODRZEJEWSKI, Die Geschwisterehe, cit., p. 71 ss., v.: GAUDEMET, *Iustum matrimonium,* cit., p. 322 ss.; BERGER, sv. *incestus* (incestum), in *Encyclopedic* Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, p. 497.

(21) Si legga ad esempio: D.23,2,39,1 (Paul. 16 ad Plaut.): Si quis ex his, quas moribus *prohibemur* uxores ducere, duxerit, incestum dicitur *committere*; ULP. 5,7: Si quis *eam* quam non licet *uxorem* duxerit, incestum matrimonium contrahit.

(22) Per un inquadramento giuridico del matrimonio incestuoso, v., per tutti: GAUDEMET, *Iustum* matrimonium, cit., p. 322 ss.; ROBLEDA, Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano, in St. Donatuti, III, Milano 1973, p. 1153 s.

(23) CRIFÒ, sv. adulterini ed incestuosi (figli) (dir. rom.), in ED, I, p. 608 ss., con letteratura.

(24) La punizione dell'incesto, nelle sue due forme di incesto 'matrimoniale' e di incesto con adulterio, è un tema dolente in cui è difficile mettere ordine tra i testi, certamente alterati, e tra gli studiosi. Rinunciamo in questo luogo a tirare le fila del dibattito rinviando al rapido quadro di sintesi di MODRZEJEWSKI, Die Geschwisterehe, cit., p. 71 ss. e a quanto diremo *infra* nel testo e alle ntt. 51 e 55.

(25) Testo fondamentale, D.23,2,68 (Paul. lib. *sing.* ad SC. *Turpillianum*): Iure gentium incestum *committit,* qui ex gradu *ascendentium vel discendentium* uxorem duxerit, qui vero ex *latere* eam duxerit quam vetatur, *vel adfinem* quam *impeditur,* si quidem palam fecerit, levius, si vero clam hoc *commisit,* gravius punitur. cuius *diversitatis illa* ratio est: circa matrimonium quod ex *latere* non bene contrahitur palam delinquentes ut errantes *maiore poena* excusatur, *clam committentes* ut *contumaces* plectuntur, È plausibile che il testo sia rimaneggiato (cfr. Index itp.), ma esso rimanda sicuramente a una categoria, forse la più risalente e forse introdotta dal misterioso SC. Tertullianum che potrebbe essere stato emanato in occasione delle nozze di Claudio con la nipote (v. CUIACIO, Opera, ad *Paris.* Fabrot. edit... exacta, in Tom. XIII distributa, Prati 1839, IX, col. 2597 s.; IV, col. 2832), elaborata allo scopo di distinguere, nell'ambito delle unioni incestuose, quelle che potevano essere tollerate e quelle invece che andavano severamente avversate. Si può dire con relativa sicurezza che la categoria rinvia all'incesto 'matrimoniale', da una parte, e a quello con adulterio ***o*** stupro dall'altra. E ciò, nonostante l'impropria allusione a, un matrimonio clandestino, pressochè inconcepibile. D'altra parte i segni di rirnaneggiamento secondo noi non mancano, per esempio, nel punto in cui la distinzione palam-

stante la proibizione, normalmente hanno una causa di giustificazione la quale, non solo in età classica, se valida e accompagnata dallo scioglimento del matrimonio, può guadagnare l'impunità (26).

Motivi etici inducono il legislatore a criminalizzare il fatto di sposarsi tra parenti, e a scopo deterrente talvolta si giunge anche a minacciare estreme sanzioni; motivi sociali disparati (che vanno dalla frequenza degli errori di persona, alla precocità, quindi inconsapevolezza, dei matrimoni, al fatto che in determinate regioni dell'impero taluni impedimenti della legge romana erano estranei ai costumi locali, infine alla circostanza che per alcuni divieti c'era una legislazione oscillante la quale favoriva l'errore di diritto), tutti questi motivi sociali, dicevamo, consigliano, a determinate condizioni, l'indulgenza.

È bene tuttavia sottolineare come alle radici del differente modo di intendere le due anime dell'incesto — l'incestum *cum* adulterio di cui parleremo e l'incesturn per *illicitum matrimonium* — ci sia proprio, almeno in età classica, l'antitesi tra il *palam* e il *clam* (27), categorie concettuali, parametri di giudizio di sicura (28) e larga (29) applicazione, il cui significato profondo spetta ancora una volta agli antropologi spiegare.

Ci limitiamo ad osservare che sembrano una traduzione in termini razionali delle due fondamentali strutture dell'incesto presenti nel mito greco: la storia di Edipo, che tutti sanno, archetipo dell'incesto involontario e inconsapevole e la storia di Enomao che vive volontariamente e consapevolmente in stato di incesto con la figlia Ippodamia (30).

6. Passiamo ora a quest'ultimo tipo, all'incesto con adulterio o con stupro.

---

clam è limitata ai soli matrimoni tra collaterali, come se un errore di fatto non potesse indurre al matrimonio anche parenti in linea retta, meritevoli al pari degli altri di tolleranza.

(26) Cfr. *infra*.

(27) V. nt. 25.

(28) C'è una testimonianza, tra le tante a favore, che potrebbe deporre contro questa idea. Si tratta di D.48,5,11,1 (Pap. lib. *sing.* de *adult.*): *Militem,* qui sororis *filiam* in *contubernio habuit,* Zicet non in *matrimonium adulterii* poena teneri *rectius dicetur.* Il soldato sarebbe tenuto alla pena deli'adulterio sebbene non sposato con la figlia della sorella; il che significa che lo sarebbe a maggior ragione se sposato. CUIACIO, Opera, cit., IV, col. 2832-35, propone di leggere *scilicet* in luogo di Zicet. E così, tra gli altri, GUARINO, Studi, cit., p. 193 nt. 36.

(29) Ad esempio, un parametro analogo fa capolino ancora nella costituzione di Costantino destinata alla repressione delle relazioni che avevano luogo. occulte tra le donne ingenue e i loro schiavi (CTh. 9,9,1 = CI. 9,11,1).

(30) Così CHIARINI, *Esogamia* e incesto, cit., p. 268.

Per comprendere di che si tratta, bisogna ricordare che, nel 18 a.C. (31), Augusto ha proposto la *lex Iulia* de *adulteriis* (32) la quale puniva ogni rapporto, occasionale o continuativo che fosse, con una donna ingenua e onesta, una matrona per intenderci, di quelle donne che, per non confondersi con le altre di basso rango (e, secondo le opinioni del tempo, di dubbia moralità: commesse di negozio, attrici, prostitute), portavano anche una specie di divisa. A queste donne era assolutamente proibito avere rapporti amorosi al di fuori del matrirnonio.

Sembra, lo dice Papiniano (33), che la legge parlasse genericamente di adulterio tanto per il caso in cui la donna, che si metteva con un uomo, fosse sposata, quanto nell'ipotesi in cui fosse nubile. Più tardi, benché molti giuristi continuassero a usare promiscuamente i due termini (34), si pose la distinzione tra adulterio, se la donna era sposata, e stupro se la donna non era sposata (35). Come è noto, le sanzioni, piuttosto severe (36) (e sempre più lo sono diventate con il passare del tempo) colpivano tanto la donna quanto il suo amante. Condizione per essere puniti era il dolo (37), cioè la piena consapevolezza che si trattasse di una condotta illecita, consapevolezza la quale si esprimeva e si faceva presumere nella tendenziale clandestinità di queste unioni.

Orbene, si rifletta sul fatto che l'incesto, vale a dire l'unione tra parenti, quando ha luogo in quelle condizioni di clandestinità che fanno presumere la piena consapevolezza, negli amanti, della illiceità del loro comporamento, sia la donna già sposata oppure nubile, l'incesto, dicevamo, è, in questi casi, prima di tutto un adulterio o uno stupro e quindi concettualmente assorbito in esso (38).

---

(31) È opinione comune che si tratti del 18 a.C. Da ultimo: ANKUM, La « *captiva* adultera ». *Problèmes* concernant *l'accusatio* adulterii en droit *romain* classique, in RIDA, 32 (1985), p. 153; diversamente: RADITSA, *Augustus' legislation concerning* marriage, procreation, *love,* affairs *and* adultery, in ANRW, II, 13, Berlin-New York 1980, p. 278.

(32) In argomento la letteratura è vastissima; v. ampia rassegna in: CANTARELLA, Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano, in *St. Scherillo*, I, Milano 1972, p. 243 ss.; ANKUM, La « *captiva* adultera », cit., p. 157 nt. 20.

(33) D.48,5,6,1 (Pap. l. 1 de adult.); v. anche D.50,16,101 (Mod. 1. 9 differ.).

(34) V. VOLTERRA, Per la storia *dell'*« accusatio adulterii iure *mariti vel patris* », in *St.* econ. giur. Univ. Cagliari, 17 (1928), p. 5 nt. 2 (estr.). Un tentativo di riordinare l'impiego dei termini *stuprum* e *adulterium* da parte dei giuristi è in LOTMAR, *Lex* Iulia, cit., p. 120 s.

(35) V. i testi citati alla nt. 33.

(36) ANKUM, La « *captiva* adultera », cit., p. 155 s.

(37) D.48,5,13 (Ulp. 1. 1 de *adult.*).

(38) Questo spiega, secondo noi, la originaria indifferenziazione, dal punto di vista della tutela giuridica, tra adulterio e incesto 'laico' a scopo di libidine

Il motivo centrale della confusione dei ruoli e della *turbatio sanguini*~è peraltro comune all'incesto e all'adulterio (Papiniano (39), a proposito dell'adulterio, dice che si differenzia dallo stupro perché il *partum* ha doppio nome).

È nostro convincimento (40) che la repressione di questo tipo di incesto, vale a dire quello intenzionale, clandestino, con donna sposata o nubile, non si sia mai staccato neppure terminologicamente dalla nozione e dalla disciplina dell'adulterio, se non in età classica (41) avanzata, comunque dopo la *lex Iulia de adulteriis coercendis.* Solo in questo periodo, la prassi giudiziaria *extra ordinem* (42) *e* la riflessione giurispmdenziale (43), forse anche un

(v. anche Y. THOMAS, *Mariages,* cit., p. 345 nt. 1). Nonostante il modo di esprimersi dei giuristi severiani, certamente non univoco, risulta chiaramente che accanto al comune crimen *incesti,* da identificarsi con le incesfae nuptiae, esiste un crimen *incesti* alla cui base sta un adulterium o uno stuprum. Si legga Pap. D.48,5,40,5: Praescriptione quinque *annorum crimen incesti coniunctum* adulterio non excluditur; Pap. D. 48,5,40,8: *Incesti commune* crimen adversus duos *simul intentari* potest. *De* servis quaestionem in dominos *incesti* postulatos ita *demum habendam* respondi, si per *adulterium* incestum esse contractum dicatur; Pap. D.48,5,39 pr.: Si *adulterium* cum incesto committatur...; Pap. D.48,5,39.1: ... *stuprum* in sororis *filia* si committatur... duplex *admissum* est; Marc. D.48, 18.5: Si quis *viduam vel alii nuptam cognatam,* cum qua nuptias contrahere non *potest,* corruperit, in *insulam* deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas et adulterium *vel* stuprum adiungit...

(39) D.48,5,6,1 (Pap. 1. 1 de aduit.).

(40) Cfr. nt. 38.

(41) Per la repressione dell'incesto in età preclassica, in assenza della benché minima indicazione testuale (eccezione fatta, naturalmente, per l'incesto delle vestali ed ipotesi similari), si avanzano diverse congetture, in cui si intrecciano tribunale domestico, giurisdizione del pontefice massimo, processo comiziale (cfr., per tutti: VOLTERRA, *Ignorantia,* cit., p. 97 ss.; GUARINO, Studi, cit., p. 177 ss.). Per l'età classica la letteratura si divide tra chi ritiene essere stato, l'incesto unitariamente inteso, disciplinato dalla lex Iulia de adulteriis e quindi punito con la procedura per *quaestionem* (GUARINO, Studi, cit., p. 182 ss.) e chi invece postula l'estraneità di questa legge all'incesto (tra gli altri, LOTMAR, Lex *Iulia,* cit., p. 123 ss.; VOLTERRA, Ignorantia, p. 105; DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»,* cit., p. 405 nt. 65).

(42) Tra gli altri, DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»,* cit., p. 404 s., postula la repressione extra ordinem dell'incesto.

(43) I passi dei giuristi citati sopra, alla nt. 38, testimoniano, a nostro parere, una raggiunta autonomia, concettuale e normativa, dell'*incestum cum adulterio* (o adulterium *cum* incesto) rispetto all'*adulterium* semplice, documentandone nel contempo l'area di derivazione. E non si tratta di concorso (questa è l'opinione generale) tra il crimine d'incesto (ma quale, se al di fuori delle *incestae* nuptiae e di quello per adulterio e stupro, non esiste altro incesto?) e quello di adulterio (per tutti, cfr. LOTMAR, Lex Iulia, cit., p. 127 ss., il quale parla di Zusammentreffen oder Doppelverbrechen) ma di un crimine a sé stante, ancorché denominato crimen duplex. Vi sono le tracce di una disciplina che lo differenzia, oltre che dalle ineestae nuptiae (v. ad es., la tortura degli schiavi

SC (44), hanno operato il distacco e creato una autonoma figura di illecito, chiamata con oscillazioni *adulterium* o *stuprum* ***cum*** incesto o *incestum* cum adulterio, vale a dire un normale adulterio o stupro qualificati dal fatto che gli amanti sono parenti.

7. Dopo queste irrinunciabili premesse che riguardano l'incesto in generale, veniamo all'argomento che ci interessa, cioè la punizione della donna.

Per l'età classica, la testimonianza più importante è, malauguratamente, anche la più corrotta e quindi la più bersagliata dalla critica interpolazionistica. Si tratta di D. 48,5,39, *pr.*-1 (Pap. 13 quaest.):

> Si adulterium cum incesto committatur, ut puta eum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret. È Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore rnatrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant. 2 Quare mulier tunc demum earn psenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata. 3 Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit. 4 Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio comrnisso nullam habere possint excusationem. 5 Idem imperatores rescripserunt post divortium, qusd cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. 6 Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: 'Incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus'. 7 Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correction, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit.

---

contro il padrone che è ammessa solo per l'*incestum cum* adulterio: D.48.18,5; 48,5,40,8) anche dall'*adulterium*, forse per quel che concerne la sanzione, (deportati~e non relegatio: così LOTMAR, op. cit., p. 138, ma v. *infra*) e senz'altro per la prescrizione quinquennale (D.48,5,40,5).

(44) Cfr. D.23,2,68 cit. alla nt. 25.

Non c'è dubbio che il frammento presenti molte mende formali e conservi i segni di tagli affrettatamente suturati. Ma una sostanza originale c'è, come c'è una logica interna che lo sostiene nella sua interezza (45). Naturalmente la nostra esegesi non può che essere sommaria.

Nella prima parte del testo (*pr.*- 2), la riflessione del giurista cade proprio sulla punizione della donna che commette quello (46) dei due tipi di incesto designato come *adulterium* o *stuprum cum incesto* o *incestum cum adulterio* o *stupro* (per intenderci, l'incesto a scopo di libidine, sempre volontario e clandestino). E detto infatti che in un adulterio con incesto, ad esempio con la figliastra, la nuora o la matrigna (che Papiniano mostra di considerare chiaramente come sposate), la donna è punita al pari dell'uomo (47). Se invece è commesso uno stupro con incesto (48) (quindi la donna è nubile), come ad esempio con la figlia della sorella, il giurista si domanda se basta la pena dell'adulterio inflitta all'uomo (quindi, se la donna possa andare esente) (49); la risposta sembra essere di no perché non si tratta di un *errore matrimonium illicite contractum* ma di una doppia offesa, al sangue ma anche al diritto (perché c'è la consapevolezza, questo significa *contumacia iuris)* (50). Si noti il richiamo al-

(45) È pressoché impossibile dare minuziosamente conto in questa sede delle differenti proposte di lettura del passo, con relative espunzioni e aggiunte. Rimandiamo genericamente ai principali autori che si sono occupati di esso, con più puntuali rinvii *infra* su specifici punti. Ad eccezione della lettura piuttosto conservativa di LOTMAR, Lex *Iulia,* cit., p. 128 ss., i seguenti a. sono tutti assai critici: VOLTERRA, Osservazioni, cit., p. 104 ss.; VOCI, L'errore, cit., p. 198 ss.; DE MARTINO, *L'« ignorantia* iuris », cit., p. 407 ss.; GUARINO, Studi, cit., p. 237 s., p. 249 ss.; LOMBARDI, Incestum, cit., p. 8 ss. Sempre illuminanti sono le osservazioni di CUIACIO, Opera, cit., IV, col. 1798-1805.

(46) La donna non commette, come correntemente si legge in letteratura, due reati, l'incesto e l'adulterio.

(47) Così anche LOMBARDI, Incestum, cit., p. 10 s., il quale giustamente respinge la proposta di espunzione di *similiter* già avanzata da BESELER, *Textkritische* Studien, in ZSS, 53 (1933), p. 62 *e* VOCI, L'errore, cit., p. 202. Il sospetto di interpolazione della frase da id a eveniret (LOMBARDI, op. cit., p. 11 e altri ivi citati) si può condividere nei limiti di una probabile riflessione scolastica successiva a Papiniano, ma in sé non illogica in quanta la frase potrebbe significare che la donna è punita come l'uomo anche se non è sposata, anche se non c'è adulte io ma stupro.

(48) Che il giurista si ponga, particolarmente, il problema dell'incesto con adulterio e con stupro non deve stupire perché lo stupro era meno grave dell'adulterio (v. ANKUM, La *captiva* adultera, cit., p. 158 s.).

(49) Respingiamo senz'altro, d'accordo con LOMBARDI, op. cit., p. 14, l'idea, largamente maggioritaria, che il passo si chieda se basti ,per l'uomo, la pena dell'adulterio, senza alcun riferimento alla donna.

(50) Per analoga interpretazione del *duplex* admissum, v. LOMBARDI, op. cit., p. 15.

l'incestum per *matrimonium illicitum* contractum che si contrappone con la sua tendenziale inconsapevolezza all'altro tipo di incesto. Orbene, in quest'ultimo tipo, anche se la donna non è sposata, è punita al pari dell'uomo. La pena (51) sembra essere, almeno ai tempi di Papiniano, quella dell'aduterio, cioè la relegatio in un'isola deserta. Segue al par. 2 una specie di ricapitolazione in cui si dice che la donna è punita come l'uomo quando l'incesto è tale per diritto delle genti (par quindi di dover identificare l'*incestum iure gentium* con l'*incestum coniunctum* adulterio o stupro) e sarà invece scusata quando interverrà la sola iuris nostri observatio (le proibizioni matrimoniali e relative indulgenze stabilite dalle leggi romane) cioè le incestae *nuptiae* (52).

Viene una seconda parte (par. 3-6), in cui il giurista questa volta sposta la sua attenzione sull'incesto palese e inconsapevole, sull'*incestum per matrimonium* illicitum *contractum,* per osservare che pure l'uomo (quindi è sottinteso che ciò vale anche per la donna), se ha commesso un *incestum* per *matrimonium illicitum,* ancorché

(51) Le fonti prospettano un quadro ambiguo e probabilmente stratificato. Con riguardo all'uomo, Coll. 6,3,3 parla di poena ndulterii (e quindi di relegatio) a proposito, almeno sembra, di incestae nuptiae, quando invece D.48,5,39,1 propone sempre la pena dell'adulterio in caso di *incestum* per *stuprum*; in D.48,18,5 è parola invece della deportatio, chiaramente a proposito di un incesto con adulterio, e in PS. 2.25,15 si parla ancora della deportatio, senza precisare a quale tipo di incesto si riferisca. Con questo quadro testuale di riferimento, la letteratura ha avanzato molteplici soluzioni di cui daremo parzialmente conto *infra.* La nostra preferenza per la relegatio, a proposito dell'incesto congiunto a stupro o ad adulterio nei primi tempi dell'epoca classica, deriva soprattutto dall'idea che questo tipo di incesto si sia guiridicamente differenziato dall'adulterio solo in una prassi di lungo periodo e nel pensiero giurisprudenziale avanzato. Prima c'era la disciplina dell'adulterio ex lege Iulia e come difesa sociale di un fenomeno tendenzialmente inafferrabile come la relazione o il rapporto incestuoso clandestini poteva bastare. Per le incestae nuptiae, invece, non c'era probabilmente, nei primi tempi dell'età classica, una pena di base tanto severa e nella prassi tutto si doveva stemperare nella remissione per l'uomo e per la donna, sul presupposto, evidentemente, che l'unione venisse sciolta.

(52) Uno dei punti più spinosi in materia di incesto è forse rappresentato dalla classificazione tra *inc.* iure gentium e iure civili: classicità (**v.** ad esempio, DE MARTINO, E'« *ignorantia* iuris », cit., p. 405) o origine compilatoria della medesima (LOMBARDI, *Incestum,* cit., p. 43 in sintesi; l'a. peraltro, offre un utile panorama delle opinioni espresse in dottrina sul significato delle due locuzioni); quali i casi rientranti nell'un tipo e nell'altro (per quanto riguarda l'inc. iure gentium, disomogenei sono i dati delle fonti: D.23,2,68; D.12,7,5); quale la importanza giuridica, soprattutto ai fini della rilevanza dell'errore. Non è questo il luogo per prendere partito; e quello avanzato nel testo (una possibile, più risalente, identificazione, almeno nel pensiero di qualche giurista tra cui Papiniano, dell'*inc.* iure *gentium* con l'inc. *cum* adulterio e dell'inc. iure civili con Ie incestae nuptiae) è solo uno spunto che necessita approfondimento.

si tratti di un crimine per natura più grave dell'adulterio, è punito *humanius*. E a mo' di esemplificazione vengono riferiti tre rescritti, logicamente tutti al maschile, dei divi fratres: non è perseguibile il figliastro in buona fede dopo il divorzio dalla matrigna; le incestae *nuptiae* non possono essere convalidate ma è rimessa la pena a chi si astiene dal praticare tale matrimonio, soprattutto se non vi è stata ancora formale accusa; fu rimesso il *crimen incesti* a un Claudio ([53]) *propter aetatem*, con l'ordine però che fosse sciolta la *illicita coniunctio*.

Vi è infine una terza parte (par. 7) in cui il giurista fa un riepilogo delle scusanti che rendono impunibile chi ha commesso un incesto matrimoniale: tra l'età, l'errore, la correctio *puniendi* in buona fede ([54]), c'è il sesso; e da questo si capisce chiaramente che la donna, a differenza dell'uomo, il quale pure gode di diverse cause di giustificazione, tendenzialmente non è mai punita.

Quindi si ricava da Papiniano che, almeno nell'età degli Antoni e dei Severi, la donna la quale si macchiava di un incesto clandestino e consapevole era punita come adultera al pari dell'uomo; se invece commetteva un incesto 'matrimoniale', a differenza dell'uomo che talvolta poteva anche esserlo, soleva non essere punita ([55]).

8. Per l'età successiva a quella classica non abbiamo informazioni dei probabili sviluppi repressivi dell'*incestum cum* adulterio

---

([53]) Non vi è dubbio che si tratti di un Claudio, come aveva già intuito SAVIGNY citato in adesione, tra gli altri, da VOLTERRA, Osservazioni, cit., p. 110 nt. 2 e LOMBARDI, *Incestum*, cit., p. 18.

([54]) Si noti come l'avvertimento di Papiniano, per cui queste cause di giustificazione possono essere più incisive se non è ancora iniziato il processo, è ripetuto anche in Coll. 6,6,1,

([55]) Cerchiamo di annodare le fila della letteratura, sul punto quanto mai frammentata, avvertendo ancora una volta che, nell'opinione generale, all'incesto con adulterio o stupro (non inteso come un solo reato, ancorché complesso, ma come un concorso di due reati, il così detto incesto semplice e l'adulterio o lo stupro) si affianca appunto l'incesto semplice che nel pensiero di molti autori resta imprecisato, talvolta addirittura contrapposto alle incestae *nuptiae* (LOMBARDI, p. 25, p. 34), quando invece ci pare fuor di dubbio che proprio delle incestae nuptiae si tratti. Ciò premesso, vediamo qualche autore. LOTMAR (Lex *Iulia*, cit., p. 129 ss.), dall'ultima frase del *principium* del passo papinianeo in discorso (id-eveniret) ricava che la donna era punita al pari dell'uomo anche nel semplice incesto e quindi a maggior ragione doveva esserlo nel caso di concorso: se si trattava di un *incestum* iure *gentium* la pena, comune ai due rei, era la deportatia; se invece si trattava di un *incestum* iure civili, la donna rispondeva solo per l'adulterio o lo stupro ma non per l'incesto. Ber VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., p. 103 ss., la donna, a differenza dell'uomo, era punita d'incesto solo se questo ravvisava un adulterio o uno stupro, ma, si badi bene, era punita a titolo di adulterio o di stupro e con le sanzioni proprie di questi illeciti (*relegatio*, invece l'uomo subiva la deportatio); il pareggiamento si

o *cum stupro* (56). Tutto lascia pensare che si sia continuato a punire allo stesso modo l'uomo e la donna, in parallelo con la tendenza ad un aggravamento della sanzione che si registra in materia di adulterio.

Abbiamo invece molte informazioni per quel che concerne l'incesto 'matrimoniale'. Lo svolgimento, seppure con andamento non sempre rettilineo, è nella direzione di una maggiore severità interrotta da, si presume frequenti, amnistie. I1 problema dei matrimoni incestuosi tende ad aggravarsi per due principali motivi: da una parte il conflitto tra i principi strettamente esogamici professati dal potere centrale (nessuna differenza tra imperatori pagani e cristiani) e gli usi endogamici di certe province; dall'altra, la copiosa e disordinata legislazione in materia di divieti, che facilita l'errore di diritto.

Vediamo rapidamente due testimonianze giurisprudenziali che rimandano ad età postclassica. La prima è un passo delle PS. contenuto anche nella *Collatio* e tratto dal titolo de *nuptiis*. In, margine

---

sarebbe avuto solo con Diocleziano. Secondo Vocr, L'errore, cit., p. 198 ss., nel concorso tra adulterio e incesto, uomo e donna erano sanzionati in pari misura ma se il concorso era tra stupro e incesto, la donna avrebbe risposto di solo. stupro e non anche di incesto; il primo caso sarebbe di incestum iure *gentium* e la sanzione sarebbe stata la relegatio poi la deportatio, il secondo caso ravviserebbe un incestum iure civili che comporterebbe per l'uomo sempre la deportati~per la donna, rimessole l'incesto, la semplice relegatio. La tolleranza per le incestae nuptiae sarebbe cominciata a partire dal 212. DE MARTINO, *L'*« ignorantia iuris », cit., p. 404 ss., nega che, per l'incesto semplice, la donna fosse impunita e l'uomo subisse in ogni caso la deportatio; la donna non godeva di una impunità generalizzata né si presumeva a suo favore la ignorantia iuris ma se ne ammetteva la prova; solo in età postclassica (Coll. 6,3,3) le si accorderà la presunzione. Per GUARINO, *Studi,* cit., p. 214 (in sintesi), la pena ordinaria per l'incesto era la relegatio (ex lege *Iulia* de adulteriis); nel solo caso possibile di concorso, cioè in quello tra incesto e adulterio, la stessa legge Giulia avrebbe comminato la *deportatio*. L'avvento della *cognitio*, già nel II secolo, accordava ampi sconti a uomini e donne; in età postclassica la pena extra *ordinem* per l'*incestum* sarebbe stata la deportatio, rimessa del tutto alla donna. Infine, secondo LOMBARDI, *Incestum,* cit., p. 35 ss., (in sintesi), se c'era cumulo tra incesto ed adulterio, la donna era punita al pari dell'uomo con la deportatio; se il concorso era tra incesto e stupro, la donna veniva assolta dall'incesto, non dallo stupro; se si trattava di semplice incesto, la donna era impunita e l'uomo subiva comunque la deportatio (p. 38).

(56) Al di fuori dei passi giurisprudenziali contenuti nel Digesto, nessun'altra attestazione di iura o di *leges* fa sicura menzione dell'incestum *cum adulterio* o cum stupro (PS. 2,19,5 = Coll. 6,3,3 e PS. 2,26,14-15, di cui ci occupiamo nel testo, sono problematici ma ci pare che si riferiscano solo a matrimoni incestuosi). Sembra che unicamente le incestae nuptiae abbiano destato l'interesse. degli operatori giuridici, particolarmente degli imperatori. A proposito di questi ultimi, forse un cenno si potrebbe cogliere in una costituzione di Costanzo e Costante contenuta in CTh. 3,12,1, precisamente nelle parole... aut in eius *amplexum...*, in relazione disgiuntiva con un caso di matrimonio incestuoso.

alla rassegna dei divieti per ragioni di parentela si legge in PS. 2,19,5 (= Coll. 6,3) che non è lecito sposare né la suocera, né la nuora, né la figliastra senza incorrere nella pena dell'incesto, così come la zia paterna e la zia materna; ma *qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore ipse poenam adulterii Zege Iulia patitur, non etiam ducta.* Vale a dire che chi abbia sposato contro la proibizione, ad esempio, la cognata, rimesso alla donna l'errore di diritto, egli subisce la pena dell'adulterio secondo la legge Julia, non anche la donna condotta in sposa.

Per quanto riguarda l'aspetto repressivo, il passo si presenta riduttivamente casistico, come se la *poena incesti* interessasse solo colui che avesse sposato una affine, la zia materna o paterna, o la cognata, il che è decisamente improbabile; oppu e, come se la donna fosse perdonata solo in caso di errore di diritto e, addirittura, solo quando si trattava di matrimonio tra cognati. C'è poi la posizione dell'uomo equiparata a quella di chi, in età classica, ha commesso non un matrimonio incestuoso ma un adulterio incestuoso senza possibilità di scuse.

Può darsi che il brano esprima una spinta momentanea di particolare severità; ma a parte la infinità di problemi ([57]) che la critica del testo pone, a noi interessa sottolineare la tendenza a scusare la donna, tendenza che qui sembra limitata all'errore di diritto ma che invece in un altro passo, anch'esso problematicissimo, sembra ancora generale.

Leggiamo PS. 2,26,15: *Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur;* dunque, la pena dell'incesto (che per l'uomo è la *deportatio in insulam,* senza dire in quale caso d'incesto o se in ogni caso) piacque che fosse rimessa alla donna almeno fintanto che non è afferrata dalla *lex Iulia de adulteriis,* cioè fintanto che la donna non commette un incesto con adulterio o stupro.

Se è esatta questa lettura ([58]), è ulteriormente provata la generale

---

([57]) I temi che hanno occasionato interpretazioni contrastanti in letteratura sono, fondamentalmente, la asserita previsione, da parte della *Zex Iulia de adulteriis,* dell'incesto (v., in opposizione, le interpretazioni di LOTMAR, *Lex Iulia,* cit., p. 125 ss.; GUARINO, *Studi,* cit., p. 196 s.) e la problematica dell'errore di diritto, per cui rinviamo a VOLTERRA, Osservazioni, cit., p. 105 s.; VOCI, L'errore, cit., p. 203 s.; DE MARTINO, *L'« ignorantia iuris »,* cit., p. 410 ss.; GUARINO, *Studi,* cit., p. 256 ss. Da ultimo, WINKEL, *Error iuris* nocet: *Rechtsirrtum als Problem* des *Rechtsordnung,* Amsterdam 1985, p. 126 s. È largamente condivisa l'opinione che si tratti di un passo di fattura postclassica.

([58]) Questa è l'interpretazione più plausibile dell'ultimo inciso, già sostenuta, tra gli altri, da VOLTERRA, Osservazioni, cit., p. 103; LOMBARDI, *Incestum,* cit., p. 36 s.; diversamente GUARINO, Studi, cit., p. 208.

non punizione della donna, ma limitatamente al caso dell'incesto matrimoniale.

9. Tale impunità sembra passare intatta attraverso le innumerevoli costituzioni bassoimperiali, emanate da imperatori pagani e cristiani, contenute nei titoli de incestis *nubtiis,* nelle quali si demonizzano gli '*inlicita conubia* consumati att averso un rito bestiale e di immensa barbarie per imperizia dei delinquenti o per *ignorantia iuris*' ([59]) (si noti incidentalmente l'uso dell'immagine del mondo delle bestie e dei barbari che ritorna come deterrente per esorcizzare l'incesto ([60]); lo stesso modello culturale del *ferarum* ritu *concubitus* riferito da Livio a proposito del dibattito sul plebiscito Canuleio). In queste costituzioni si finisce con il minacciare gravi sanzioni solo contro i matrimoni futuri e amnistiare quelli pregressi. Tutte costituzioni che sembrano concepite 'al maschile' ([61]).

Si accennava ad un andamento non rettilineo, bensì piuttosto segmentato di detta prassi legislativa. Ed infatti balza agli occhi una costituzione di Arcadio ed Onorio ([62]) del 396: a favore di chi ha sposato la *consobrina,* la figlia del fratello o della sorella o la moglie del fratello, c'è una specie di depenalizzazione, nel senso che al posto del *supplicium* (*hoc* est *ignum* et *proscriptionis*), vengono comminate solo sanzioni civili (oltre alla nullità del matrimonio e la illegittimità della prole, sono inflitte limitazioni successorie e la confisca

---

([59]) Siffatte parole sono tratte dalla assai nota costituzione di Diocleziano e Massimiano del 295, già appartenuta al codice Gregoriano sotto il titolo *de nuptiis* e riportata in Coll. 6,4. La sua lunghezza ci sconsiglia di riprodurla per esteso, anche se si tratta di un documento assai significativo dell'atteggiamento degli imperatori di fronte alle popolazioni endogamiche dopo il loro ingresso nella cittadinanza (cfr., per tutti, WEISS, Endogamie, cit., p. 361 ss.), apparentemente minaccioso e severo (si giunge a minacciare la pena capitale), sostanzialmente tollerante. Infatti, come ogni costituzione non massimata pervenutaci in argomento (e quindi al di fuori dei codici Teodosiano e Giustiniano: v. infatti le novelle di Giustiniano 12 e 154), finisce per amnistiare tutte le violazioni pregresse. Un secondo motivo a favore della citazione completa sta nel fatto che Volterra sostiene avere sancito, questa costituzione, la parità nella punizione tra uomo e donna (Osservazioni, cit,, p. 100), asserendo che ciò sarebbe apertamente detto nel testo della legge. Noi non l'abbiamo trovato. Comunque, uno specchio assai più fedele della quotidianità e della prassi del tempo di Diocleziano ci sembra il provvedimento del 291 citato sempre in Coll. 6,5 ove è detto che coloro i quali contraggono per errore un matrimonio incestuoso non sono puniti se lo sciolgono appena scoperto l'errore; provvedimento che si situa in un solco già tracciato da tempo (cfr., tra l'altro, il passo di Papiniano tratto dal *lib. sing.* de adulteriis, citato in Coll. 6,6,1).

([60]) I1 rilievo è in GUASTELLA, La rete del sangue, cit., p. 100, il quale però non cita il passo di LIV. 4,2,6.

([61]) Cfr. LOMBARDI, *Incestum,* cit., p. 39.

([62]) CTh. 3,12,3 = CI. 5,5,6.

della dote). Ma quel che più colpisce è il fatto che si dica id sane, *quod* de viris *cavimus,* etiam de feminis, quae *praedictorum sese consortiis commacularint,* custodiatur. Cioè, è espressamente affermato essere tenuta, la donna, alle stesse sanzioni civili dell'uomo. E ciò ci rafforza nell'idea che i destinatari delle numerose costituzioni imperiali in materia di matrimoni incestuosi fossero i viri e non le *feminae* (63).

10. E così giungiamo a Giustiniano e alla novella 12 del 535 de *incestis nuptiis.*

In aperta polemica con tutta la legislazione precedente in materia di incestae *nuptiae,* che avrebbe fondamentalmente lasciati impuniti i *peccantes* e punito la incolpevole prole (64), Giustiniano dispone che coloro i quali hanno contratto quelle nozze *inlicitas* et *contrarias naturae* che la legge chiama incestae et *nefandae* et *damnatae,* saranno soggetti alla perdita dei loro beni e della carica, subiranno l'esilio e, se di vile condizione, anche le percosse (65). È detto poi, e ciò ci interessa particolarmente: *mulier* quoque, si *legem sciens neglexerit,* et incestis se *dederit, eandem poenam subeat* (66).

Quindi, anche la donna è punita come l'uomo, anche lei (il *quoque* pare sottolineare la storica esenzione della donna dalla pena) subirà le percosse e l'esilio, oltre alle sanzioni patrimoniali, ma solo se avrà negletto coscientemente la legge. Il che vale a riconoscerle ancora una volta la possibilità di sfuggire alla pena in mancanza di dolo.

11. Avevamo promesso di non interrogarci sui significati di tutto questo: perché la donna incestuosa è punita come l'uomo in caso di incesto con adulterio o stupro, invece gode di un trattamento del tutto speciale nel caso di incesto nuziale. Non possiamo completamente eludere la domanda anche se la risposta forse è ovvia e saputa. Se la differente disciplina dei due tipi di incesto ci rimanda alle fondamentali categorie del *clam* e del *palam,* ai concetti di involontarietà e volontarietà, ai fini di matrimonio e di libidine, all'idea del matrimonio come sede unica in cui si motiva comunque in po-

---

(63) L'unica eccezione è forse rapportabile al matrimonio tra cognati. A fronte di una lunga serie di costituzioni (CTh. 3,12,3; 3,12,4; CI. 5,5,5; 5,5,8; 5,5,9), ove è all'uomo che si fa divieto di sposare la moglie del fratello premorto o la sorella della moglie, c'è CTh. 3,12,2 ove si dice *abstineant huiusmodi nubtiis* universi...

(64) IUST. nov. 12, *praef.* Ampio commento in CUIACIO, Opera, cit., X, Col. 597 ss.

(65) IUST. nov. 12,1.

(66) Trad. lat. di IUST. *nov.* 12,1.

sitivo l'unione tra uomo e donna, anche se sono parenti, il diverso trattamento riservato all'uomo e alla donna nell'ambito delle *incestae nuptiae* rinvia al solito discorso della donna oggetto e non soggetto di potere e della donna fondamentalmente incapace. La donna non è tendenzialmente protagonista del suo matrimonio; questo passa sulla sua testa di poco più che bambina, praticamente impedita a decidere, e che tantomeno conosce le leggi le quali vietano i matrimoni incestuosi.

In questo orizzonte culturale l'ordinamento compie una realistica presa d'atto e perdona.

SOMMARIO

In caso di incesto, la posizione della donna rispetto alla legge penale è diversa a seconda che si tratti di *incestum per illiciturn matrimonium* o di *incestum per adulterium* e *stuprum.* Nel primo caso, fino a Giustiniano, alla donna è rimessa la pena perché operano a suo favore molte scusanti, tra cui il sesso, l'età, l'errore, ecc.; nel secondo caso la donna è punita come l'uomo. Testi principali: D. 48,5,39 pr.-7; PS. 2,19,5 = Coll. 6,3; PS. 2,26,15; CTh. 3,12,3 = CI. 5,5,3; Iust. nov. 12,1.

SUMMARY

In case of incest, the woman's position in criminal law is different according to *incestum per illicitum matrimonium* or *incestum per adulterium* and *stuprurn.* In the first case, till Justinian age, the punishment is remitted to the woman on account of many justifications, among which sex, age, mistake, etc.; in the second case, the woman is punished as the man. Principal texts: D. 48,5,39 pr.-7; PS. 2,19,5 = Coll. 6,3; PS. 2,26,15; CTh. 3,12,3 = CI. 5,5,3; Iust. nov. 12,1.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - **Vol.** I (1987)

PAOLO CAPPELLINI

« Status » accipitur tripliciter

POSTILLA BREVE PER UN'ANAMNESI DI 'CAPACITÀ GIURIDICA' E 'SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE'

Le spiegazioni sono le illusioni di un'età scientifica.
H.G. WELLS

Ciò che, politicamente, si considera come desiderabile, si deduce dall'essenza o dalla nozione dello Stato; e ciò che si condanna dal punto di vista politico si dimostra che è *contrario* ***a*** *quest'essenza o a questa nozione di Stato. Non* è *forse questa la vera « giurisprudenza dei concetti »?*
H. KELSEN

Uberhaupt hat der Fortschritt das an sich, dass er vie1 grösser ausschaut, als er wirklich ist.
J. NESTROY

§1. La disciplina che ci è nota sotto il nome di storia dei dogmi o degli istituti è senz'altro destinata a cadere sotto il verdetto wellsiano, se mai ve n'è stata una. Eppure, paradossalmente, anche a sottrarvisi, posto che la sua reale intenzionalità 'originaria', mai completamente rinnegata, a tutt'altro appariva finalizzata, fuorchè alla 'spiegazione' (1): ciò rimane vero, e tende anzi ad approfondirsi nel momento in cui il processo di dernocratizzazione del diritto (anche privato) sembra segnato da tendenze involutive sia sul piano teorico

(1) Per un approfondimento meno episodico della questione ci permettiamo di rimandare al nostro lavoro *Wer hat Angst vor Dogmengeschichte. Metakritische und morphologische Bemerkungen über die sogenannte neuere Privatrechtsgeschichte,* in C. PETERSON (hrsg.), *Rechtsgeschichte und Theoretische Dimension,* Stockholm, in preparazione. Cogliamo inoltre l'occasione per segnalare che le annotazioni che qui si offrono al lettore costituiscono anticipazione di un più ampio saggio di prossima pubblicazione.

(2), sia, drammaticamente, sul terreno dei fatti (3). Tendenze queste che trovano la loro non ultima radice nella sottovalutazione cultu-

(2) Si veda, ad es., il recente saggio di P. BARCELLONA, L'individualismo proprietario, Torino 1987. Ci limitiamo qui a segnalarne alcune singolari anomalie 'bibliografiche', comunque di per sè sintomatiche e degne di più approfondita analisi. In primo luogo, pur collocandosi l'autore sulla scia dell'interpretazione macphersoniana dell'« individualismo possessivo », nessuna traccia è dato riscontrare dell'altro capitale lavoro del politologo canadese - cfr. C.B. MACPHERSON, The Life and *Times* of *Liberal Democracy* (1977), trad. it., Milano 1980 - nel quale l'analisi costruttiva della prospettiva attuale è ancor più acuta, e non limitata ad una dimensione storico-critica.

In secondo luogo, al di là del foucaultismo 'manieristico' dell'uomo come invenzione recente, figura che non ha nemmeno due secoli e che forse sparirà non appena il nostro sapere avrà trovato una nuova forma (cfr., ivi p. 113 e *passim*), il riferimento si arresta, non casualmente, sulla soglia dell'*ul*timo Foucault, quello — per intendersi — che riscopre la lunga durata e che nell'analisi del processo di costituzione della soggettività ne individua una dimensione che deriva sì dal potere e dal sapere, ma non ne dipende, una dimensione « irriducibile » tale da manifestarsi, paradossalmente, come 'diritto' alla differenza. Si veda sul punto M. FOUCAULT, *L'usages* des plaisirs, Paris 1984, pp. 33-37. Per alcuni degli aspetti della presa di distanza foucaultiana dai suoi libri precedenti cfr. *G.* DELEUZE, *Foucault* (1986), trad. it., Milano 1987, spec. pp. 96-123. Da ultimo si sofferma su questi temi nella loro specifica proiezione giuridica A. SERRANO GONZALES, *Michel Foucault. Sujeto* derecho poder, Zaragoza 1987.

In terzo luogo, appunto in relazione al problema della soggettività, ch'è avvertito giustamente dall'autore come centrale (p. 25 ss. e passirn), alla 'cultura del sè' — cfr. ancora M. FOUCAULT, Le souci de soi, Paris 1984, p. 53 ss. —, stavolta però nella sua dimensione prettamente giuridica, sorprende l'assenza di ogni riferimento al lavoro, per più profili fondamentale, di P. ZATTI, Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di « persona » nel rapporto con *la* titolarità delle situazioni soggettive, Padova 1975, dal quale emerge tra l'altro chiaramente la 'non univocità' del cosiddetto processo di dissoluzione del soggetto che trova « un limite, tuttavia, nella tendenza propria al concetto di persona, per cui esso reagisce alla soppressione dei riferimenti all'immagine dell'uomo, e alla riduzione a "forma" giuridica, riproponendo contenuti minimi relativamente costanti che smentiscono le proposte spersonalizzatrici » (p. 175).

Rispetto poi alla vulgata luhmanniana della 'indeterminazione' e 'contingenza' come generali caratterizzazioni di un diritto adeguato alla società « fluida e tattile, tattile e psichedelica » verso la quale ci starebbe portando l'avvento dell'era delle tecnologie morbide (P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 91) — una 'vulgata' che evidentemente, al di là delle critiche (pp. 73-77,94 ss.), sembra esercitare un sottile fascino attrattivo-repulsivo (« Sebbene... la teoria dei sistemi in generale, ed in modo particolare nella formulazione di Luhmann, sembri rispecchiare abbastanza efficacemente l'immagine di sè che la società moderna tende a produrre, sebbene cioè quella che abbiamo descritto come la fenomenologia *dell'oggettivazione* e della scomparsa *del* soggetto sembri trovare nella teoria sistemica *il* suo più significativo riscontro teorico, non si può dire tuttavia che non emergano obiezioni e difficoltà. [etc.] », ivi, p. 94; cfr. inoltre p. 68 ss., 87 ss. La sottolineatura è nostra) — andranno forse meditate le più concrete valutazioni che su un diverso terreno è in grado di offrire L.B. SOLUM, *On* the *Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical* Dogma, in The University of

rale della questione, già lucidamente impostata da Weber, di « com'è *ancora possibile in generale,* di fronte **a** questo prevalere della ten-

---

Chicago Law Review, 54 (1987), n. 2, pp. 462-503.

Che se poi l'autore, com'è il caso, acutamente utilizza gli spunti critici della teoria antropologica dumontiana nei confronti dell'individualismo 'moderno' (p. 59 ss.), non basterà concludere che la via per uscire, tra l'altro, da una postulata 'crisi della teoria democratica' (di stampo kelseniano), debba essere quella di « un gioco diverso da quello del mercato, cioè la produzione di un conflitto di qualità che non possa essere tenuto dentro il conflitto quantitativo e che porti ad una nuova forma di soggettività e di oggettività » (p. 133). Perchè o il 'nuovo' ordine è, finalmente, avveramento della « democrazia liberale come l'intendevano John Stuart Mill e i liberal-democratici etici che lo seguirono nell'ultimo periodo del diciannovesimo secolo e all'inizio del ventesimo, una società, cioè, che si sforza di assicurare a tutti i suoi membri eguale libertà di realizzare le proprie capacità » (C.B. MACPHERSON, *op. cit.,* p. I; sottolineatura nostra): ed allora il 'conflitto' di qualità è certo conservato — si tratterà però per l'appunto di tradurlo giuridicamente in termini adeguati —, ma « in termini culturali » non si tratta d'« inventare » nulla di realmente nuovo a livello di principi. Oppure si tiene conto fino in fondo del rilievo che esplicitamente Durnont dà alla nozione di 'gerarchia' — e che non è, si badi, a priori in contrasto con una diversa nozione di democrazia —, e allora non si tratterà di mantenere il conflitto come 'valore', ma di costruire una 'democrazia gerarchica', o meglio una democrazia diversamente gerarchizzata, non sottovalutando però il rischio che Dumont sembra minimizzare, un rischio scaturente da una eventuale contrapposizione dualistica frontale tra uguaglianza e gerarchia: « Pour être plus exact, ou plus complet, ajoutons que ce qui précède est vrai au niveau de la pure représentafion — égalité ou hiérarchie — et faisons place à une autre sorte d'alternative. Pour ce qui est des formes pratiques d'intégration, la plupart de celles qui viennent à l'esprit ou bien assemblent des agent égaux, identiques en principe, comme la coopération, ou bien renvoient à un tout et sont implicitement hiérarchiques, comme la division du travail. Seul le conflit se qualifie, comme Max Gluckman l'a montré, comme intégrateur. Il faut donc dire, en gros, qu'il y a deux voies pour reconnaitre en quelque façon l'Autre: la hiérarchie et le conflit. Maintenant, que le conflit soit inévitable et peut-être nécessaire est une chose, et le poser comme idéal, ou comme « valeur opératoire », en est une autre, même si c'est en accord avec la tendance moderne: Max Weber lui même n'accordait-il pas plus de crédibilité à la guerre qu'à la paix? Le conflit a le mérite de la simplicité, alors **que** la hiérarchie entraine une complication seniblable à celle de l'étiquette chinoise. Cela d'autant plus qu'il lui faudrait ici être englobée à son tour dans la valeur supreme de l'individualisme égalitaire. Je confesse pourtant ma préférence irénique pour elle. « (L. DUMONT, Essais *sur* Z'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne, Paris 1983, pp. 260-261). Di nuovo, non è forse un caso se sono assenti riferimenti a questo, come all'altro celebre testo del nostro (*Homo* hierarchicus. Le *système* des casfes *et* ses *implications,* Paris 1966, spec. 396 ss: 'Vers une tliéorie de la hiérarchie'); ad ogni modo andrà pure rilevato come le nozioni di individualismo *e* organicismo, e non soltanto la prima, siano ipotecate dallo spazio 'moderno', e che, quindi, anche il disconoscimento di aspetti 'individualistici' alle società primitive e tradizionali o di *ancien régime* sia connotato dal modello 'moderno'. Lo stesso dovrà dirsi in qualche misura della stessa storia della genealogia dell'individualismo moderno-occidentale, cfr. S-C. KOLM, *Le bonheur-liberté,* Paris, 1982, p. 126 ss.

denza alla burocratizzazione, salvare un *qualche* residuo di una libertà di movimento in *qualche* senso «individualistica»? Giacchè in fin dei conti è una rozza illusione quella di credere che oggi noi, anche i più conservatori tra noi, potremmo in generale vivere senza questi beni acquisiti sin dal tempo dei 'diritti dell'uomo'» (4).

Sottovalutazione culturale, dicevamo, che però spesso si ritraduce, nell'armamentario del giurista civilista, in una carenza di ricostruzione tecnico-sistematica non già di singoli settori della sua disciplina, bensì dei presupposti generali e, capillarmente, del sistema nella stia globalità; e tale 'costruzione' appare resa necessaria dalla considerazione che nella società moderna non si possa più univocamente (leggi immediatamente) identificare la fonte di oppressione nel capitale, dal momento che ci troviamo di fronte a «un'oppres-

(3) Cfr. soltanto, per due prospettive diverse L. LUSTGARTEN, *Racial inequality* and the limits of Zaw, in The Modern Law Review, 49 (1986), n. 1, pp. 68-85 e J. MARTENS, Der *Bürger* als Verwaltungsunterfan? in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heft 1/2 (1986), pp. 104-130. L'affermazione di taluno (Vattimo) che nelle società avanzate «il progresso ormai è diventato routine» (cfr. P. BARCELLONA, op. cit., p. 24) assume un suono che definire 'di beffa' (di ben tragica beffa) è poco, ove solo si paragonino le affermazioni kelseniane (non sospette, quindi, di 'giusnaturalismo') sulla capacità delittuosa e di obbligarsi di bambini e minorati psichici (Dottrina pura del diritto, 1960, trad. it., Torino 19753, *IV* Statica *del* diritto, n. 31 La capacità giuridica; la rappresentanza, p. 182: «Se il comportamento di un bambino o di un alienato mentale provoca la morte di un'altra persona non si punisce «per» questo comportamento nè il soggetto agente nè qualche altra persona, anche se l'azione è stata compiuta consapevolmente») con la 'realtà' normativa e sociale dello stato dell'Indiana, quale le vicende di questi mesi ci pongono sotto gli occhi; e ciò in ogni caso, anche in quello di una auspicabile conclusione positiva della vicenda medesima.

Che questi problemi non siano appannaggio, comunque, soltanto di esperienze giuridiche 'altre', forse giova a ricordarcelo, tra i tanti, il nome di Fouad Keraui, marocchino: non per molto, certo, secondo il detto evangelico (inteso come più piace) e dato che anche 'questo' tipo di progresso diventa presto 'routine'. Utile, tuttavia, per la comprensione scientifica del contesto strutturale il volume, dai giuristi troppo trascurato, di F. PARKIN, *Classi* sociali e *stato*. Un'analisi neo-weberiana, trad. it., Bologna 1985, spec. 25-65. L'inutilizzabilità 'empirica' della teoria sistemica autopoietica e autoreferenziale di Luhmann in questa prospettiva risulta più chiara ove sia collocata storicamente in un'analisi di lungo periodo dell'organicismo 'romantico' tedesco, come acutamente è in grado di fare S. TÖNNIES, *Organismus* und Freiheét - *Der* Verlust der *Subjektivität* in Luhmanns Systemtheorie, in H.-E. BÖTTCHER (hrsg.), *Recht Justiz* Kritik. *Festschrift für* Richard Schmid *zum* 85. Geburtstag. Mit *einem* Vorwort von *W. Brandt*, Baden-Baden 1984, pp. 375-394; laddove si mostra, altresì, come la «perdita di soggettività» non costituisca in realtà un 'rispecchiamento' sociale, ma invece una pratica strategica finalizzata.

(4) M. WEBER, Parlamento e governo e altri scritti politici, trad. it., Torino 1982, p. 95.

sione di una specie nuova, l'oppressione esercitata in nome della funzione » (5).

È chiaro che non potremo in questa sede illustrare distesamente le specifiche sfumature che il legame di implicazione appena segnalato tra storia dei dogmi e civilistica rende decisivamente attuali; il nostro compito rimane per adesso quello di render conto, assai più modestamente, di un dibattito 'tecnico' sul concetto di *status* che si colloca agli albori della 'scienza nuova' del secolo diciannovesimo per quanto attiene alla dimensione giuridica, ovvero la Pandettistica. Resta inteso, inoltre, che queste brevi annotazioni non pretendono in alcun modo di fornire un quadro esaustivo di un problema da più parti definito come « il più difficile dell'intera scienza giuridica » (6) Ci basterà individuarne alcune linee direzionali, sufficienti comunque, a nostro avviso, a far sì che il nucleo delle riflessioni con cui abbiamo aperto il discorso se ne riveli la filigrana 'nascosta'. Se riusciremo a portarla alla luce, anche in minima parte, potremo dichiararci in qualche misura soddisfatti, ma è ovviamente valutazione che non spetterà a noi.

E tuttavia, proprio all'inizio del nostro itinerario, ci imbattiamo in un dato che sembra ***prima facie*** entrare in qualche contraddizione con l'esordio 'pessimistico' sul rapporto tra processo di democratizzazione e civilistica *versus* storia dei dogmi. Infatti appunto in tema di capacità giuridica — se si prescinde da notazioni che possono, per ora, apparire comunque marginali (7) — disponiamo della classica

---

(5) S. WEIL, *Oppression et liberté*, Paris 1955, p. 21. Utili spunti, anche a 'a contrario', possono ricavarsi in questa direzione specialmente da H.D. ASSMAN, G. BRÜGGEMEIER, D. HART, C. JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Beitrage zur Privat-und Wirtschaftsrechtsheorie*, Konigstein im Taunus 1980; F. KÜBLER (hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*, Frankfurt am Main 1985; e, per il settore penalistico, da K. LÜDERSSEN, *V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1985. Da noi vedi già MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, in Riv. dir. civile, 1958, I, p. 629 ss.; e per ulteriori, stimolanti spianti, seppur in alcuni profili da ridiscutere, E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano 1983. Chiaramente avvertito è infine il declino del conflitto tra persona fisica o giuridica, a favore di un diverso dilemma tra persona e ruolo in F. ROTTER, *Zur Funktion der juristischen Person in der Bundesrepublik und in der DDR*, Karlsruhe, 1968.

(6) Cfr. A. CICU, *Il concetto di « stntus »*, in *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917, pp. 61-74; C. KEMP ALLEN, *Status nnd capacity*, in The Law Quarterly Review, 46 (1930), p. 278.

(7) Si osservi, ad es., la singolarità, per non parlare di 'discutibilità', della ricostruzione — a metà tra la pretesa storiografica e l'intento 'didascalico' — con la quale si 'lumeggia' il passaggio dal sistema previgente al codice attuale in tema di capacita giuridica (di diritto privato) dello straniero in una sede di grande rilievo anche didattico: « Nel sistema previgente era accolto invece il principio della uguaglianza della capacità di diritto privato di tutti gli uo-

trattazione di Falzea che non immeritatamente è stata definita « fondamentale » nell'ambito della nostra dottrina (8): essa si costituisce nella limpida contrapposizione concettuale tra il profilo statico ed il profilo dinamico — « Ciò significa che il soggetto incapace di agire non è in grado da solo, almeno in linea di massima, *di uscire dalla mera posizione statica che gli deriva dalla capacità giuridica* » (9) — non a caso anche sulla base dell'esigenza esplicitamente e polemicamente avvertita di una diretta ottemperanza a quello che vien definito un « precetto fondamentale che ispira gli odierni ordinamenti dei popoli civili, qualunque sia la concezione alla quale si ispirano, owero la esclusione di differenziazioni di principio tra i soggetti giuridici e la solenne affermazione della loro eguaglianza di fronte alla legge. A questo principio — che in alcuni paesi rappresenta ancora una re-

---

mini, cittadini o stranieri (art. 3 D. Prel. Codice abrogato). I1 legislatore liberale aveva la speranza « che il principio generosamente adottato dal Codice italiano dovesse divenire norma universale » (così la Relazione ministeriale, n. 7, al primo libro del Codice vigente) [sic!; l'intenzione risposta del legislatore liberale valutata 'ingenua' da quello fascista], ma la speranza rimase delusa. Di qui [!] il passaggio alla formula dell'articolo 16, che prevede l'eventuale limitazione di capacità dello straniero [riconosciuta a condizione di reciprocità] » (P. RESCIGNO, v. Capacità giuridica. Diritto civile, in *Novissimo Digesto* italiano, 2 (1981), p. 873, col. 2). Lo storico, per quel poco che gli compete, si permette sentitamente di dubitare che la ragione di un simile mutamento sia da ricercare nella generosità italica 'delusa'. Tanto più apprezzabile è la 'perdita' di 'civiltà giuridica', quando ci si prenda la pena di leggere le parole con cui, ben addentro all'era fascista, nel pur per altri versi 'cornpromissorio' contributo di N. STOLFI (v. Capacità giuridica, in Nuovo *Digesto* italiano, 2 (1937), p. 784) si valutava il codice 'liberale': « I1 codice civile italiano compì l'ultimo passo nel senso della liberazione individuale, e con l'art. 3 parificò lo straniero al cittadino, nel godimento dei diritti civili. Pertanto scomparsi gli antichi privilegi, sottoposti tutti i cittadini al peso dei pubblici gravami, la capacità giuridica è oramai attribuita piena ed intera a chiunque possegga le condizioni naturali (volontà ed organismo), per poter conseguire interessi individuali e collettivi degni di tutela giuridica ». (Tutte le sottolineature sono nostre). È da dire comunque che — fatti salvi un encomiabile soprassalto 'nostalgico', relegato peraltro in una nota, di A. TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile, Padova 198323, p. 72, n. I; cfr. ivi, p. 30; nonchè la notazione di F. GALGANO, Diritto privato, Padova 1987⁴, secondo cui il limite della condizione di reciprocità si è attenuato a seguito della Costituzione per quanto attiene ai diritti inviolabili dell'uorno (salute, libertà personale, onore, etc.) (p. 58) — la più accreditata dottrina manualistica non 'discute' più la questione, sostanzialmente accedendo all'argomentazione del legislatore del 1942. Cfr. ancora, ad es., l'interessante manuale di L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, Istituzioni di Diritto *Civile*, vol. I, Genova 1978, p. 424. Su di una particolarità sistematica di questo testo che ci interessa da vicino torneremo più oltre.

(8) P. ZATTI, Persona giuridica e soggettività, cit., p. 37 nt. 91.

(9) A. FALZEA, voce Capacità (teoria generale), in Enciclopedia del diritto, VI (1960), P. 19; ma cfr. già ID., Il soggetto nel *sistema* dei fenomeni giuridici, Milano 1939, p, 93.

cente conquista ed in altri addirittura una meta non vicina — vuole ubbidire la teoria qui prospettata, della identificazione della soggettività giuridica con la capacità giuridica e della configurazione di quest'ultima come una qualità astratta e preliminare, e perciò insuscettibile di graduazione » (10).

Certamente ad una lettura più ravvicinata e più attenta ai nessi nascosti, emergerebbero tutta una serie di perplessità, anche profonde; laddove ad esempio si tenesse conto della severa critica (ma altresì di alcune ambigue vicinanze) alle posizioni kelseniane (11) e, in prospettiva storica, come accenneremo, della ortodossa filiazione della teorica in questione dal ceppo della *Unterscheidungstheorie* savignyana (12): ma di ciò in questa sede saremo in grado di valu-

---

(10) **A.** FALZEA, voce *Capacità,* cit., pp. 15-16; che la motivazione politico-dogmatica dell'identificazione tra soggettività e capacità giuridica sia tutt'altro che corrente nella nostra dottrina potrebbe comunque mostrarlo, per ora a livello meramente impressionistico, il richiamo a L. BIGLIAZZI GERI (et Alii), Istituzioni di Diritto *Civile,* vol. I, cit., p. 109.

(11) Questo motivo meriterebbe da solo una disamina più che episodica, ed ovviamente non possiamo qui che accennare, da un lato, a momenti critici anche acuti nei riguardi di una teoria di soggettività (quella kelseniana) definita 'atomistica' e ricondotta ad un 'indebito' tentativo di far assurgere **a** dignità di nozioni teoriche generali soluzioni che sarebbero invece valide solo all'interno della scienza del diritto internazionale (e di un ordinamento definibile come « in formazione o addirittura allo stato embrionale »); ma, dall'altro, all'ammissione che la (postulata) « esigenza logica inderogabile » (sic), per la quale non è concepibile sistema di norme di condotta che non si richiami ad un soggetto come a suo « punto di necessario riferimento » sia stata appunto riconosciuta, sia pur in modo troppo restrittivo, anche dalla teoria kelseniana (A. FALZEA, *loc. ult. cit.,* pp. 10-11). Se la confluenza è allora, come par di poter correttamente dedurre, sul soggetto quale mero « centro di imputazione » o « punto di necessario riferimento », la discrepanza teorica, per esprimersi ancora con le parole di Falzea, verterà sul fatto che per Kelsen resta sì vero che ogni norma ha il suo soggetto, ma rimane contemporaneamente negata (appunto 'atomisticamente') la necessità di andare oltre; mentre invece dovrebbe trattarsi di « ipostatizzare un soggetto che abbia una realtà giuridica per se stante ed in cui confluisca la totalità delle norme dell'ordinamento giuridico » (*ibidem,* sottolineature nostre). Ci pare di poter notare, quindi, che i due tipi di ragionamento non differiscano qualitativamente, almeno nel senso che si muovono sullo stesso piano: l'ipostatizzazione in questione, in altre parole, la « astrattissima relazione formale atto-agente » su cui si afferma di far leva, non si connette se non 'estrinsecamente' alla dimensione concreta e sostanziale dell'uomo e della sua attività. Interessante sarebbe poter seguire, comunque, le critiche di volta in volta rivolte all'impostazione kelseniana di Wanda Hanke (in larga misura estensibili alle tesi di Fabricius cui anche faremo cenno): sul punto più ampiamente P. ZATTI, *loc. ult. cit.*

(12) Non a caso Falzea parla espressamente della sua come « teoria ***organica*** » della soggettività, contrapposta a quella 'atomistica' (loc. cit., p. 11). Neppure può esser ricondotto al caso il ruolo centrale che assume per tale teoria della soggettività la nozione di « fattispecie » — per una disamina storico-cri-

tare alcuni aspetti solo in fase di conclusioni.

Quello che qui ci preme è invece, più settorialmente, il prendere le mosse dai profili storiografici che l'autore ritiene innervino la sua prospettiva. Sono profili che, nuovamente, recuperano dimensioni 'progressive' alla configurazione finale della nozione dogmatica di capacità, opponendola — seppure nella dimensione storicistica del « fenomeno di corruzione », che appare più sfumata rispetto alla categoricità dell'esclusione di uno Stolfi (13) — alla tralatizia strutturazione degli *status:* « ...la tendenza a configurare l'individuo fisico come punto di collegamento globale dell'intero sistema norrnativo... ha però incontrato nelle varie epoche limitazioni *e* restrizioni, connesse per lo più al sesso ed alla titolarità o meno di certi *status (libertatis, civitatis, familiae,* ecc.), sicché interi campi di norme potevano essere riservati a determinate classi di soggetti e preclusi già in linea di principio ad altre classi. Ciò spiega la relativa giovinezza del concetto di capacità giuridica — che rappresenta la espressione di maggior rilievo della nozione globale di soggettività — *e spiega altresì come al sorgere di questo concetto abbia fatto riscontro la progressiva corruzione del fenomeno degli 'status' su cui per l'addietro si articolava la soggettività giuridica.* Cadute via via queste limitazioni e restrizioni, può dirsi ormai che negli ordinamenti moderni, improntati al fondamentale principio della eguaglianza, il soggetto fisico è considerato, in astratto, punto di collegamento di tutte le norme del sistema: nessun campo di diritti e di obblighi gli è precluso in anticipo per la mancanza di qualità costanti o *status. Solo* il sesso è ancora causa di talune discriminazioni, che l'evoluzione sociale e giuridica degli ultimi decenni va sistematicamente cancellando. La semplice qualità umana è *dunque* sufficiente a rendere il soggetto portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e garanzie che si collegano immediata-

---

tica dell'« evoluzione » del concetto, nonchè della funzione di Savigny, ci permettiamo rimandare al nostro Systema iuris, 11, Milano 1985, p. 319 ss. —; non casuale, non foss'altro perchè, com'è stato notato — e ciò sia detto a parziale conferma di quanto rilevato alla nota precedente —, l'idea di Fattispecie che produce l'effetto giuridico è armonica ad una « costruzione della c.d. realtà giuridica dalla quale, almeno ove sia staticamente considerata, esula ogni considerazione del fatto » (FERRO-LUZZL, I *contratti* associativi, Milano 1971, p. 160).

(13) N. STOLFI, v. Capacità giuridica, cit., p. 784: «...e quindi non occorre più occuparsi della dottrina dello status, cioè della condizione sociale concreta dell'uomo, ma basta trattare dei requisiti della personalità in astratto, perchè, per il diritto vigente, uomo e persona sono parole che si equivalgono». Qui, insomma, i due concetti sono dichiarati, a prescindere da qualsiasi valutazione storica, immediatamente (a priori, verrebbe fatto di dire), sotto il profilo tecnico, come reciprocamente escludentesi. Cfr. però, per la posizione del nostro, *supra sub* nt. 7.

mente alla sua personalità » (14).

La posizione appena cennata ha, a tacer d'altro, il non trascurabile merito di venir a costituire — con le due 'identificazioni' che propone e sulle quali subito ci esprimeremo — un modello abbastanza 'puro' di ciò che si è rivelato essere il bersaglio di tutti quegli atteggiamenti dottrinali che hanno cercato di dare corpo ad uno sforzo di demitizzazione — di tipo 'analitico' o (bultmanniano -) ermeneutico; e sarebbe interessante indagarne le contemporaneità sul piano interdisciplinare — basato sulla (presupposta) convinzione che la « fonte dei mali » fosse da collocare a cavallo tra il Settecento e l'ottocento, nella fondazione del sistema giuridico attorno al *subjectum iuris*; e che, pertanto, fosse necessario ritrovare le evidenze di un'età « innocente », della quale eventualmente riproporsi come legittima discendenza, chiudendo infine quella che — sempre in conformità a siffatte tesi 'demitizzanti' — necessariamente dovrebbe essere definita una parentesi storica ormai esaurita (15).

Si comprende allora agevolmente come tutto quanto sul piano del diritto positivo assumeva tali contorni, *de plano* contribuisse al recupero funzionale di una storia degli istituti la quale esplicitamente o, in mancanza di ciò, 'oggettivamente' si rendesse suscettibile di essere ricondotta alla dimensione che già — precorrendo, da par suo, i tempi — voleva vederle assegnata un giurista della statura di von Hippel: ossia al ruolo di una « psicanalisi del diritto privato » che fosse in grado di portare alla luce, estraendoli dall'inconscio del giurista moderno, i « ricordi infantili del primo Ottocento ». E tra questi ultimi, non certo per caso, una posizione di tutto rilievo doveva ovviamente assegnarsi al collegamento tra i concetti di capacità giuridica e di « uomo », intesi quali tipici effluvi dell'atteggiamento intellettuale e linguistico dell'*Aufklärung*; un 'illuminismo inconscio' che il giurista attuale omeopaticamente avrebbe assunto (e continuerebbe ad assumere) attraverso la mediazione storica delle codificazioni (16).

Per noi tuttavia, convinti come siamo che non soltanto sia giustificato avanzare l'ipotesi che una simile 'parentesi storica' — in cui tra l'altro sussisterebbero, sempre secondo le ricordate impostazioni, premesse tali da alterare una corretta impostazione del problema della persona giuridica — fatichi a chiudersi e debba, anzi, essere estesa per molti aspetti a ricomprendere anche il grande sforzo di demitiz-

---

(14) A. FALZEA, *loc. cit.*, pp. 11-12.

(15) P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., p. 58.

(16) Così F. von HIPPEL, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechfs* (1957), in *ID., Ideologie und Wahrheit in der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1973, p. 60, 111 ss.

zazione (17); ma convinti, inoltre, che ci si possa fors'anco spingere più avanti, sino ad affermare che l'« esistenza » medesima della cosiddetta parentesi storica non costituisca, in realtà, altro se non la indispensabile premessa storiografico-ideologica dello stesso sforzo 'demitizzante' — in altre parole, che sia tutta 'interna' ad esso —; talché, assumendo altri presupposti, la pur auspicabile « psicanalisi » potrebbe al contrario mostrare come invece gli atteggiamenti illuministici siano stati rapidamente (forse sin troppo rapidamente) battuti in breccia da ben diverse impostazioni: per noi, si diceva, resta allora di rilievo la 'duplicazione', la polarità che rappresenta la « quintessenza » del discorso di Falzea.

Un elemento — o piuttosto, dopo quel che si è appena accennato, un postulato — è già stato individuato nella confluenza 'illuministica' tra concetto di uomo e nozione di capacità giuridica; l'altro polo è appunto costituito dall'affermata *complementarietà* tra l'affermazione storica di una simile confluenza ed il riscontro — che appare anch'esso storicamente 'necessario' e quel che più conta, temporalmente concomitante — di una progressiva corruzione del fenomeno degli status (18), su cui per l'addietro si sarebbe articolata la soggettività giuridica.

Cercheremo di esaminare in rapida e successiva sintesi entrambi i poli che incarnano quella nervatura storiografica che è, se non andiamo errati, tale da costituire uno dei capisaldi dell'« archiviazione » anche dogmatica dell'intera questinne.

Ovviamente, nell'accingersi al compito, sarà interessante osservare "dove' — ma soprattutto, a livello di meta-discorso storiografico, per*ché* — vien per lo più collocato il punto di insorgenza privilegiato delle 'magnifiche sorti e progressive' della nozione di capacità giuridica come frutto della confluenza 'illuministica' di cui dicevamo.

Ci pare corretto, per le ragioni che verremo esponendo, iniziare col prendere le mosse dall'immagine che del proprio passato e delle connesse 'primogeniture' si è costruita la dottrina civilistica.

---

(17) È la tesi a nostro avviso corretta, con l'estensione cui la sottoponiamo nel testo, di P. ZATTI, *loc. ult.* cit.

(18) Ogni riferimento alla celebre tesi di Sir Henry Summer Maine, formulata anche con riferimento allo status famiiiae, ci pare superfluo, sia per il fatto che il tema sarà da noi esplicitamente ripreso nel già menzionato più ampio lavoro di prossima pubblicazione, sia perchè ci costringerebbe a travalicare di molto l'arco temporale che si ciamo proposti: tuttavia significativo dell'atteggiamento globale di una parte almeno della dottrina civilistica appare il modo con cui a detta tesi ci si può riferire in L. BIGLIAZZI GERI (et Alii), Istituzioni di Diritto Civile, vol. I, cit., p. 424, laddove si accenna, tra l'altro, all'« orientamento individualistico ricorrente nell'esperienza di *common law* » e al fatto che tale idea non sia mai riuscita a penetrare con successo nell'area giuridica latina.

Falzea indica nel Thibaut colui che sembra abbia per primo usato il termine capacità giuridica (*Rechtsf*ahigkeit) (19). Questa suggestione è per vero abbastanza corrente e attraversa i contrapposti schieramenti ricostruttivi. Se infatti facciamo riferimento, ad esempio, **ad** uno dei migliori lavori dogmatici attestati in tempi recenti su sponde 'opposte' a quelle della teoria della separazione (che non vuol vedere legata la capacità giuridica al connotato della capacità di agire) — appunto nel tentativo di elaborare una nozione unitaria che invece le ricomprenda entrambe (20) — possiamo ancora una volta riscontrare, all'interno di una per più versi interessante ricostruzione dei lineamenti 'evolutivi' della storia del concetto (21), analoga individuazione.

Anzi, il tenore più disteso di tale meditazione ricostruttiva ci consente di coglierne i risvolti, per così dire, 'motivazionali'. Di Thibaut infatti si apprezza non soltanto il ruolo 'tecnico' di introduttore della terminologia nel suo System des Pandekten-Rechts del 1803 — si osservi fin da ora la data, che avrà un certo rilievo per il prosieguo dell'argomentazione —; ma, assai di più, se ne sottolinea una (postulata) centralità ideologica.

Essa viene basata sull'inflessione culturale di quel paragrafo — letto peraltro isolatamente — dal quale sembra emergere, su di un telaio di consuetudini linguistiche e di sistemazioni dogmatiche legato al ruolo attivo dell'uomo nel diritto ed in tal senso alla « personalità » umana, l'affermazione secondo cui il soggetto di diritto giuridicamente capace « deve » essere dotato di « ragione e volontà »: « Wer als natürlich rechtsfahiges Subjekt betrachtet werden *will*, muss Vernunft und *Wille haben* » (22).

Infatti è proprio questo riferimento che consente di far svolgere al grande amico-rivale di Savigny — 'progressista-borghese', secondo certa tradizione storiografica — il ruolo che più interessa: quello di tramite tra Kant — colui che per primo avrebbe proclamato l'idea della generale capacità giuridica dell'uomo all'interno di una società civile, « anche se non utilizzi ancora il concetto di *Rechtsfähig*keit » (23) — e la scienza giuridica (pandettistica).

---

(19) *A.* FALZEA, v. *Capacità*, cit., p. 12, nell'importante nt. 13.

(20) F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfiihigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts*, München u. Berlin 1963.

(21) *Ibidem*, p. 37 ss.

(22) A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Erster Band, Jena 1803, § 189, p. 141. Fabricius si appoggia, oltre che per le ovvie difficoltà di reperimento dell'edizione, per i motivi che illustreremo in seguito, alla settima edi-edizione del 1828 (§ 208-213): i paragrafi in questione sono comunque di letteralmente corrispondente contenuto.

(23) F. FABRICIUS, *Relativität*, cit. p. 37. L'affermazione si appoggia esplicitamente alla tesi di H. CONRAD, *Individuum und Gerneinschaft in der Priva-*

Come vedremo in seguito ad una pur veloce analisi 'filologico'-critica di tipo per così dire 'interno', questa tesi è destinata a non apparire del tutto corretta; ed anzi si appaleserà tra l'altro come uno dei frutti specif ci delle impostazioni interne alla storia dei dogmi in terra di Germania nel periodo dell'immediato dopoguerra e della 'ricostruzione'. La tesi in questione tuttavia svolge un'altra importante funzione, che è altresì 'passata' nell'« immaginario » — in senso 'positivo', beninteso — della dottrina italiana, quella cioè di garantire un massimo o, in caso di contrario avviso, almeno un 'residuo' di kantismo alla *Unterscheidungstheorie* savignyana: « Da tramite fra la nozione kantiana di persona e la teoria di Savigny potrebbe fungere Thibaut, di cui sono note le affermazioni sulla necessaria connessione tra *Vernunft und Wille* e capacità giuridica » ([24]).

Lasciando da parte per ora la critica 'interna', andrà percorso — rapidamente, certo, in considerazione anche del fatto che la problematica non ha, nonostante tutto, ancora offerto spunto ad una ricostruzione storiografica che si possa definire veramente esaustiva ([25]) — un diverso itinerario 'esterno', per mostrare invece come il concetto di capacità giuridica nella sua dimensione 'tecnica' non può ricondursi completamente nell'ambito delle influenze filosofico-giuridiche wolfiane o kantiane (anche se fatte culminare, poi, nel Sistema savignyano del 1840).

§ 2. Ai nostri fini s'impone allora un'incursione archeologico-'tipologica' nell'ordine del discorso della giurisprudenza 'tecnica' dei secoli XVI-XVII; e a tale limitato scopo prenderemo le mosse da una affermazione del giurista francese Franciscus Duarenus (1509-1559), altrimenti celebre quale riformatore degli studi giuridici, maestro di

---

trechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts (1955), Karlsruhe 1956; tesi che tuttavia tale autore esamina non in proiezione pandettistica, ma con esclusivo riferimento alle codificazioni bavarese, prussiana, austriaca e francese. Possiamo qui inoltre anticipare che Conrad critica con decisione l'opinione di Helmut Coing, secondo la quale il 'primo' ad individuare il concetto di capacità giuridica generale sarebbe stato Christian Wolff: con gli aggiustamenti di cui *infra* ci pare confutazione sostanzialmente giustificata.

([24]) Così P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., p. *76* nt. 56; cfr. ibid., p. 49 ss.

([25]) Come subito risulterà la migliore ricostruzione 'sul campo' ci sembra essere quella di *G.* D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, p. 64 ss.; utili spunti, con i limiti di cui già in parte si è fatto cenno, e che emergeranno più chiaramente nel prosieguo, nei lavori che costituiscono invece per solito i riferimenti 'obbligati' sul tema, ovvero quelli di Coing e dello stesso Conrad (cfr. *infra sub* nt. 66). Per il periodo 'medievale' importati rilievi in D. MAFFEI, v. *Capacità (diritto intermedio)* in *Enciclopedia del diritto, VI* (1960), p. 3-8.

Donello ed autore di una teorica del possesso destinata ad una più che secolare fortuna ([26]): « Universitas est hominum societas, ita conhacta, ut *una* tantum *persona* esse appareat, a *singulis* differens *personis*, ex quibus ea constat » ([27]). Possiamo qui lasciare impregiudicata la questione se il nostro con tali espressioni sembri « preludere, con prodigiosa anticipazione, ad un concetto unitario di 'personalità giuridica' quale si avrà in posizioni molto posteriori o addirittura modernissime » ([28]), anche in considerazione del fatto che la trattazione che attiene al titolo *de statu hominum* ci pare invece seguire vie abbastanza tradizionali e non suscettibili, comunque, di ulteriori problematizzazioni di cotesto concetto di personalità ([29]). Sono espressioni che valgono, in ogni caso, come testimonianza del proporsi in questo torno di tempo di una riflessione dei 'sistematici' volta a far trapassare la-nozione di *persona* dalla indifferenziata utilizzazione anche per definire l'uomo in quanto entità fisica reale, naturalisticamente intesa, ad un uso tecnicizzato con riferimento alla qualificazione giuridica del medesimo nella sua veste di entità giuridicamente rilevante: « Servus enim homo est, non persona. *Homo* naturae, *persona* iuris civilis vocabulum » ([30]).

Uno dei culmini, comunque, di tale indirizzo riflessivo, per l'ampiezza dell'impostazione teorica e la nettezza dei contorni, è senz'altro rappresentato dalla analitica indagine da Donello (1517-1591) messa in opera allo scopo di delucidare il nesso problematico *status hominum, conditio personae, ius personarum.*

Come è noto l'impianto analitico donelliano si sviluppa a partire da una visuale innovativa sostanziata da quella *summa divisio* che individua una 'duplicità' dell'« id quod *nostrum* cuiusque est » a se-

---

([26]) Si veda W. VOGT, Franciscus Duarenus *1509-1559. Sein didaktisches Reformprogramm* und setne Bedeutung *für die* Entwicklung der *Zivilrechtsdogmatik,* Stuttgart Berlin Köln Mainz 1971, p. 40 ss.; 89 ss.

([27]) F. DUARENUS, Opera omnia, volumen primum, Lucae 1765, In *Digestorum* priores *quatuor* partes, Lib. III, in tit. IV, Quod *cujusque* universitatis nomine etc., caput II, p. 131.

([28]) W. ORESTANO, Il «Problema delle persone giuridiche» in diritto romano I, Torino 1968, p. 13.

([29]) F. DUARENUS, Opera *omnia, volumen* primum, cit., Lib. I, in tit. V, *De statu hominum,* p. 17 ss.

([30]) R. ORESTANO, *op. cit.,* p. 14 riferisce tale formulazione a Donello; in realtà, come risulta dalla nota di Hilliger alla col. 231 del primo volume del commentario donelliano (ed. cit. alla nt. successiva), si tratta di affermazione del. giurista tedesco Vultejus (1565-1634); lo segue comunque nell'attribuzione P. ZATTI, Persona giuridica e soggettività, cit., p. 70. Per le diverse espressioni di Donello cfr. invece le coll. 238 ss. Solo di sfuggita potrà notarsi che in questo senso la pretesa 'spersonalizzazione' del soggetto-uomo andrebbe di molto 'retrodatata'.

conda che sia definibile come nostro in senso proprio, in maniera cioè che per nessun suo elemento costitutivo dipenda da altri, oppure come ciò che ci sia, invece, dovuto (« Est enim, quod vere, et proprie nostrum sit: est etiam quod nobis debeatur. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius: et, ut nostrum amplius fiat, alterius factum aut traditionern ullam non desiderat »). Mediante tale distinzione si giunge allora esplicitamente a circoscrivere uno spazio semantico apparentabile alla nozione dei diritti della personalità (« illa *iura quatuor* »), che si caratterizzano, a loro volta, come una sfera della 'suitas', di un'appartenenza di beni (il *nostrum,* appunto) indipendente dalla modalità dell'appropriazione 'proprietaria' di cose del mondo esterno; indipendente, in una parola, dall'*habere*: « Deinde dixerunt *dominium* pro eo, quod nostrum est, magno errore, quia-sunt infinita nostra, quae tamen dominii nostri non sunt... In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est quod cuique ita tribuitur, ut is habeat in sese, *etiamsi* desint res *caeterae externae.* Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio » ([31]).

Siamo qui, come forse già da sé s'intende, di fronte ad un etiamsi, certo meno noto, ma non meno 'epocale' del celebre « etiamsi daremus non esse Deum » di groziana memoria; e vicino è l'*ethos* di un calvinismo 'razionale' che, almeno in prima istanza, riesce ad infor-

---

([31]) HUGONIS DONELLI, *Opera omnia Commentariorum de iure civili Tomus Primus cum notis Osualdi Nilligeri,* Lucae 1762, *Commentariorum de iure civili Liber Secundus,* caput VIII: *Quod suum et cuiusque privatim duplex esse: quod proprie cuiusque est, et quod ei debetur. Quid horum unumquodque. Prius positum esse partim in persona cuiusque, partim in rebus externis. Personae cuique a natura quatuor tributa. Ea quae sint, et quae remedia ad ea tuenda,* col. 227, *228,* 229; per la definizione « illa *iura* quatuor » cfr. col. 230.

L'esplicazione donelliana degli elementi costitutivi della personalità conferma lo sforzo di 'riempire' le forme classicistiche con contenuti religiosi, atti ad assumere tendenzialmente immediata rilevanza sul piano giuridico; sforzo al quale non dovette certo essere estranea la sua personale esperienza di esule: « Vita quid sit, notum est. Incolumitas corporis est, ne vulneremur aut pulsemur. Libertatis est, facere quae velimus. Existimatio est, finitore Callistrato, illibatae dignitatis status legibus, et moribus comprobatus. Vitam quidem natura hominis esse propriam, facile est intelligere, quippe quam omnibus mortalibus largitur Deus, etiam iis, qui caeterarum rerum omnino nihil possident. Quod si quas res extrinsecus ad cultum vitae homini leges tribuunt, ut tribuunt infinitas: quanto magis illarn oportet per leges hominis esse propriam, sine qua caetera omnino non haberentur? Sed et, ut homines sunt conditi a Deo, vita ipsa sit inutilis, vel acerba, vel potius ne vita quidem sit, si cui haec contingat sine incolumitate, sine libertate, aut si etiarn cum dedecore coniuncta. Ubi alterum pro libidine laedentem, aut imperantem pati cogaris: aut inter homines ita versere, ut indignus hominum honestorum consortio, et loco *habeare. Quamobrem, ut vita, sic tria illa reliqua a Deo sunt, et iure gentium cuique tributa,* incolumitas, libertas, existimatio » (col. 229).

mare di sé lo stesso approccio sistematico alle fonti romanistiche, al punto che con un po' di fantasia ci si potrebbe richiamare, modificandola convenientemente, alla tesi weberiana dell'« etica protestante ». La suggestione perdura anche nella disamina del dettato tecn co: una volta individuati questi quattro 'oggetti' fondamentali, questi quattro *iura* che ineriscono intimamente alla persona — la vita, l'integrità fisica, la libertà e l'existirnatio, la considerazione del valore della persona medesima, sotto un profilo lucidamente 'mondanizzato' ([32]) — ci si passa a domandare in quale più o meno ampia misura ciascuno ne possa godere, quali siano le circostanze, cioè, che li sottomettono a rischio o limitazione. Ne consegue, in ogni caso, che colui che goda senza restrizioni di queste quattro 'qualità' è per ciò stesso 'capace' di acquisire qualsiasi tipo di diritto, è nel pieno possesso di quella che oggi definiamo la sua personalità ([33]): la misura nella quale ciascuno fruisce di questi quattro diritti — conferiti originariamente da Dio anche ai 'non-proprietari' — costituisce il fulcro della riflessione donelliana volta alla determinazione, in primo luogo, dei limiti nei quali l'individuo debba ritenersi in possesso di una « volontà giuridicamente qualificata e rilevante » (appunto il 'luogo' semantico della nozione di *Rechtsfähigkeit,* di personalità giuridica); ed inoltre della misura in cui si abbia esercizio individuale concreto di questa 'volontà giuridica' ('capacità' d'agire, *Handlungsfähigkeit*), di questo ius determinato come facultas ([34]): « Sed haec ita sunt cuiusque, nisi si quid eorum iure in quoquam imminuatur. Quod saepe et varie pro conditione personae cuiusque contingit. Non omnes vero eodem statu, eodernque iure hac parte habentur. Eo hic de statu hominum quaeritur, ut ex eo de iure personae cuiusque aestimetur... Status est conditio personae cuiusque. Ius, *facultas vivendi,* et *faciendi* quae velis, quae ei conditioni tribuitur. Itaque, ut dixi, status, et conditio caussa est: *ius* personae, *illius* status et conditio*nis* effectus: ambo non natura tantum sua, quam ius inducit, sed etiam quaerendi de his tractandique ratione, ac fine ita coniuncta: ut qui de uno dicat, necesse habeat de altero dicere. Sic enim que-

---

([32]) Ed infatti: « Est quidem *incolumitas animi* in praecipuis rebus personae habenda: *sed haec ad defensionem iuris non pertinet,* fortasse ideo, quod nemo ita possit corrumpi, ut non quisque suo vitio, et a se videatur corrumpi potius, quam ab alio » (ibid., col. 229).

([33]) Argomento che si ricava anche **ex** n. 1 col. 376 (*Liber Tertius*, caput *I*, *Tutela quid sit):* « Hi sunt ea conditione, quam verba indicant, nempe sui iuris, et suae potestatis. *Quibus verbis significatur, eos plena et integra potestate frui personae suae, id est vitae, corporis, libertatis, existimationis.* Quae sunt res, quas, nisi conditione personae imminutae sint, cujusque personae proprias esse, initio posuimus ».

([34]) Cfr. M.A.P. Th. EYSSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages.* Dijon *1860,* p. 246.

ritur de *statu, ut* ius, et potestas *eius* propria cognoscatur: *de* iure *autem* ita, *ut* non possit de eo *statui,* nisi *ex* conditione personae » (35).

Proprio qui, come si vede, s'inradica il duplice 'punto debole' dell'argomentazione del nostro; quello che, di fronte alla fascinazione del lettore 'moderno' per l'innegabile risuonare (certamente 'anti-romanistico', o perlomeno 'non'-romanistico) dell'idea che all'uomo in quanto tale spetti uno specifico riconoscimento giuridico della sua personalità, una determinata 'posizione giuridica', chiarisce invece in qual misura — fatto salvo quanto diremo subito appresso — questo patrimonio ideale che a noi potrebbe apparire 'essenzialmente' rivoluzionario si veda costretto a fare i conti con l'autorità dei testi romani da sistematizzare e vada, quindi, in buona parte sostanzialmente perduto nell'alveo della riflessione dottrinale contemporanea e successiva.

Non già però, è bene sottolinearlo, in primo luogo perché Donello avesse mostrato — includendo sistematicamente i quattro 'diritti' nel precetto ulpianeo dell'« alterum non leadere » — di non volersi staccare dal diritto romano sotto lo specifico profilo del mezzo di tutela dei medesimi, rappresentato ai suoi occhi appunto in via generale dall'actio *injuriarum* (36): dato che uno sguardo anche non particolarmente attento alla storia ulteriore e recente dei diritti della personalità potrebbe confermare la non arbitrarietà di tale costruzione dogmatica (37). Si tratta piuttosto, per così dire, della usuale, anche se non inevitabile, rivincita della dimensione oggettiva — di quelli che in altri tempi avremmo sentito forse ipocritamente chiama e 'i diritti della storia' — dell'arduo compito concettuale nel quale da sé medesimo si era lasciato coinvolgere: portare a conciliazione il patrimonio religioso riformato nella sua valenza umanistica con

---

(35) H. DONELLI, Opera omnia, Tomus *primus,* cit., coll. 231-232. Pur se non andrà dimenticato quanto diremo nel testo a proposito dell'anticipazione donelliana rispetto alla teoria giusnaturalistica dello Status naturalis — chè, anzi, i diritti della personalità sono in un passo esplicitamente attribuiti allo ius gentium —, il 'punto debole' cui si accennava ben emerge proprio quando si tratta, 'esegeticamente', di conciliare i due diversi titoli delle Pandette e delle Istituzioni, rispettivamente: « Hinc titulus in Pandectis De *statu hominum,* pro quo alius titulus eiusdem plane argumenti in Institutionibus inscribitur *De iu*re personarum, non quod status, et ius personae non diversa sint, distentque inter se, ut caussa, et effectus: sed quod hac ratione sic ista inter se coniuncta, et affecta sunt, *ut status ius* personae, et *contra* ius personae *statim* statum indicet: ille, quia huius iuris caussa est: hoc, quia, cum sit effectus, non possit poni, nisi prius caussam, unde oritur, statuat » (col. 231).

(36) Cfr. *Ibidem,* col, 230; in questo senso tuttavia R. SCHEYHING, *Zur Ge*schichte des *Persönlichkeitsrechts im* 19. Jahrhundert, in Archiv für die civilistische Praxis, 158 (1959/1960), pp. 502-525; 508.

(37) Giusto in tal senso il rilievo di D. LEUZE, *Die* Entwicklung des *Per*sonlichkeifsrechts *im* 19. *Jahrhundert,* Bielefeld 1962, p. 15.

il diritto romano; pur se, si badi bene, di un diritto romano rinnovato in base all'approccio culto-sistematico era in tal caso questione.

Anche in una simile, dura tensione emergono certo molti dati innovativi che, come s'accennava, sarebbe stolto, oltre che antistorico, sottovalutare: così il profilarsi per un attimo — nel riferire i diritti della personalità al dono divino e allo ius *gentium* 'prima' (in uno spazio semantico cioè ad esso 'precedente') del recupero, nell'ambito del diritto positivo, della dottrina 'romanistica' dei tre status — di quella che nella tradizione giusnaturalistica dei vari Grozio, Pufendorf ,Thomasius e Wolff costituirà poi la figura dello status naturali~.Altrettanto può dirsi dell'insorgenza sistematica della 'volontà giuridica' rilevante per l'ordinamento nella sua qualità di « ius, fa*cultas* vivendi et faciendi quae velis »; un aspetto questo ch'è tale da rappresentare un ulteriore apporto ad una tradizione definibile in termini di 'soggettivizzazione' — almeno transitoriamente; altrimenti detto una volta inforcati i nostri occhiali moderni —: tradizione della quale, tra l'altro, la storiografia aveva scorto celebrare i primi fasti già nelle propaggini più aggiornate della scolastica (38), e che, di poi, sembrerà avviarsi ad assumere un ruolo di primo piano sul teatro delle dottrine giuridiche moderne.

E tuttavia il conflitto è infine risolto in favore di una reinterpretazione della dottrina degli status; decisiva — si noti che qui parliamo, comunque, nella prospettiva delle influenze e degli sviluppi, e non già in termini 'assoluti' — rimane perciò la circostanza che gli status libertatis, *civitatis* e familiae acquistino non tanto la funzione di determinare n posteriori la limitazione o la graduazione in un'ottica meramente quantitativa di diritti che trovano la loro origine in Dio, ma piuttosto (soprattutto) quella di costituirne contraddittoriamente la reale causa giuridica, al punto che, in ultima analisi, il termine persona nel suo significato giuridicamente rilevante viene ad essere di norma fungibile con 'posizione di colui che goda del possesso di tutti e tre i relativi status': persona (in senso giuridico) si definisce a partire da status. Questa sarà la prevalente (restrittiva) 'fortuna' tra i giuristi 'tecnici' di una dottrina che pure — attraverso lo 'scarto' determinato dal riferimento alla divinità, alla nozione di *ius* per definire i quattro 'elementi' costitutivi della persona, e al *ius gentium* — avrebbe potuto offrire altri spunti 'evolutivi'.

Ma vi è un ulteriore aspetto — al di là della nozione di status come mediatore necessario per la trasformazione in effettività di diritti della personalità che tendono così ad essere ridotti a presup-

---

(38) *A.* FOLGADO, *L'evolucion historica del concepto del derecho subietivo - Estudio especial en los teologos españoles del siglo XVI,* S. Lorenzo de el Escorial 1960, p. 94 ss.

posti naturali della soggettività — sul quale è necessario soffermarsi.

Donello conosce infatti anche la nozione tecnica specifica di capacita — individuata dal reticolo di termini *capax*, capaci, capere —; egli però la usa a designare soprattutto la capacità dei legatari ad acquistare per testamento nelle sue varie sfumature (39). La conosce, in altre parole, nel particolare e limitato significato registrato dai glossari giuridici e nei lessici del diritto comune: per l'appunto nella maggioranza dei casi in senso tecnico con riferimento alla possibilità dell'acquisto rnortis causa da parte di soggetti non dichiarati a quest'effetto incapaci da leggi speciali, o, con più generico intendimento, ad esempio, alla capacità di acquistare un credito o, rispettivamente, a ricevere un pagamento. Tutti significati non solamente reperibili nell'utilizzazione che del sostantivo capacitas veniva fatta dalle fonti romane (40), ma altresì, nei successivi sviluppi, convergenti verso una dimensione di 'specialità' della capacità, od anche riferibili ad una accezione della capacità giuridica come legittimazione, od ancora come capacità di agire: i casi — attestati comunque nella più parte con frequenza successivamente al periodo che stiamo esaminando — di capacitas feudi, di incapacità di testare di impuberi, infermi di mente, del *filius familias* rispetto al peculio profettizio, di un'« incapacità » del fallito che è però più ipotesi di assenza di legittimazione con connessa inefficacia relativa dei suoi atti. che non vera e propria incapacità (41).

Non (diremmoallora che a Donello non 'riesca' la traslazione del concetto latino di capacitas dalla limitata sede nel quale è confinato; ma, assai più radicalmente, ch'egli ancora non se lo ponga come problema teorico, dato anche il fatto che lo spazio semantico per 'capacità', pur essendo, come abbiamo veduto, astrattamente individuato, è già in qualche modo coperto dalla nozione di 'volontà giuridica', di ius come facultas e potestas. Più in profondità è la mancanza — in lui, 'civilista' — di un sistematico riferimento ad una dottrina giusnaturalistica maggiormente articolata e in sé compiuta, esplicitamente sviluppata in tutte le sue direzioni, che fa si che sia assente proprio la premessa terminologica la quale in linea teorica avrebbe potuto più agevolmente condurre a considerare quello spazio (di 'capacità') come qualità, attitudine alla titolarità di una situazione soggettiva astrattamente inerente alla persona, da cui allora e solo

(39) Vedi H. DONELLI, Opera *omnia Commentariorum* de *iure* civili *Tomus Secundus...*, Lucae 1763, *Commentariorum de iure* civili *Liber Octavus*, caput V, coll. 725-727; cfr. anche ibid., col. 164.

(40) Cfr. A, BURDESE, v. *Capacità* (diritto romano), in Enciclopedia *del* diritto, VI (1960), p. 1 ss.

(41) Per l'accurata analisi di tali 'fattispecie' si rimanda a *G.* D'AMELIO, *Illuminismo*, cit., p. 76 ss.

allora far derivare lo status: ma se questo passaggio si verifichi realmente in tutta la sua portata e coerenza, sarà compito della disamina del 'secondo polo', quello cioè attinente al già rammentato « processo di corruzione » degli status medesimi, il mostrarlo.

Se noi cerchiamo qualche maggior lume su di una coniugazione più letterale di capacità con personalità, 'soggettività' giuridica, non sarà inutile gettare un sia pur rapido sguardo agli enunciati groziani.

Ciò non soltanto in forza dell'acuta considerazione secondo la quale si sarebbe dovuto ritenere prematuro il problema degli illuministi di come fondare un sistema di rapporti tale da assicurare la dipendenza sociale degli individui sui iuris, in un ambito giuridico-economico che, almeno sul piano teorico, sembrava non offrire più spazio ad istituzioni come la schiavitù e la servitù della gleba e nel quale cominciava ad emergere il principio della eguale dignità delle persone libere ed indipendenti: prematuro, nonostante tutto, proprio perché esistevano ancora ineguaglianze e vincoli personali determinati dalla nascita e non affatto concluso si rivelava il compito primario della lotta al privilegio (in *primis* feudale e nobiliare). E tuttavia, in definitiva, tal problema non poteva designarsi come totalmente 'infondato', fuori tempo, nella misura in cui esso aveva storicamente già trovato la sua implicita premessa nella tematica medesima del contrattualismo, con quella sua ricerca di un nesso di interdipendenza tra gli uomini — riassunto singolarmente nella figura appunto del contratto — quale reale fulcro dell'indagine (42).

Non soltanto in forza di questo aspetto si diceva, ma anche in virtù della già cennata presenza di precisi apparentamenti culturali e terminologici, che — venendo a sviluppare la nozione di status *naturalis* come stato presociale dell'uomo nel quale gli competono determinati diritti da cui sia possibile ricavare un 'sistema di diritto naturale' (in contrapposizione allo status *moralis* come messa in forma della collocazione dell'uomo nell'ordinamento legale positivo) — permettono nuovamente all'arminiano olandese di individuare in questa fase il *proprium* al di là del *dominium* nei 'beni della vita': « Recta autem ratio ac natura societatis, quae secundo ac potiore loco ad examen vocanda est, non omnem vim inhibet, sed eam demum quae societati repugnat, id est, quae jus alienum tollit: nam societas eo tendit ut suum cuique salvum sit communi ope ac conspiratione. Quod facile intelligi potest locum habiturum, *etiamsi dominium* (quod nunc ita vocarnus) *introductum* non esset: *nam* vita, membra, libertas, sic quoque propria cuique essent, *ac proinde* non *sine* injurìa ab *alio* impeterentur » (43).

---

(42) Così, *lucidamente*, G. D'AMELIO, *Illuminismo*, cit. p. 65.

(43) H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres...*, Amstelaedami *1702*, Lib. *I*, *caput* II *n.* 5, **p. 28.**

Orbene pare che proprio Grozio compia altresì un ulteriore passo — anch'esso in parte destinato a rimanere un 'sentiero interrotto' — sulla via della coniugazione tecnico-terminologica (che è poi, come detto, una 'traslazione' semantica) tra concetto di *capacitas* e sfera dei diritti della persona; e lo compie, circostanza che deve attrarre l'attenzione, nella sede rappresentata dal trattato dedicato al diritto olandese.

È ora ben vero (44) che qui, immediatamente dopo l'apertura del primo libro, al § 8 del titolo terzo — che nella traduzione latina suona *De jure personarum* — si definisce lo *status,* appunto alla ricerca di quel rapporto di interdipendenza di cui si discorreva, come « mutua hominum *relatio* » (45), la quale « sebbene riceva la sua forza dal diritto civile, trae però la sua origine dal diritto naturale ». Allora è quasi inevitabile sottolineare in prima istanza il salto logico apparentemente a tutto vantaggio del diritto positivo (nazionale), un salto che pare proporsi del tutto esplicitamente nell'osservazione secondo cui: « ...ex his itaque intelligi potest omnes quidem homines natos esse aequales (excepto liberorum erga parentes officio), nonnullos tamen non sine ratione aliorum gubernationi et potestati esse subjectos. Secundum jus civile Hollandorum ex mutua relatione homines dividuntur in majores [Mondigen] et minores [Onmondigen] »; laddove per *Self-monden (majores)* si devono intendere « qui se suasque res ipsi regere possunt, *adeoque personam habent standi* in *judicio* » e, per *minores* coloro che sono sforniti di tale *facultas,* dovendosi pur tuttavia osservare che « hos in causis criminalibus ipsos se defendere debere » (46) e che pertanto — si potrebbe forse soggiungere — a tal limitato fine *habent personam.*

La semplice qualità di uomo razionale — quale emergeva da un apparente duplicato di definizione dello *jus personarum,* collocata tuttavia in altro contesto sistematico e che qui per ora non analizziamo — non sembra quindi essere sufficiente, ma anzi apparirebbe per così dire riassorbita nella nozione di *status,* dotata di funzionalità chiaramente e unicamente « prout status » (47). A questo punto però bisogna intendersi, anche in considerazione della distinzione degli 'status' proposta dal nostro. Tutto ciò accade infatti all'interno

---

(44) Come rileva, forse un po' troppo radicalmente, G. D'AMELIO, *loc. ult.* cit.; ma, si osservi, sulla base della sola traduzione latina, tra l'altro totalmente sprovvista di note che possano in qualche modo far intuire le 'genealogie'.

(45) H. GROTII, *Institutiones* Juris *Hollandici,* e *belgico* in *latinum sermonem translatae* a Joanne *van* der Linden edidit H.F.W. D. FISCHER, Haarlem 1962, p. 5.

(46) Ibid., pp. 6-7.

(47) G. D'AMELIO, *loc. ult. cit.*

della collocazione sistematica del succitato titolo: « *Jus personarum* differt, prout status est vel *substantialis*, vel *accidentalis* ». La distinzione si sovrappone dal punto di vista terminologico a quella che sarà poi più diffusa tra *status naturalis* e *civilis* (o *moralis* **o** *legalis)* (48), laddove nella prima accezione si coglie l'occasione di ampliare la portata del concetto rispetto alle fonti introducendovi le posizioni giuridiche specificatamente poggianti sulle qualità naturali, quali quelle derivanti dalla nascita, e quindi anche dalla posizione di nascituro (« Ex statu *substantiali* quidam homines sunt nondum nati, quidam jam nati. Qui nondum nati sunt pro jam natis habentur, si de eorum commodo, non si de incommodo agitur) o dal sesso (« Homines nati sunt vel mares vel foeminae. Hermaphroditi seu Androgyni, quos vocant, illi sexui addicuntur, qui in iis praevalet »).

Già a questo proposito comunque — ed in qualche congruità con sparse dizioni delle fonti 'romanistiche' — al §5 sembra emergere la nozione di '*capacitas*' a designare il presupposto naturale della soggettività: « Homines nati dicuntur, *quorum corpus ad mentem sanam possidendam capax est.* Monstra et portenta hominibus non adnumerantur: quare in his regionibus statim ea suffocare solemus ». Limitatamente alla definizione del secondo 'corno' della distinzione il dualismo natura-società che giustifica il gioco delle parti tra i due *status* tende allora, come accennavamo, **a** risolversi nel senso donelliano di concepire lo *status* come *causa* della personalità sotto il profilo giuridico (« Ex statu hominum *accidentali* distinguuntur homines pro diversa ipsorum *relatione* vel *qualitate* ») (49).

La realtà è però un po' diversa; ed anzi in questo caso particolare ci pare confortata dai testi la risalente tesi di Solari, secondo cui per il nostro l'ordine giuridico positivo nascente dal contratto tendenzialmente non contraddice nè tanto meno *sostituisce* in tutte le sue parti lo stato ed il diritto di natura (50).

A parer nostro non si possono infatti identificare totalmente — traendone deduzioni o ricostruzioni ineramente consequenziali — le definizioni sinora viste con quella invece offerta al §8 del titolo primo *De jurisprudentia et justitia.* Intanto andrà rilevato a scanso di equivoci che a livello di principii generali non vi è menzione alcuna, non a caso, della nozione di *status.*

In altri termini, è dunque giunto il momento di leggere il testo; quel testo che, essendo noi partiti, per così dire, a ritroso, *prima facie* potrà anche suonare smentita a quanto appena sostenuto: « *Jus*

---

(48) Cfr. H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Bd. 1 Älteres Gemeines Recht,* München 1985, p. 169.

(49) H. GROTII, *Institutiones,* cit., p. 5.

(50) Cfr. sul punto le acute considerazioni di **G.** SOLARI, *Filosofia del diritto privato I.: Individualismo e diritto privato,* Torino *1959,* **p.** *15.*

personarum est *capacitas* hominis, ratione praediti, ad id quod *desideratur* » (51).

Tuttavia bisognerà riflettere un attimo: quella di cui abbiamo finora fatto uso — come di norma è, ovviamente, il caso — è non altro che la celebre traduzione ottocentesca di Johannes Van der Linden (1756-1835), pienamente compiuta alla data della morte, ma mai pubblicata sino al 1962 (52). Tra l'altro la mancanza di una traduzione latina fino a quel momento spiega anche la limitatezza di un'influenza che avrebbe potuto essere assai più decisiva: questo sia inteso, naturalmente, per quanto attiene alla tradizione di civil law (53).

Sorge quindi — e sotto almeno due profili — qualcosa di più che una mera 'curiosità': il desiderio di attingere 'sinotticamente' all'originale, qui, anche per più ovvi motivi linguistici, mantenuto in limiti di stretta funzionalità,

Il testo da noi utilizzato, edito poco dopo la morte di Grozio da Simon van Groenewegen van der Made, commentatore della medesima *Inleidinge* ed autore, sotto un tale influsso, di un celebre « Tractatus de Legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque Regionibus » (1649) (54), offre pure la facilitazione di annotazioni, invece totalmente assenti nella traduzione sin qui per comodità utilizzata.

Orbene, come risulta anche dal glossario dei termini latini cui si fanno corrispondere gli originali olandesi, jus personarum rende Regtelijke gestaltenisse der Menschen », così come suona appunto l'intitolazione del titolo terzo (in opposizione a jus *rerum, Regtelijke* gestaltenisse der saken) (55). La definizione che si rinviene nel titolo primo (Van de *Regts-geleertheyt*, ende *Regt-vaerdigheyt*) fa leva però su di un termine che successivamente non ricorre: « Waerdigheyt is de bequaemheyt van een redelijck wesen tot yet dat begeert wert » (56).

Con questo non vogliamo certo sostenere sia inesatta la traduzione, dato l'arsenale di termini giuridici latini disponibile — anche se forse, secondo una più tarda proposta leibniziana, si poteva altresì pensare a jus *personalissimum* —; ma, in ogni caso, ci sembra che proprio in questo testo dove più acuti risuonano gli echi della già esaminata definizione donelliana, la sfumatura del termine *Waerdigheyt*, in grafia moderna waardigheid (opposto qui non casualmen-

(51) H. GROTII, *Institutiones*, cit., p. 1.

(52) H.F.W. D. FISCHER, Preface, in M. GROTII, *Institutiones*, cit., pp. IX-XVIII.

(53) Si veda sul complesso della questione relativa alla 'fortuna' dell'opera K. WELLSCHMIED, *Hugo Grotius'Inleidinge* tot de *Hollandsche Rechts-Geleerdheid und* das Reckt *seiner* Zeit, Diss. iur., Gottingen 1950, p. 17 ss.; 57 ss.

(54) Cfr. Ibid., p. 17.

(55) Cfr. Inleydinge tot de *Hollandsche Regts-geleertheyt beschreven by Hugo* de Groot. *Bevestigt met* Placcaten, *Hantvesten, oude Herkomen*, Regten... *Door* M. *Simon* van Groenevvegen van der Made, Delf 1657, p. 11.

(56) Ibid., p. 2.

te a Toe-behooren come 'appartenenza', come 'essenza' preliminare, appunto, dello jus *rerum*) richiami troppo da vicino la comune origine col tedesco (Menschen-) *Würde* — il quale appunto lo traduce —, per non dare corpo all'ipotesi forse non azzardata secondo cui *jus personarum* sia inteso nel senso di sottolineare il ruolo fondante che spetta alla personalità nell'ambito del diritto. Sia inteso, insomma, in senso analogo alle affermazioni di Donello, con in più il vantaggio, dal punto di vista sistematico, che alla (capacità della) persona viene attribuita una collocazione 'preliminare' più nettamente scissa dalla trattazione dei vari status, in qualche misura cioè maggiormente tutelata rispetto alla possibilità di un puro e semplice 'riassorbimento' in questi ultimi.

Del resto e per converso — è adesso la volta del secondo profilo che rende non del tutto ingiustificata la curiosità 'olandese' — si sarebbe potuto avanzare il non immotivato sospetto che la traduzione secondo la quale nei due luoghi summenzionati, e soprattutto nel primo, si offriva la soluzione in termini di 'capacitas' potesse a sua volta essere il frutto di un *humus* culturale che comunque, attorno agli anni '30 e '40 dell'ottocento, non ravvisasse più remore ad interpretare in termini (ormai adusati e non problematici) di capacità quei testi ovviamente più risalenti, ma le cui nervature concettuali sembrassero aprire sia pur minimi spiragli al 'moderno'.

In fatto però il termine olandese bequaemheyt e l'aggettivo *bequaem* (be*kwaamheid*, *be*kwaam) traducono esattamente *f*ahig, *Fähigkeit*, e deve pertanto ritenersi che nella lingua madre Grozio avesse quindi operato, od in qualche modo iniziato ad operare, la 'traslazione' del concetto di capacitas nell'ambito della sfera della personalità giuridica: in altre parole che Van der Linden abbia qui ben colto l'intenzionalità riposta del testo. Una conferma ed al contempo una limitazione ci vengono ove si riscontri il passo del 1631 relativo alla distinzione tra waerdigheyt e toe-behooren ($6, tit. I della traduzione latina) col luogo seguente del De iure belli del 1625 che veniva allegato in nota: « Ab hac juris significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensu jus est *qualitas* moralis personae *competens* ad aliquid *juste habendum vel agendum. Personae* competit hoc *jus*, etiamsi rem interdum sequatur, ut servitutes praediorum, quae jura realia dicuntur, comparatione facta ad alia mere personalia: non quia non ipsa *quoque personae* competant, sed quia non alii competunt, quam qui rem certam habeat. Qualitas *autem* morali's *perfecta*, facultas nobis dicitur; *minus perfecta* aptitudo quibus respondent in *naturalibus*, illi quidem actus, huic autem potentia » (57).

(57) H. GROTIUS, *De iure belli*, cit., *p. 4.*

Dal reciproco interagire dei due testi si può indurre, da un lato, che nel laboratorio del giusriaturalismo arminiano-groziano si sta compiendo il processo che fa della capacità di diritti una qualità (morale, nello specifico censo 'giuridico' che il termine assume nella dottrina del diritto naturale) astrattamente inerente alla persona, un'*attitudine* — se non ancora esplicitamente qualificata come 'generale', certo a detta 'qualifica' avvicinantesi — ad essere titolare di una situazione soggettiva ([58]); ma, dall'altro, si osserva che nel testo latino (e 'precedente', ad ogni buon conto) di Grozio l'originalità dell'apporto (che sarebbe potuta emergere anche sotto il profilo terrninologico), se si arricchisce rispetto a Donello della specifica individuazione della circolarità *qualitas moralis,* facultas, aptitudo (*potentia*), lascia il 'nostro' campo semantico sotto il dominio sistematico delle nozioni medesime di facultas e aptitudo. Resta tuttavia in parte confermata la prospettiva che vede tali presupposti di personalità — e si osservi la lucidità dell'impiego 'giuridico' dei termini *facultas* e *aptitudo* che emerge dalla loro distinzione rispetto alle equivalenti accezioni valide « in naturalibus » — immediatamente operanti all'interno dell'ordinamento positivo; vuoi con l'affermata integrità anche nel suo ambito del diritto all'acquisto di cose necessarie alla vita (*jus* commune ad *actus*) vuoi con altre più particolari esplicitazioni, in netto contrasto con i pregiudizi dell'epoca (e non solo della sua), quale, ad esempio, l'equiparazione in sede di successione, testamentaria o intestata che sia, dei figli legittimi e natu-

([58]) Comunque si vogliano interpretare le espressioni groziane, un dato resta fermo; e precisamente che tutti i termini della questione 'dogmatica' — tema della soggettività, *capacitas* (sia naturale, che 'civile'), status, emersione del 'diritto soggettivo' 'contraddizioni', reali o apparenti, tra i vari livelli del discorso — sono già lucidamente impostati, praticamente in quella stessa successione 'strutturale' (anche a prescindere dal tema delle 'influenze', quindi) che accompagnerà le discussioni dei giuristi ben al di là della 'cesura' moderna, fino a raggiungere le trattazioni di un Thibaut e di un Savigny. La stessa dialettica tra razionalismo e vdontarismo — che a nostro awiso segna in parte la stessa questione 'dogmatica' della capacità (cfr. *infra* nel testo) — si fa luce, nella parte generale laddove anche è collocato il concetto di capacitas hominis, nel rapporto tra iustitìa come « virtus voluntatis, ut agamus quod justum est », lo *Jus* lato *sensu sumptum* inteso come « convenientia facti hominis, ratione praeditì, cum ratione, quatenus ejus facti alterius intersit » *e,* appunto la « capacitas hominis ad id quod desideratur » (H. **GROTII,** Institutiones, cit., Lib. 1, tit. 1 $2; $5 *e* §8, p. 1). Per ulteriori considerazioni sul tema della virtus *voluntatis,* e più in generale delle virtutes, come elemento rilevante (anche nell'ambito specifico della definizione della prudentia *juris*) per la ricostruzione della *Weltanschauung* del giurista (di diritto 'comune') 'moderno', ci permettiamo rinviare al nostro a Prudentia Juris » versus « Juris scientia »: *Prolegomeni* ad ogni futuro «*lessico* politico europeo », in Filosofia Politica, 2 (1987), pp. 305-350.

rali per quanto concerne appunto il necessario alla vita e all'educazione (59).

Con la considerazione di carattere sistematico cui si accennava, accoppiata alla già ricordata difficoltà di attingere d'originale del 1631, si può forse, comunque, esplicare la circostanza di trovarsi di fronte per più versi ad un altro 'sentiero interrotto', almeno per quel che concerne la terminologia tecnica.

§3. Resta il fatto, anche sotto questo profilo, che la realtà secentesca e poi settecentesca, impregnata com'era non già soltanto di 'stratificazione', ma di una vera e propria *gerarchizzazione* sociale, in condizione di mescolare inscindibilmente le forme dello stato feudale con quelle dei 'moderni' stati assolutistici — assai poco paragonabili, in verità, a Leviatani avviati alla vittoria (60) —, faceva sì che la « consapevolezza e la capacità di distinguere tra lo status in sè considerato *e* protetto, e gli effetti giuridici ad esso ricollegati, quali titolarità di diritti e privilegi » — si ricordi a questo proposito, sotto il profilo 'archeologico', il rapporto tra stato come causa *e* jus personarum come effectus (nella sua dottrina però in qualche modo contraddittorio con le premesse), cui perveniva 'epocalmente' Donello — avesse costituito. più in profondità, il vero 'motore immobile' della politica dei principi assolutisti (e dei giuristi loro coadiutori) in tutta Europa, in particolare lungo tutto il corso del settecento.

In tal senso l'abolizione — in ogni caso fenomeno assolutamente minoritario rispetto all'altro, più 'morbido', della limitazione — dei diritti signorili in materia giurisprudenziale, fiscale, amministrativa e militare non era mai stata intesa, e tanto meno propagandata, come una messa in crisi neppure aurorale dell'esistenza degli ordines in quanto tali (61).

Cosicchè molto più comodo, o meno pericoloso, poteva appalesarsi il proseguire ad interpretare la pur nuova characteristica della *qualitas* come attributo non già di una capacità troppo volontaristicamente soggettivizzabile (definita certo ancora come *facultas*, ma appunto « ad id quod desideratur »), ma bensì dello stesso status che veniva a 'mediatizzare' il concetto di persona — e sia pure al costo non eccessivamente gravoso di definire come persona, limitatamente alla qualità dello status *naturalis*, anche il servo: « HOMO

(59) Cfr. M. GROTIUS, De iure belli, cit., Lib. 2, cap. 2, 56; cap. 6, §14 e cap. 7, *passim*. Si vedano al proposito, inoltre, ancora le analisi di G. SOLARI, Individualismo, cit., pp. 16-17.

(60) Cfr. le considerazioni — generalizzabili, crediamo, al di là dello specifico contesto portoghese — di A.M. HESPANHA, *As* Vésperas do *Leviathan*, 1, Lisboa 1986, p. 17 ss.

(61) G. D'AMELIO, *Illuminismo*, cit., p. 68.

et PERSONA in iure maxime differunt. Homo est, *cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contingit.* PERSONA est *homo, cum statu quodam consideratus...* STATUS est *qualitas, cuius ratione homines diverso iure utuntur:* isque est vel NATURALIS, vel CIVILIS, qui iterum in statum LIBERTATIS, CIVITATIS, et FAMILIAE dispescitur... Servus itaque est *homo:* est etiam *persona,* quatenus cum statu naturali consideratur... sed ratione status civilis est ἀπρόσωπος » (62).

Che era atteggiamento certamente conseguente, dal punto di vista intellettuale e dogmatico, allo sforzo 'costruttivo' dell'assolutismo — colorato certo più di tentativo che di concretizzazioni definitive —; sforzo comportante la distruzione del sentimento di originarietà (di matrice aristocratica) dei diritti soggetivi, la messa al bando, in altri termini, dcll'idea che — in conformità del resto a quella che storicamente risulta essere l'emanazione dallo 'spirito signorile' del concetto di diritto soggettivo — potesse darsi una teoria ed una prassi 'contrattualistica' tra diritti soggettivi *originari,* per far posto, invece, al ristabilimento dello strumento teorico-dogmatico (e pratico) della *concessione* come fondamento della personalità e di quei medesimi diritti del soggetto. Una 'restaurazione', in forme ovviamente 'originali', di un nesso teoria-prassi atto a manifestare i diritti soggettivi come diritti integralmente derivati (e derivabili) dall'autorità, la quale, a sua volta, non può non cominciare, pertanto, a far leva sull'uniformità delle leggi (63). Ben sappiamo, per inciso, come degli albori di questo sforzo possano considerarsi illustri vitime proprio l'Oldenbarnevelt ed il suo amico *e* collaboratore Grozio.

E di una fase specifica, è bene notarlo, di questo atteggiamento — quella cioè nella quale il processo di accentramento e livellamento, l'idea e le pratiche di derivazione dei diritti soggettivi, divengono ormai non soltanto od esclusivamente un'imposizione proveniente dall'alto e rivolta a soggetti determinati *uti singoli,* ma, in via ben più generale, assumono le vesti di *mentalità,* di costume, in quanto tali suscettibili di 'partecipazione' sia dal versante dei governanti che (e qui sta la novità) da quello dei governati, o meglio di *certe* classi di governanti e di molta parte dello stesso schieramento 'ari-

---

(62) *I.G.* HEINECCII, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum Pars I,* Mediolani 1779, Lib. 1, tit. 1, §75-77, **pp.** 36-37. Cfr. sulla questione M. LIPP, *« Persona moralis », « Juristische Person » und « Personenrecht » — Eine Studie zur Dogmengeschichte der « juristischen Person » in Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert,* in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico: moderno, 11/12 (1982/3), t. 1, **pp.** 217-262.

(63) *G.* GORLA, *Commento a Tocqueville. «L'idea dei diritti »,* Milano 1948, **p.** 35.

stocratico' (64) —; di questa fase specifica, si diceva, sono senz'altro espressione le medesime, ipervalutate, indicazioni di un Christian Wolff: « Homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque iurium certorum. Atque hinc status eius moralis dicitur, qui per obligationes et iura determinatur »; « Homo moralis est subjectum obligationum atque iurium » (65).

Un Christian Wolff con varie sfumature da alcuni (Coing, Kleinheyer, Conrad; ma sempre sull'onda dell'autorità del primo) ritenuto, rispettivamente, colui che per primo avrebbe individuato *dietro* la *Status-lehre* tradizionalmente tramandata la *allgemaine Rechts*fahigkeit, la eguale capacità di essere titolari di diritti e obbligazioni per tutti gli uomini; o quegli che tale riconoscimento avrebbe effettuato perlomeno limitatamente allo *status naturalis* — laddove comunque Coing del tutto -espressamente la riferiva allo *status rnoralis* o *civilis* —; o, infine, anche 'soltanto' come il 'primo' scopritore — .accedendo quindi limitatamente, ma nello stesso senso, alla tesi di Coing — del concetto di *Rechtsfahigkeit* (66).

i1 motivo soggettivo di tale 'coralità' d'identificazione — dalla quale, come in precedenza accennavamo, Conrad si differenzia perché 'imputa' alla dottrina kantiana il successivo stadio della capacità giuridica *generale* attribuita in astratto a tutti gli uomini — non è di difficile enunciazione, una volta osservato come si tratti di lavori tutti apparsi nell'immediato dopoguerra ed imperniati sui temi (individuo, comunità; stato e cittadino; diritti dell'uomo e della personalità) che più radicalmente la tragica precedente esperienza aveva disconosciuto. L'indagine storiografica è in altri termini nobilmente condizionata dalla operazione politica con la quale mediatamente od immediatamente si identifica; quella, cioè, di contribuire al recupero di una tradizione tedesca 'diversa', di un apporto posi-

---

(64) *Ibid., p. 36.*

(65) *Cfr. rispettivamente C.* WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium,* Ed. *et. cur. M.* THOMANN *(Nachdr.* d. *Ausg. Halle u. Magdeburg* 1750), Hildesheim *1969,* §96 *(nonché* §69, *70. 77. 102, 114) e IDEM, Jus naturae methodo scientifica pertractatum pars prima..., ed* nova, Francofurti *ed Lipsia MDCCVLXI (1740 ss.),* §70; *e vedi H.* COING, *Europaisches Privatrecht, cit.,* p. 167 *ss.*

(66) H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte, (1950) in IDEM, Zur Geschichte des Privatrechtssystem, Frankfurt am* Main *1962, pp. 56-76; 65. IDEM, Zur Geschichte des Begriffs « subjektives Recht », in H.* COING, F. LAWSON, K. GRÖNFORS, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Frankfurt* a.M. - *Berlin 1959, pp. 3-23, 17 ss. G.* KLEINHEYER, *Staat und Bürger im Recht — Die Vortrage des C.G. Suarez vor dem preussischen Kronprinzen (1971-1972), Bonn 1959,* p. *61 nt. 21. H.* CONRAD, *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts, Karlsruhe 1956, p. 16. Cfr. altresì D.* LEUZE, *Die Entwicklung des Personlichkeitsrechts, cit., p. 22.*

tivo al pensiero liberale europeo. Un intento che, laddove è con indubbia onestà esplicitato, si colora tuttavia 'indebitamente' (a nostro avviso, s'intende) di una delle costanti « savignyane » della storia (*e* storiografia) giuridica tedesca, owero della sotterranea tendenza alla critica (-rifiuto) del contributo francese-rivoluzionario: « 11 riconoscimento di una capacità giuridica generale nell'ordinamento privatistico e la sua 'trascrizione' (*Umsetzung*) nella codificazione del diritto civile dell'epoca sono *molto più* il frutto della filosofia giuridica tedesca del 18.secolo » (67).

In tal modo si disconosce però la contingenza storica; nel caso specifico — della genealogia kantiana diremo poi — non si scorge come Wolff rappresenti anzi la massima sublimazione della corrente, della dimensione conservatrice dell'indagine illuministica sui concetti di status, di 'capacità:, di dignità, di privilegio che si svolgeva, saremmo tentati di dire, su di un doppio binario: da un lato, lo scorgere sì barlumi di una configurazione unitaria della persona e della possibilità di individuare una zona nella quale la nozione di 'capacità' in qualche modo fosse suscettibile di sganciarsi da quella di 'status'; ma, dall'altro, chiudere subito questi spiragli per privilegiare invece la possibilità di differenziare gerarchicamente le posizioni dei singoli all'interno delle varie organizzazioni digradanti tra Stato e famiglia.

Molte, in particolare, potrebbero essere le riserve rispetto alle varie tesi sopra enumerate: dall'osservazione che la dottrina wolffiana segna un'involuzione nei confronti dello stesso Donello per quanto concerne la concreta e specifica fondazione della qualità di persona; alla consapevolezza che, nonostante i miglioramenti a paragone di talune formulazioni precedenti della *Status-lehre* inclini a sottolineare nell'arnbito del diritto positivo esclusivamente la diversificazione delle posizioni giuridiche, non si dia affatto una tendenza — secondo alcuni generalizzabile all'intero 18.secolo (68) — a far coincidere

(67) H. CONRAD, *Individuum,* cit., p. 7.

(68) Cfr. P. ZATTI, *Persona* giuridica e soggettività, cit., p. 73. Tale tesi si rivela in realtà troppo generica, perché tralascia di sottolineare quale specifico 'tipo' di mediazione si propone tra i due status. È indubitabilmente vero che nella teoria (intesa, però, in un 'certo' modo) dello status naturalis 'moderno' si iniziano a gettare le basi di una conferma delle tesi weberiane che vedono lo Stato "moderno' caratterizzato dal « monopolio legittimo della violenza fisica » soprattutto mediante una nuova legittimazione del potere (*Gewalt*). Lo status naturalis — come fuoriesce anche dalle polemiche teologiche della prima età moderna (caratteristiche in particolare della seconda scolastica 'molinistica' di contro al 'determinismo' protestante) relative alla possibilità di uno status pure *naturalis* — potrebbe essere interpretato come una dottrina che non ammette più nessun altro tipo di legittimazione del potere giuridico, se non quella scaturente dall'individuo. Ciò viene però a significare. — stiamo sempre parlando di un 'tipo ideale' — che nella teoria politica si

lo status *hominis naturalis* con lo status *hominis civilis*, come ben chiariscono le elaborazioni 'dimostrative' del nostro in tema di (ri-)

---

sottrae 'il terreno sotto i piedi' a quei poteri intermedi che si pongono in concorrenza con la potestà statuale centrale; e, per essere ancora più precisi, a quella visione dualistica, originaria della Korporationsrecht-Theorie medievale che contrapponeva corpus e *caput* e che ancora era presente fin dentro le concettualizzazioni althusiane. In una parola, che tale categoria analitica fosse il corrispettivo teorico del processo di concentrazione *anti-cetuale* del potere. Ma per ottenere un tale risultato era assolutamente necessaria una precisa condizione: la massima *radicalizzazione* filosofico-giuridica di tale nozione (cfr. correttamente, per questo rispetto, H. HOFMANN, *Zur Lehre vom Naturzustand* in der Rechtsphilosophie der *Aufklärung*, in R. BRANDT (hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklarung. *Symposium* Wolfenbuttel *1981*, Berlin-New York 6982, pp. 12-46, 29-30). Tale estremizzazione può certo riscontrarsi in Hobbes, Locke e poi Kant; ma se, per esempio, ritorniamo a Wolff dobbiamo anzitutto osservare, al di là di quanto diremo nel testo, che già nella sua teoria degli iura *connata* la nozione di libertà individuale nello stato naturale serve ad affermare una originaria 'sovraordinazione' dell'eguaglianza sulla libertà medesima, in quanto a nessuno, sotto tale rispetto, dovevano competere diritti sopra altri soggetti. A questa gerarchia 'logica' corrispondono sul piano della *essentia* tutta una serie di 'doveri' morali per il cui adempimento all'uomo (forse solo?) strumentalmente spettano necessariamente certi diritti (ibid. p. 32).

Inoltre certamente si dà una qualche forma di armonizzazione — si può anche dire, se si preferisce, caricando un po' i toni, di identità 'totale' — tra la dottrina dei doveri ('materiali') dello stato naturale e la dottrina positiva degli scopi dello Stato, garantendo così, all'interno di questa dottrina, l'« identità » di diritto naturale e positivo. Cfr. J. GÄRBER, *Vom « ius* connatum » *zum* « Menschenrecht ». Deutsche Menschenrechtstheorien der *Spätaufklärung*, in R. BRANDT, Rechtsphilosophie, cit., pp. 107-147, 139 nt. 21.

Ma come già da queste affermazioni si sarà compreso, tale armonia è 'prestabilita'; non di un'identità si tratta, ma di due sfere che rimangono incomunicanti, pur se 'speculari'. Interessante è altresì l'osservare che tale armonia è raggiunta 'saltando', per così dire, la mediazione privatistica: siamo ben lontani dalla possibilità di opporre un diritto privato naturale (tendenzialmente identificabile col 'civile') all'autorità dello Stato, che è anzi il quasi esclusivo 'soggetto' garante dell'(avvenuta) armonizzazione (così, non a caso, D. KLIPPEL, Politische Freiheit und Freiheitsrechte in deutschen Naturrecht des 16. *Jahrhunderts*, Paderborn 1976, p. 75 ss., può sisternatizzare la tesi wolffiana sotto la intitolazione « Iura connata-die verlorenen Rechte des Menschen »). Soltanto negli anni '70 del 18. secolo l'universalizzazione radicalizzatrice dell'idea giusnaturalistica di libertà comincia ad assumere importanza nel pensiero giuridico per una ridefinizione dello status civilis 'intrastatuale'. Per gli aspetti più accentuatamente 'patrimonial-privatistici' (e costituzionali di tal *forma* mentis) della tradizione giusnaturalistica inglese e poi kantiano-rivoluzionaria vedi inoltre R. BRANDT, Menschenrechte *und* Guterlehre, in IDEM, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 79-106, nonché, P. STEIN, The *Legal* Philosophy of the *Schottish* Enlightenment, ivi, pp. 61-78.

Qualche utile spunto critico per la comprensione della problematica della Status-lehre d'antico regime dal punto di vista della storia 'sociale' in I'. GARBER, *Zur* Statuskonkurrenz von *Adel* und *gelehrtem* Burgertum *im theoretischen* Schrifttum des 17. Jahrhunderts. Veit Ludyig von Seckendorff « *Teutscher Fürstenstaat* », in A. RUCK u.a. (hrsg.), Europaische Hofkultur *im* 16.

definizione del concetto di *Iibertas* (69); od ancora, la segnalazione di come nello *status moralis* non possa esser realmente parola di una capacità giuridica onnicompr'nsiva, potenziale o generale che dir si voglia, poichè la configurazione di codesta « Rechtsperson » viene in verità determinata non già dal lato soggettivo del diritto,

---

und *17. Jarhundert*. Kongress des Wolfenbutteler Arbeitskreises fur *Renaissance*forschung und des Intemationalen Arbeitkreis *für* Barockliteratur, Hamburg 1981, Bd. 2, pp. 229-233 e, indirettamente, in W. KÜHLMANN, Der *Fall* Papinian. Ein Konfliktmodell absolutistischer Politik *im* akademischen Schrifttum des 16. und *17* Jahrhunderts, ivi, pp. 249-256; spec. p. 251 con il riferimento alla funzione 'mediatrice' fra i ceti e tra questi e il potere statale spettante, particolarmente nelle questioni relative alla proprietà, alla giurisprudenza: soltanto tramite Papiniano — così Wesembeck (*Exempla* iurisprudentiae, Leipzig 1585, De Papiniano oratio, in praelectionum ingressu, *dicta*, pp. 9-53) sulle orme di Melantone — lo « status civitatis » fu mantenuto « in aliqua saltem mediocritate » (p, 34).

(69) Cfr. in generale C. WOLFF, De jurisprudentia civili in formam *demonstrativam* redigenda, in IDEM, *Horae* subsecivae Marburgenses anni *1730* quibus *Philosophia* ad publicam privatamque utilitatem aptatur, Trimestre Brumale, Frankfurt und Leipzig 1731, pp. 84-150, qui citato secondo l'edizione contenuta in Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis opuscula et institutiones *cele*brium quorundam *iurisconsultorum* amplectens..., tomus primus, Neapoli 1754: C. WOLFF, De jurisprudentia scienter pertractanda, *Dissertationes selectae*, pp. 153-198.

Cfr. inoltre, ivi, IDEM, *Diss. II*, Specimina *definitionum* in iure *emendatarum:* **III.** *Definitio Libertatis*, §10, pp. 219-221; qui tra l'altro si possono leggere le seguenti espressioni: « Generis *loco* poni debere status hominis, ex antecedentibus patet. *Intelligendum* autem esse statum civilem, quo libera nostra agendi facultas lege civili restringitur, non minus liquet. Necessarium vero esse, ut consideremus, statum hic intelligi civilem, ex eo colligitur, quod status libertatis civilis opponatur statui naturali, ubi sola ex natura limitat facultatem agendi physicam. Quamobrem si vel in systemate iuris civilis status naturalis, et civilis differentia distincta terminorum explicatione ante expenditur, quam status civilis differentiam secundum ius romanum explices... Quamobrem libertas (civilis nempe) est status civilis hominis, quo ipsi *permissum* est actiones suas suo arbitratu determinare, quatenus lege civili non impeditur, aut, si mavis, quo libertas voluntatis non limitatur nisi lege civili. Differt *autem* libertas civilis a libertate naturali sumpta pro *statu* ». Semmai il lato 'progressivo' e 'liberale' di Wolff emerge successivamente; cioè non a livello di 'identificazione' tra i due stati, ma nel sostenere che nello spazio 'residualmente' lasciato senza normazione dallo Stato 'rientri in vigore' la libertà, poichè, appunto, lo stato civile aggiunge, e non 'toglie' qualcosa allo stato naturale: « Etenim per staturn civilem status naturalis non tollitur perinde, ac per leges civiles lex naturae non tollitur: sed quemadmodum ex lege naturae efficitur civilis [per la 'modalità', relativa agli scopi positivi dello Stato, cfr. supra, nt. 68], dum aliquid additur, ita etiam libertas naturalis abit in civilem, dum limitationes quaedam libertati voluntatis adiiciiuntur, quae in civili non obtinent. Potest enim definiri libertas per statum hominis, quo actiones liberas iure civili non determinatas pro arbitratu suo determinare volet... ». Tutto sta, come facilmente si comprende, in quel «dum limitationes quaedam...». Cfr., IDEM, Jus naturae, cit., §135, p. 83 ss.

ma dalle obligationes primitivae che contengono invece un dovere di diritto naturale a provvedere al proprio corpo e alla propria anima («Essentia hominis moralis consistit in obligationibus primitivis. Etenim homo moralis est subjectum obligationum atque jurium... Jus oritur ex obligatione, adeoque rationem *ultimam* tandem in ea agnoscit. Quoniam itaque jus per obligationem determinatur; in concipienda essentia hominis moralis respiciendum tantummodo est ad obligationes... Essentia igitur hominis moralis consistere nequit nisi in obligationibus primitivis »), in una gradazione crescente fino a raggiungere quella obligatio *universalis* «qua quilibet homo tenetur, quatenus homo est » che è del tutto concretamente individuata nella conservazione fisica del corpo; una indicazione, cioè, minimale, residuale rispetto a tutte le 'possibili' posizioni giuridiche la cui titolarità sarebbe invece naturalmente ricompresa in un concetto di 'capacità', di aptitudo laddove questo fosse inteso in senso (potenzialmente) 'generale'. Cosi rimane coerentemente indiscusso che se l'essenza del 'subjectum' è esaurita dalle obbligazioni primitive, gli *jura connata,* tutti indistintamente — cioè non soltanto quelli derivati, ma anche quelli 'primitivi' (originari, appunto) —, andranno ridotti, allo stesso titolo delle « obligationes connatae derivativae », allo stato di attributa, la cui 'assenza', soprattutto sotto forma di mancato (perché 'limitato') esercizio, non pregiudica in definitiva la logica del sistema ([70]).

In realtà è proprio sul preteso fenomeno di 'soggettivizzazione', ovverosia proprio sul processo (finalisticamente presupposto) di avvicinamento-identificazione tra nozione di uomo come dato naturalistico e nozione di persona come dato giuridico — ogni uomo in quanto tale sarebbe portatore di 'diritti soggettivi' riconducibili alla sua potestà di volere come contrassegno naturale della sua personalità — che tutta la costruzione è destinata a cadere.

Quel concetto di sub*jectum* (*iuris*) che tanto ha affannato la storiografia giuridica (liberale?) — una storiografia la quale, spesso senza molte cautele, ha voluto riproiettarvi la immediata, automatica identificazione che il pensiero dogmatico 'moderno' è solito operare tra imputazione e persona — è invece usato in questi contesti in conformità ad una diversa tradizione metafisica, è un uso 'anfibologico' (non 'lucido', forse, ma solo se lo si guardi a partire dalla 'nost a' prospettiva) che istituisce, tra l'altro, una biunivocita tra (s)oggetto 'destinatario' (quasi si direbbe 'colui' che sub-jacet, 'soggiace', e non già 'è capace') e quei *certi* diritti e quelle certe obbligazioni

([70]) Cfr, C. WOLFF, *Jus naturae,* cit., Pars *prima,* cap. I, §71 ss., p, 44 ss. (cfr. anche §11) e vedi M. LIPP, « Persona *moralis* », cit., pp. 241-242.

ammissibili nell'ambito della mentalità della concessio: quindi, al massimo, una reciprocità tra 'soggetto' e singole, determinate, concrete capacità speciali, che, peraltro, in ossequio alla terminologia assolutamente dominante del nostro, meglio sarebbero definite dal termine (di sapore 'amministrativistico'?) di 'competenze' (71).

I1 soggetto, in una sola battuta, rimane essenzialmente 'standisch' e si riconferma così per altra via la non correttezza della deduzione che dalla esistenza della 'limitazione' è spinta a presumere anche quella del concetto generale: in altre e più crude parole non esiste un diritto naturale dell'uomo a divenire « persona » nel(e per il)diritto positivo. Di più; è, o dovrebbe, essere evidente che, tutto sommato, tale riscontro poteva rientrare sin dal principio in un bilancio non trionfalistico delle aspettative e che non sarebbe questo 'il male': sin dal principio, cioè, non si poteva chiedere troppo sotto questo profilo al 'filosofo' Wolff, ispiratore dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano che, come forse si ricorderà, nella polemica contro il pandettistico BGB fu dal Gierke additato per l'appunto a modello 'positivo' per le sue strutture ed i contenuti 'social-cetuali'. Ma, come per solito è invece il caso, non ci si potrà fermare a questa constatazione.

A noi interessava infatti soprattutto scorgere se qui si fossero dati nuovi spunti in direzione dell'elaborazione della distinta nozione tecnica di capacità — ciò che, in breve, Conrad non aveva difficoltà a concedere al nostro (e alla tesi di Coing).

Se permanesse un minimo di 'residuo' all'impostazione sopracitata, non dovrebbe essere allora difficile rintracciare una maggiore (originalità nella) disponibilità a quella — quanto si voglia modesta — 'traslazione' terminologica (estremizzando) dal campo della capacità *lato sensu* successoria (rectius del legatario) al settore dedicato allo stato delle persone.

Ovviamente — e di qui l'allargamento di prospettiva — il referente dovrà consistere, a questo punto dell'indagine, nella dottrina dei giuristi tecnici che a Wolff in un modo o nell'altro si richiamano (72).

Orbene, se la finalità del pur sommarissirno *excursus* dovesse essere quella di 'inverare' un eventuale inizio del « trasporto della concezione soggettivista dal piano filosofico a quello giuridico... ad

---

(71) Cfr. ad es. C. WOLFF, *Jus naturae*, cit., §123, p. *77;* §127, p. *79;* §129, p. *80.* Inoltre si vedano le acute considerazioni di *A. MANTELLO, Individuo, fenomeni associativi e strutture socio-economiche nel razionalismo wolffiano. Qualche spunto critico,* in Quaderni fiorentini, *11/12* (1982/83), tomo I, cit., pp. 179-*216.* 195.

(72) Per ulteriori dati su giuristi ed opere d'ora in avanti prese in considerazione, dove non risulti altrimenti, ci permettiamo rinviare al nostro *Systema iuris I* e *II,* Milano 1984/5, *passim.*

opera di giuristi seguaci del Wolff », sia pure « con una certa lentezza, fra difficoltà e resistenze » ([73]), essa correrebbe più di un rischio di restar 'delusa'.

Così, ad esempio, Joachim Georg Daries, dopo aver trattato della dottrina della giustizia e del diritto « seu de jurisprudentia civili generatim », nella parte generale affronta il tema dell'oggetto dei diritti e delle obbligazioni (*facta* e res), della loro 'diversità' (§24: Per jus, quatenus pro qualitate personae sumitur, intelligimus facultatem id agendi, quod legibus conveniens est. Cor. Sequitur inde, ut leges civiles determinent jura, quae quis in foro civili habet. §25: A facultate ad facultatis exercitium nullus potest argumentari... §26: Obligatio quid. Quilibet, qui imperio civili subest, cogi potest, ut legibus civilibus convenienter vivat...) ed in generale della loro acquisizione.

La trattazione relativa allo stato delle persone — nella quale comunque si fa menzione solo della nozione di homo, senza cenni di alcun tipo alla sua eventuale 'capacità', trova una ben sintomatica collocazione addirittura nella pars specialis sotto la significativa dizione « De acquisitione juris et obligationis personalis immediate ex lege, cuius ratio est in statu » ([74]).

Diversamente, certo, vanno le cose nel più tardo lavoro in lingua tedesca sul diritto naturale e delle genti; qui infatti l'analisi del concetto di status hominum in specie morali costituisce proprio il capitolo primo degli introduttivi praecognoscenda iuris naturae. Anzi, potrà con qualche interesse rimarcarsi la circostanza che se ne offra una definizione filosofica con non larvate pretese di originalità (« status est collectio determinationum, quae in subjecto tamquam existentes sumuntur »), che viene espressamente fatta differire da quella propria (seppur inesattamente riportata) del 'maestro' (« status est coexistentia mutabilium cum rei constantibus » [*rectius* « cum iisdem fixis »]); le conclusioni rientrano però nella *vulgata* ordinaria, dacchè se ne ricava si che la persona giuridicamente « est homo, qui habet statum moralem », ma, ancora, che nell'ambito giuridico è chiara l'equivalenza — conforme alla definizione 'metafisica' — tra

---

([73]) Così R. ORESTANO, Azione: storia del problema, in IDEM, Azione diritti *soggettivi* persone, giuridiche, Bologna 1978, p. 25. Meglio e più circostanziatamente, *ibidem*, Diritti soggettivi e diritti *senza* soggetto, pp. 118-119.

([74]) J.G. DARIES, *Institutiones iurisprudentiae* privatae *Romano-Germanicae* in *usum systematica adornatae methodo*, Ienae 1749, Pars I, cap. I-III, pp. 1-23; e, rispettivamente, Pars specialis, tit. IV, med. II, p. 237 ss. Può essere interessante osservare come la distinzione tra stato naturale e civile è resa dal Daries in termini, almeno per quel rispetto, nuovamente avvicinantisi a Grozio, nella intitolazione del paragrafo « De diversis hominum statibus absolutis, relativis et speciatim de his qui sui vel alieni iuris » (p. 244).

status *moralis* e collectio « dei diritti dei quali uno concretamente dispone » (Collection von der Rechten, die einer *wirklich* hat) (75).

Che se poi passiamo ad esaminare il contributo di colui che a buon diritto può essere ritenuto il sistematico più influente dell'intera « scuola » wolffiana — owerosia Daniel Nettelbladt (1719-1791) — potremo certo osservare come l'immagine complessiva della collocazione di « persona » nell'ordinamento giuridico sia più consapevole e, a tratti, innovativamente delineata e riflettuta: tuttavia di una enucleazione autonoma del concetto di capacità non pare possa essere questione.

Così nel tomo primo del suo Systema elementare della giurisprudenza positiva del 1749 — dedicato, si noti, a Samuele von Cocceji (elemento, questo, che si rivelerà significativo nel prosieguo) —; nel luogo, cioè, dove si tratta della *iurisprudentia* positiva generalis, il nostro inserisce tra i titoli relativi al de collisione legum et *actum* iuridicorum e al de rebus iuridicis un breve e non omogeneo titolo dedicato alle persone (76). L'analisi si apre però subito con la definizione di « stato in senso giuridico » come « quella qualità da cui dipendono i diritti e le obbligazioni », anche se, a significativa esplicazione, immediatamente si soggiunga che « sola qualitas non efficit statum, nec qualitas quae est ius » (77). Il preludio lascia intendere come sia allora aperta la strada alla ormai tradizionale distinzione tra uomo e persona iurìdice *accepta* in quanto « uomo considerato con il suo particolare stato » (*homo* consideratus *cum* certo *statu*). Al di là dell'inserimento nel titolo delle partizioni relative al concetto di *operae* (Spann-seu Fahr-Dienste, *Hand-und Fuß-Dienste; determinatae* et *indeterminatae; artificiales* et officiales) che è comunque funzionale ad una analisi volta a sottolineare la posizione dell'uomo come « soggetto » a rapporti di dipendenza (*homo subiici* potest alterius iuri, praesertim quoad actiones suas...), la nota di interesse è rappresentata dalla sistematizzazione nella parte generale della tradizione 'dogmatica' (per l'appunto chiaramente pre-wolfiana) concernente la teorica — dovuta principalmente alla riflessione di Johann Nikolaus Hert — secondo la quale un uomo (persona fisica) può racchiudere in sè *più* persone (in senso giuridico) a motivo dei diversi stati di cui può essere via via titolare; come altresì, viceversa, « plures homines unam personam sustinere possunt », oppure ancora « plures personas pro una haberi possunt ». È evidente l'in-

(75) J.G. DARIES, *Discours* uber *sein* Natur-und *Völker-Recht auf* Verlangen *herausgegeben,* Jena 1762, pp. 13, 15 e 30.

(76) D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii romano-germanici usui* fori *accomodatum...,* Halae Magdeburgicae 1749, T. I, tit. XII, De personis, §§ 142-151, pp. 107-110.

(77) Ibid., §§142-143, pp. 107-108.

teresse di tale impostazione — e Nettelbladt in tal senso la sviluppa —, nell'ambito della costruzione del moderno concetto di società di pe sone, per la rigorosa determinazione dei, rapporti intercorrenti tra socio e *societas*, per la chiara distinguibilità tra diritti e obblighi della società e quelli invece a carico dei singoli soci partecipanti: ma è altrettanto ovvio che un approfondimento di questo pur interessantissimo soggetto, oltre che a spingerci oggettivamente, come detto, fuori dell'ambito 'wolfiano', ci porterebbe lontano dal nostro thema probandum (78).

Del resto, quale sia il reale atteggiamento nettelbladtiano rispetto al preteso processo di 'individualistica' subbiettivizzazione mediante il quale si tenta 'interpretativamente' di situare storicamente la sua dottrina, emerge con chiarezza quando più tardi nella *Nova Introductio* (1772) si viene-accentuando quella che costituisce la concreta originalità del suo contributo: una theoria *generalis* (nel caso specifico) de personis; teoria non a caso collocata sistematicamente in un 'luogo' che innova — certo facendo anche (ma non già esclusivamente) leva sul concetto di subiectum — la partizione giustinianea dei tria obiecta iuris, soprattutto per il tramite dell'enucleazione ed inserimento della nozione di fatto *giuridico* (79). Comunque sia, per quanto riguarda il nostro tema, non è dato Mscontrare novità di rilievo. E ciò nonostante il raffinamento del processo di astrazione dei concetti, che conduce il nostro ad individuare la necessità di una trattazione secondo le tre accezioni, i tre significati del termine di persona « quos amant Icti,... nimirum secundum significatum generalem, specialem et specialissimum » (80). I1 primo *e* generale concerne l'identità di persona e uomo e si bipartisce pertanto nella distinzione tra personae singulares e morales (alle quali ultime pertengono le universitates personarum); riemerge, in altri termini, a questo proposito un modificato status *naturalis*: accanto ai

(78) Ibid., §§145-148, pp. 108-109. Per ulteriori ragguagli, specialmente sulla dottrina di Hert — singolarmente l'importanza di questa derivazione sfugge completamente a M. LIPP, « *Persona moralis* », cit., p. 252, che pure chiaramente coglie il tema 'societario' — cfr. Systema iuris I, cit., pp. 494-495, nt. 357.

(79) **D. NETTELBLADT,** *Nova* Introductio in iurisprudentiam *positivam germanorum communem,* Halae Magdeburgicae 1772, §324, pp. 214-215: « His absolutis, de personis et rebus *generatim* agendum, cum personae et res sint iurium et obligationum, *obiectum tam, quam* subiectum, et hac occasione simul de factis generalia quaedam tradenda. Licet enim Imperator in g12.1.de iure nat.gent.et civ.his verbis: omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones, tria iuris obiecta personas, res et actiones constituat: haec *obiectorum* iuris *divisio* tamen non satis adaequata est, et potius dicendum, secundum haec tria obiecta iuris Rom.elementa in Inst.Iustin. esse tradita ».

(80) Ibid., §326, p. 216.

presupposti naturali relativi alla vita e alla morte (con le ulteriori presunzioni di commorienza etc.) vi si incontrano le partizioni degli uomini in sui *iuris* e alieni iuris e si ritiene, inoltre, che a tale lata significazione sia da coordinare sistematicamente anche il caso della *fictio unitatis* personae inter diversas personas, nel quale si annoverano quella tra padre e figlio, tra padrone e servo, e tra erede e defunto, pur rimandandosene ad altre sezioni la disamina specifica ([81]).

Il significato speciale sussume sotto di sè, relativo com'è al concetto di persona in senso giuridico (*homo cum* certo *statu*), tutte le possibili varianti e regole generali che scaturiscono dalla (ed esplicano la) teoria hertiana de *homine* diversas personas sustinente, nonchè quanto attiene alla 'diversità' delle persone pro *statuum diversitate*: queste ultime rimandate a loro volta alle singole sezioni di rispettiva pertinenza, ad eccezione della disamina della nozione di 'persone miserabili' (vedove, pupilli, poveri, soggetti « perpetuo morbo defatigati et debiles ») i cui privilegi andranno applicati in base alla regola restrittiva che considera tale enumerazione tassativa, e ne esclude pertanto « virgines, meretrices et senes generatim et qua tales » ([82]). Infine, anche laddove, con il terzo significato, sarebbero state in ipotesi presenti le condizioni terminologiche per enucleare distintamente un concetto tecnico autonomo di capacità giuridica, si rimane invece totalmente e senza sviluppi ancorati all'interno della terminologia romanistica 'oggettivizzante' di *caput* civile e *commercium* iuris *civilis*: « Sequitur tertius personae significatus, nimirum strictissimus, in iure Romano obveniens, in quo persona est homo qui habet statum civilem in specie sic dictum, hoc est eum a quo commercium iuris civilis dependet. ***Ad*** status civilis in specie sic *dicti*, qui et caput civile dicitur, *integritatem* itaque *requiritur hominem* esse *hominem liberum*, civem *romanum* et sui iuris (§ 327), et *capitis diminutio*, quae et mors *civilis* dicitur, est huius status mutatio per l. 1 *ff.* de capite *minutis*. » ([83]).

Ci pare che resti in tal modo confermato, forse paradossalmente, che nonostante l'individuazione di una assai raffinata e adesso ampia teoria generale delle persone — che, se si vuole, sembra, sia pur solo apparentemente, stagliarsi in qualche modo dietro la teoria degli status —, nella tradizione 'wolffiana' di un esasperato ontologismo giusnaturalistico-razionalizzante permanga irrisolto — al di là di un residuale accenno nè originale, come vedremo, nè tantomeno, evidentemente, dotato di capacità dirompente sul piano siste-

([81]) Ibid., §§327-330, pp. 216-219.
([82]) Ibid., §331-332, pp. 219-220.
([83]) ***Ibid.***, §§333-334, **pp.** 221-222.

rnatico ([84]) — il nodo tematico 'capacità in senso tecnico'; ma non già, ci sembra lecito affermare, perché, secondo la struttura interpretativa della corrente storiografica cui si faceva cenno, valga come 'fondante', predomini ancora (contro quell'assunto) la nozione di *status*: questo è certamente il caso ma, come abbiamo in parte illustrato e mostreremo di nuovo subito di seguito, ciò non rappresenta un elemento ostativo all'enucleazione di un tale concetto. Si tratta piuttosto del fatto che qui sta cominciando sì ad emergere una nozione di « soggetto di diritto » e di « persona » di carattere tecnico, e come tale tendenzialmente « spersonalizzata », ma non già però sulla base di un telaio di consuetudini linguistiche *e* dogmatiche legate al ruolo attivo dell'uomo nel diritto e in tal senso alla personalità umana. Sarà quindi ad altre tradizioni giuridico-culturali che bisognerà volgere lo sguardo.

§4. Anzitutto meriterà più di un semplice cenno — e varrebbe anzi la pena di approfondire maggiormente in futuro l'indagine sul punto — la circostanza che il concetto di capacità riferito alla c.d. capacità negoziale e alla capacità a delinquere non sembra, per l'appunto, svolgere un ruolo centrale nelle costruzioni dell'*Usus Modernus*, le quali preferiscono rinviare la trattazione alle sedi specifiche *e*, per quanto riguarda la prima nozione, ancora alle singole species, ai singoli tipi contrattuali. In quello invece che, utilizzando parametri 'moderni', potrebbe definirsi il diritto internazionale privato dell'epoca (la c.d. *Statutentheorie*) comincia poi ad aprirsi uno spazio semantico autonomo per il termine *habilitas*, che permetterà, tra

([84]) Cfr. C. WOLFF, *Jus* naturae, cit., §70, p. 43: « Fictio haec non inutilis, cum in Jure Naturae nobis non sit negotium cum homine, nisi quatenus *obligationum* atque *jurium* capax est, consequenter non nisi *cum homine* morali. Similis est fictio, quando in Theologia homo carnalis distinguitur a spirituali, et spiritualis carnali opponitur... ». Siamo ben lungi dal disconoscere l'importanza, per una chiarificazione della nozione 'autonomamente' giuridica di persona, di questo passo — che meriterebbe una disamina molto più approfondita, estendentesi a seguire le medesime citazioni wolffiane dalla *Ontologia* (§§142-143) e concernenti questioni di *Psychologia empirica* e metafisica (cfr. p. 44) —; ma ci pare che il carattere di 'rarefazione' del riferimento a capacita~la possibilità, da non escludere, che qui si parli in definitiva di capacità negoziale, e le circostanze che esplicheremo nel testa, facciano sì che un tale isolato riferimento non vada più di tanto sopravvalutato, o inteso, come invece vedremo essere in altri casi, quale individuazione di un concetto 'tecnico' utilizzabile dal giurista. La rarefazione, oltre che l'«aspecificità» dei riferimenti wolffiani a capacità in contesti di lingua tedesca ci sembra emergano in qualche modo già dai termini *fähig*, Fahigkeit come utilizzati nella Logica tedesca: cfr. sul punto H.P. DELFOSSE, B. KRÄMER, E, REINHARDT, *Stellenindex und Konkordanz zu* Christian *Wolff* « Deutscher Logik », Stuttgart 1987, *sub* voce.

l'altro, in prosieguo di tempo ad un Richeri di formulare una quasi compiuta (e comunque rinnovata) individuazione del concetto 'moderno' di capacità giuridica collocato 'prima' degli status, pur non essendogli ancora del tutto perspicua l'utilizzazione in censo giuridico del *terminus technicus* 'capacità' ([85]). Sono invece, a quel che allo stato attuale può dedursi, i giuristi francesi che sembrano impiegare più frequentemente in relazione al campo negoziale e penale i termini capacité ed *incapacité* ([86]).

Avevamo fatto cenno non senza intenzione ad 'altre' tradizioni giuridico-culturali: non ci pare azzardato, allora, sostenere che la traslazione su di un piano generale del concetto di *capacitas* possa in definitiva essere considerata, sotto il profilo della 'tipologia' storica, il frutto degli sforzi di una pluralità di autori appartenenti tutti certamente alla *koiné* razionalistica, ma di un razionalismo — in ciò diverso da quello wolffiano — il cui comune denominatore sembra essere costituito dal mantenimento di un rapporto ancora stretto — staremmo quasi per dire 'privilegiato' — con un'altra gloriosa tradizione metafisica, quella volontaristica.

Non ci si sorprenderà quindi di cogliere — non appena, come è stato opportunamente intrapreso, si allarghi lo sguardo al di fuori del chiuso orizzonte della sola dottrina 'germanica' ([87]) (sia pur per potervi poi, necessariamente, meglio 'ritornare') — uno di questi momenti 'forti' già assai precedentemente, ovverosia fin dall'ambito della recezione giuridica della metafisica e logica cartesiane da parte di un autore della caratura di Jean Domat (1625-1696).

Sullo sfondo, cioè, di una lucidamente intuita e teorizzata distinzione 'mo erna' — e in tale veste destinata ad una larga diffusione 'strutturale' proprio nello spazio epocale 'moderno' — tra diritto privato inteso come quel diritto che corrisponde nella sua essenza ai dettami della ragione ed è capace di assumere la medesima estensione contenutistica del diritto naturale, e diritto pubblico concepito, al contrario, come diritta 'arbitrario' ([88]), Domat riesce a far emergere una compiuta teoria della capacità giuridica, secondo la quale — a partire da una oramai pienamente riflettuta centralità della categoria di 'qualità' — si può agevolmente affermare che l'essenza, il nocciolo della nozione di stato delle persone consista per l'appunto in questa capacità (o incapacità), che si rende conoscibile mediante il riferimento sistematico specifico alle qualità della per-

([85]) Cfr. G. D'AMELIO, *Illuminismo*, cit., p. 77.

([86]) Si vedano i più recenti accenni sul tema di H. COING, *Europaisches Privatrecht*, cit., p. 171.

([87]) G. D'AMELIO, *Illuminismo*, cit., pp. 70-71.

([88]) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 177.

d

sona (89). Due sono i dati importanti che andranno a questo punto rilevati; anzitutto non vi è alcuna pretesa, nonostante la piena con-

(89) J. DOMAT, Le Leggi Civili nel loro ordine naturale. Colle note de' Signori BERROYER e CHEVALIER, e col Supplemento a ciascun articolo del Signor JOUY. Nuova traduzione dal francese colle osservazioni sul diritto del Regno dell'avvocato Vincenzo ALOJ... ed arricchita di altre osservazioni del regio professore Giuseppe MAFFEI, Tomo primo, Napoli 1798, Libro preliminare, Tit. II, *Delle* Persone, pp. 91-92: « Quantunque le leggi civili riconoscano tra tutti gli uomini una specie di eguaglianza, stabilita dal diritto naturale, distinguono nulladimeno le persone per mezzo di certe qualità, le quali hanno un rapporto particolare alle materie del diritto civile, e formano ciò che chiamasi stato delle persone. Queste sono quelle qualità, di cui si parla nel Diritto Romano sotto il titolo de *statu hominum*. Ma non trovasi nè in questo titolo, nè in alcun altro, che cosa sia propriamente lo stato delle persone. Si vede soltanto esservene differenti qualità, come di libero e di schiavo, di padre di famiglia e di figlio di famiglia, ed altre, dalle quali diciamo costituirsi lo stato delle persone. Ma non vi si vede cosa che dimostri ciò che vi ha di comune in queste qualità, onde si possa concepire un'idea giusta e precisa del carattere necessario ad una qualità, per poter dire, che ella riguardi lo stato di una persona.

Questo appunto ci ha obbligati a considerare in tutte queste qualità ciò, che hanno di comune tra loro da ciò, che le distingue dalle altre qualità, che non producono lo stesso effetto. Ed è chiaro, che la distinzione delle qualità, le quali costituiscono lo stato delle persone, da quelle, che non vi hanno rapporto, è una conseguenza naturalissima dell'ordine della società, e di quello delle materie delle leggi civili. Imperciocchè, come si è osservato nel piano di queste materie, le leggi civili avendo per loro oggetto le obbligazioni, e le successioni, le qualità che queste leggi considerano per distinguere lo stato delle persone, hanno ancora un rapporto particolare alle obbligazioni, e alle successioni, e tutte convengono in ciò, che rendono le persone capaci di tutte, o di alcune obbligazioni, o delle successioni. Così per riguardo alle obbligazioni, i maggiori sono capaci di tutte le obbligazioni volontarie, e d'altre nascenti da convenzioni, delle tutele, delle cariche pubbliche, ed i minori sono incapaci di molte sorte di obbligazioni, e soprattutto di quelle, che non ridondano in loro vantaggio. Così riguardo alle successioni, i figli legittimi sono capaci di succedere, e i bastardi ne sono incapaci. E si vedrà in tutte le altre qualità, le quali formano lo stato delle persone, *che* portano seco *nel* medesimo tempo qualche capacità, o incapacità. Quindi si può dire, che lo stato delle persone, consiste in questa capacità, *o* incapacità, *la* quale da tali qualità si può agevolmente conoscere; *poichè* sono di *tal* natura, che ciascuna è come in parallelo con un'altra opposta, e in ogni persona *trovasi* sempre o l'una, o l'altra. Così non v'ha persona, che non sia o maggiore o minore, legittima, o bastarda; e l'istesso si dee dire di tutte le altre, come nel progresso vedremo.

Le distinzioni nate dalle qualità, che costituiscono lo stato delle persone sono di due sorte: la prima è di quelle, che sono naturali, *e* prodotte da qualità, che la natura medesima imprime in ciascuna persona; così la natura è quella, che distingue i due sessi, e coloro, che ermafroditi si appellano: *e* la seconda è delle differenze stabilite dalle leggi umane. Così la schiavitù è uno stato, che non è naturale, ma stabilito dagli uomini. E secondo la diversa origine di queste distinzioni ogni persona ha il suo stato regolato dall'ordine della natura, o da quello delle leggi,

Uopo è d'osservare, essersi poste in questo titolo alcune distinzioni di

sapevolezza dei problemi, di cogliere come intimamente confliggenti le due nozioni di *status* e di capacità: una compiuta enucleazione della nozione tecnicamente dispiegata di capacità giuridica si muove 'senza traumi' *all'interno* dello spazio definito da *status.* Di più: l'analisi, confermando il primo risultato, giunge a 'doppiare' a livello di 'istituto' dogmatico la distinzione di essenza tra diritto privato e pubblico, mediante un acuto e brillante collegamento fra le analisi logiche dei grammatici di Port-Royal (90) e la distinzione tra qualità naturali della persona rilevanti per il diritto privato (e quindi conformi a ragione), le quali danno corpo al concetto di stato delle persone ed anzi lo esauriscono, e qualità legali (quindi arbitrario-pubblicistiche). Le capacità od incapacità si possono infatti agevolmente conoscere prendendo le mosse dalle qualità della prima specie, perché queste sono paragonabili, a quegli aggettivi di natura tale che ciascuno è come in parallelo con un altro opposto, e di ogni persona è predicabile sempre o l'uno *o* l'altro (« così non vi ha persona che non sia o maggiore o minore, o legittima o bastarda etc. »). In altri termini le qualità naturali costituiscono coppie tali che l'una esclude l'altra e la classe dei soggetti per cui una di esse

---

persane, che non sono poste nel Diritto Romano tra quelle, che formano lo stato delle persone. Poichè, per esempio, dicesi nel Diritto Romano, che la demenza non cambia lo stato, e nel titolo dello Stato delle persone non si parla dell'età maggiore, nè della minorità. Ma tuttavia la demenza, e la minorità riguardano lo stato delle persone, anche secondo i principj del Diritto Romano. Imperciocchè nel primo libro delle Istituzioni, dove sono le distinzioni delle persone libere e degli schiavi, de' padri di famiglia e de' figli di famiglia, vi sono stati altresì posti i minori, ed i dementi. Ed in effetto queste persone sono in tale incapacità, che loro è necessaria la guida di un tutore, o di un curatore. Così la regola, che la demenza non cambia lo stato, significa soltanto il cambiamento dello stato formato dalle altre qualità, e però non impedisce, per esempio, che un insensato non sia libero, e non sia padre di famiglia. E finalmente nel nostro uso, se si trattasse di sapere, se una persona è insensata, si chiamerebbe una tal quistione causa *di* stato, col qual nome si chiamano tutte le cause, dove si tratti dello stato delle persone».

(90) Cfr. G. TARELLO, *Assolutismo*, cit., p. 178. Non seguiremmo tuttavia l'autore quando parla (ad es. a p. 163) di « colossale mistificazione » operata dal nostro in relazione alla descrizione del diritto vigente. Piuttosto la 'funzionalità' oggettiva della sua nuova dogmatica era stata ben compresa ed espressa da un Gustav Hugo — tra i pochi autori tedeschi, dopo Leibniz (non per nulla, dato il suo richiarvisi) a dimostrarsi attento lettore ed 'esecutore testamentario' del Domat —; egli, replicando ad un non meglio specificato recensente delle sue Istituzioni, così si esprimeva: « Io potrei del tutto brevemente rispondergli che anche Domat, i cui compatrioti pure possedevano colonie, come pure i volumi e contributi sul diritto attuale, contengono sulla schiavitù o null'affatto, o di gran lunga molto meno, di quel che il mio recensente sembra pretendere che le mie Istituzioni debbano invece contenere». (G. HUGO, *Über die Institutionen* des heutigen *Römischen* Rechts, in Civilistisches Magazin, Erster Band, 2. Aufl., 1803, p. 129 ss.

è vera è identica alla classe dei soggetti per i quali tale qualità è predicabile: di fronte alla 'necessità' privatistica che inerisce al vero concetto di 'stato' come capacità o incapacità giuridica (« car l'état des personnes consiste en ces qualités qui font la capacité ou incapacité des engagemens aux successions ») (91), tutto ciò che invece concerne gli 'stati' in senso professional-cetuale (qualità di principe, duca, pari, conte, marchese, ufficiale della corona, borghese, servo, vassallo, artigiano, lavoratore manuale etc.: in una parola gli 'ordini'), quindi le qualità non in senso naturale, ma arbitrario, viene risospinto nella sfera del diritto pubblico, in quanto corrispondente 'logicamente' alla classe degli aggettivi che non si riscontrano in coppie e le cui predicabilità non si escludono rigorosamente a vicenda; dato cioè che, pertanto, 'storicamente' una simile, variabile (non 'necessaria') congerie di condizioni e, più in particolare, di professioni riguarda concretamente il « genere di vita e di occupazione di ciascuna persona ».

La pressochè completa trascuranza del contributo di Domat — in una con lo scarso approfondimento delle vicende successive della tradizione groziana — è venuta senz'altro a costituire, in particolare per la corrente storiografica di lingua germanica — certamente ancora tra le più feconde, sia quantitativamente, che qualitativamente, tra quelle che si misurano col non agevole compito della storia degli 'istituti' —, uno degli elementi decisivi della sorprendente e per qualche verso sconcertante sopravvalutazione del ruolo svolto da Wolff e, di poi, dalla 'filosofia' tedesca del 18. secolo in relazione al tema che ci interessa: atteggiamento abbastanza tipico, come detto, soprattutto della storiografia più attendibile e diffusa, nel momento in cui essa si occupa del. tema in proiezione pandettistica, ossia principalmente cercando di 'schizzare' i prodromi e le genealogie in funzione di quest'ultima, accreditando in tal modo, alla fin fine, e più o meno (ma più che meno) coscientemente, una raffigurazione 'gradualmente' continuistica ed evolutiva 'verso l'alto' del processo di subbiettivizzazione del diritto privato, proprio perché si assume che esso culmini con le elaborazioni della pandettistica classica. Così non soltanto la scelta dei 'precedenti' è condizionata dalla 'meta' finale, ma è propriamente quest'ultima che, nella sua datità 'inevitabile', viene del tutto sottratta ad ogni possibile forma di messa in discussione.

Non per nulla, in una simile ottica, quasi nessun accenno è dato riscontrare, una volta rientrati in 'territorio germanico', alle sia pur

(91) J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, suivies du droit public...*, Nouvelle éd., rev. corr. de nouveau., Luxembourg 1702, t. 2, l. I, tit. IX, sect I, 2 ss; cfr. G. D'AMELIO, *Illuminismo,* cit., p. 71.

sparse analisi di Leibniz: un Leibniz 'razionalista' del quale comunque andrebbero più approfonditamente indagate le componenti di quel suo conservare un singolare legame con la tradizione volontaristico-nominalista di provenienza suareziana (92); e, in ogni caso, a torto completamente riassorbito, sul punto che ci affatica, nella disamina delle posizioni del suo preteso continuatore Wolff, dato che, anche *prima* facìe, assai più che non presso i 'wolffiani' appare emergere dalle sue parole una sottolineatura del ruolo attivo assunto dalla volontà all'interno della nozione (giuridica) di persona.

Eppure — come dovrebbe essere ormai noto, grazie al paziente e prezioso lavoro di Gaston Grua (93) — proprio Leibniz si rivela lettore e critico attento delle *Loix civiles* dans *leur* ordre *naturel,* sia dal punto di vista metadologico, sia, soprattutto, dato il tema in questione, da quello contenutistico-sistematico: ed anzi, proprio a quest'ultimo proposito, acuto prosecutore della teoria dei diritti della personalità (94). Non soltanto: assai più esplicite e rigorose appaiono le sue prese di posizione in tema sia di *subiectum iuris* sia di connessione tra le nozioni di persona (teoria generale della persona nel diritto) e capacità giuridica, laddove — talvolta in senso chiaramente volontaristico-soggettivistico — si coglie il nesso ideologico fondante che permette l'applicazione (la 'traslazione') della nozione di capacìtas, ormai generalizzata in quanto appunto corrispettivo di quel ruolo attivo della volontà, cui facevamo già cenno (con l'incapacità intesa, forse con un qualche barlume di 'sintomatico' precorrimento, quale *exceptio*):

> « Qualitas moralis [Una eademque est. Est libertas.] Subjectum qualitatis moralis est Persona, seu substantia rationalis (Substantia rationalis sive Persona est certa vel incerta naturalis vel civilis. Civilis sive Universitas totalis, partialis. Una, Plures. Naturalis corporea, incorporea. Corporea est homo. Homo est senex, juvenis...) Persona est Deus, Angelus, Sanctus, Mortuus, Homo, Universitas... Homo liber, id est non captus neque ex capto natus neque servus, seu qui alteri se

(92) In questo senso vedi soprattutto *A.* CORSANO, *Leibniz,* Napoli 1952, *passim.*

(93) G. GRUA, (ed.), G.W. *Leibniz. Textes Inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre,* II, Paris 1948.

(94) *G.W.* LEIBNIZ, *Suite des reflexions sur le livre intitulé Loix civiles dans leur ordre naturel,* in *G.* GRUA, cit., pp. 649-650: « Il paroist donc plus utile et plus conforme à la jurisprudence Romaine de dire qu'il y a des *droits de la personalité* qui affectent et tuochent la personne même, sans qu'elle se puisse degager par un interest pecuniaire; comme sont des obligations entre les personnes mariée, entre pere ou mere et les enfans, et beaucoup d'autres engagemens personels... », (sottolineatura di Leibniz).

totum dedit, neque ex servo natus. Hostis non est capax juris, nisi quod ex pacto promisso oritur... Sequuntur ipsa juris capita: DE FACTO. Quis personam juris habeat. Quis alterius personam repraesentare possit. De successione in alterius personam. De concurso personarum (dubito). (De personarum generibus.)...
JUS PATRIMONIALE. A) Jus ex dispositione. 75. Regula. Substantia volttiva *veluti* Homo est capax *qualitatis moralis.* Exceptio Si sit impubes; vel Exc.si sit impubes et jus minuat sine tutoris autoritate. Replica. Si jus non minuat, si tutoris autoritatis accedat... » (95).

Certamente, si potrà replicare, si tratta di passi ricavati da testi inediti e, come tali, non entrati in circolazione; ciò non toglie ch'essi mettano in qualche modo in crisi la 'tenuta' della diacronia meramente ascensiva sulla quale si basa il 'progressismo' della storiografia liberale: e, in parentesi, Leibniz tale certamente non era (« Subjectum juris non est Haereticus, Apostata, Reus laesae majestatis D). Tale considerazione ci permette altresì di avvicinarci, sia pur per gradi, sempre più alla convinzione che ai 'sentieri interrotti del periodo 'oggettivo' della enucleazione del concetto di capacità all'interno della nozione di status, non abbia già fatto seguito un culminare definitivo e consolidato anche per la giurisprudenza del 'soggettivismo' umanistico-personalistico (per intendersi, 'kantiano'-idealistico), ma che, invece, l'iter vada piuttosto ben altrimenti sintetizzato: dall'oggettivismo della *Status-lehre* d'antico regime all'oggettivismo 'moderno', (da definirsi, anticipando, 'patrimonialistico') della pandettistica ottocentesca, passando attraverso una brevissima *e* subito richiusa parentesi teorico-normativa, per l'appunto iscriventesi nell'orbita dei principi della iiivoluzione francese e della loro 'traduzione' nella filosofia idealistica tedesca.

Tanto più che, se torniamo alla cronologia 'stabilita' di cui stiamo cercando di mostrare gli aspetti d'artefazione ideologica, vieppiù sorprendente ci apparirà la summenzionata sopravvalutazione, soprattutto in quanto ha portato ad occultare i momenti 'tipologicamente' forti — usiamo quest'espressione per illustrare la circostanza di come ci sia alla fin fine estranea la ricerca, in tal caso veramente 'vanamente' erudita, di una concreta e definitiva 'primogenitura', parendoci sufficiente individuare lato *sensu* le genealogie culturali nell'alveo di tradizioni di pensiero giuridico — dell'emersione del concetto di capacità giuridica: momenti forti tutti, per vari

(95) I passi citati derivano, rispettivamente, da G.W. LEIBNIZ, *Ad Elementa iuris civilis* (1668-1671?); *De Systemate juris romani* (1680-1682?); Varia (1695-1696?), in G. GRUA, cit., pp. 706 ss.; 763 ss.; 811-813.

profili (ed anche solo sotto quello temporale), fuori dai binari su cui ci ama a tutt'oggi insistere.

Il pensiero corre in prima istanza ad un contemporaneo, corrispondente e 'avversario' di Leibniz, quel Samuel von Cocceji **(1679-**1755) che si colloca criticamente ben all'interno della tradizione dei commentatori tedeschi di Grozio ***e,*** quindi, del « diritto naturale cristiano », da lui non a caso inteso in una versione volontaristica di notevole estremismo (*Jus naturae nihil aliud est quam* ***Dei*** *voluntas*) — in tal senso, certo, assai poco consona all'irenismo leibniziano: personaggio inoltre, com'è noto, destinato tra il 1723 e il 1747 ad una folgorante carriera che lo porterà a ricoprire altissime cariche politico-giurisdizionali nella Prussia fredericiana (Presidente del *Kammergericht*; « Chef aller geistlichen und franzosischen Angelegenheiten »; Ministro della Giustizia; *Grosskanzler*) e autore, tra l'altro, del famoso progetto di codice, poi non andato in porto ([96]).

Orbene, proprio dalla lettura del suo sistema di diritto naturale e romano — che fin dal titolo riecheggia, almeno esteriormente, la tematica, cara a Leibniz, del *novum systema* ([97]) — si può anzitutto cogliere una riconferma della diffusione, assai precedente alla 'voga' wolffiana, della nozione di *subjectum* in contesti la cui derivazione immediatamente metafisica non consente di interpretarla nel senso 'moderno' di una subbiettivizzazione oltre che tecnica anche soggettivistica 'secondo il valore' ([98]). Innegabile sarà allora il merito di

---

([96]) Cfr. A. STÖLZEL, *Brandenburg-Preussens Justizverfassung und Justizverwaltung,* Berlin 1888, Bd. 2, pp. 50-235 e soprattutto H.-P. SCHNEIDER, *Justitia universalis. Quellenstudien zur Geschichte des « Christlichen Naturrechts » bei Gottfried Wilhelm Leibniz,* Frankfurt am Main 1967, pp. 229-240. Per l'aspetto della tradizione groziana si veda S.L.B. de COCCEJI, *Introductio ad Henrici L.B. de Cocceji Grotium illustratum, continens dissertationes proemiales* XII... *Duodecima dissertatio exhibet auctoris Novum Systema justitiae naturalis et Romanae,* Lausannae 1751.

([97]) S.L.B. de COCCEJI, *Justitiae naturalis, et Romanae Novum Systema in quo praemisso principio generali omniae justitiae naturalis praecepta compiectente, demonstrantur* I. *Jura Dei in Homines; nec non exponitur II. Jura Hominum inter se iuxta tria juris Romani objecta simulque universum Jus Romanum in artem redigitur,* Lausannae 1762. Per quanto attiene al tema 'leibniziano', del *novum systema* vedi *Systema iuris* I, p. 509 ss.

([98]) « Recte igitur JCti Romani ajunt, tria nos habere ad eum effectum, ut jurium civilium fiamus capaces, libertatem, civitatem, et familiam. CAUSA *status hominum* est ipsa ratio naturalis, quod in singulis speciebus probabimus. SUBJECTUM illius status sunt personae, quatenus vel *liberae* sunt, vel *cives,* vel *membra familiae.* OBJECTUM status hominum sunt jura, quae ex *libertate, civitate,* et *familia* oriuntur. EFFECTUS intuitu ejus, qui statum habet, in eo consistit, quod jura, quae statum illum comitantur, defendere possit vel bello, si sit summa potestas, vel per actiones, quas JCti Romani vocant *actiones praejudiciales.* Hae actiones neque sunt reales, neque personales ». (S.L.B. de COCCEJI, *Novum systema,* cit., §§109-113, p. 50).

Wolff, al pari di quello della sua scuola, nella generalizzazione di un simile uso concettuale; ma, altresì, irrinunciabile resterà l'osservare come il 'soggetto' così inteso — e si ricordi il ruolo che il concetto di 'fatto' svolge sia nelle annotazioni leibniziane ([99]), come più tardi in quelle nettelbladtiane a proposito della nozione di soggetto —, ovverosia in quanto punto di collegamento tra le due situazioni temporali contenute nella norma, quindi tra fatto giuridico ed effetto giuridico ([100]), andrà necessariamente distinto da quanto attualmente s'intende con 'persona': altrimenti detto che, qualora si intenda raffigurare 'scientificamente', anche nella sua dimensione storico-diacronica, il diritto, sia necessario rappresentarsi il 'soggetto' e la 'persona' come due 'simboli' differenti, dacché tali espressioni non sono suscettibili di 'coprirsi' immediatamente l'una con l'altra, dando anzi luogo a due diversificate rappresentazioni di possibilità ([101]). Che sia cioè scorretto, per scarnificare ancor più la tematica, caricare indistintamente del *pathos* soggettivistico della persona ogni e qualsivoglia formulazione normativa che, storicamente, si serva dello strumento tecnico 'soggetto', senza minimamente riflettere — come diremo meglio tra breve — se non si tratti piuttosto di 'travestimenti' a livello di formulazione terminologica di proposizioni normative dal diverso significato.

Comunque sia, allo stato attuale delle ricerche, il testo di Cocceji (significativamente 'commentatore' di Grozio) — sempre con la dovuta e più volte rammemorata cautela metodologica rispetto alla 'scoperta' di un autore « che l'aveva già detto prima » — può valere in terra di Germania quale equipollente della riflessione 'francese' di Domat.

Una 'primogenitura' cristiano-'volontaristica' ([102]) assai più lucida ed esplicita, cioè, della faticosa ma sporadica *ri*-emersione (ormai dobbiamo così designarla) del concetto nell'ambito delle analisi wolffiane ([103]). Ciò non soltanto perché viene individuato, pur mantenendosi (ma ormai vorremmo dire « appunto mantenendo ») il riferi-

---

([99]) Cfr. G.W. LEIBNIZ, Notae in *tabulam jurisprudentiae* (1696?), in C. GRUA, cit., p. 801: « In facto persona est subjectum, res objectum, actus causa ⟨vel contrarium⟩ juris. Et in re vel substantia ejus vel qualitas, ut in servitute. Subtituli ergo subjectum, objectum (quod potest esse tam res quam persona, quae tunc est subjectum obligationis), causa vel contrarium » (vedi anche, ivi, p. 802 « FACTUM... quaestionem quomodo »).

([100]) Vedi A. FALZEA, v. Efficacia giuridica, in Enciclopedia del diritto, XIV (1965), p. 432 ss., 476.

([101]) Così C. MAGNI, Soggetto e persona ne2 diritto, in Il diritto ecclesiastico (1951), p. 1 ss., 10. Cfr. P. ZATTI, Persona e soggettività, cit., pp. 47-49.

([102]) S.L.B. de COCCEJI, *Novum Systema*, cit., *Proemium*, *passim*; Lib. III, cap. I, p. 48.

([103]) Cfr. Supra, nt. 84.

mento alla concezione secondo cui lo status *hominum* triplex est, uno spazio sistematico dedicato allo status horninum in genere, del quale la capacità giuridica è ravvisata come elemento costitutivo; ma, al di là di ogni altra cosiderazione, perché Cocceji sottolinea del tutto espressamente — facendola scaturire, si noti, ben dentro la tradizionale Status-lehre e non affatto in opposizione ad essa, come sembrava invece sinora doversi argomentare — la distinzione tra capacità giuridica speciale e capacità giuridica generale. Un concetto (tecnico) di capacità giuridica (anche) generale si mostra così in piena luce come 'pensabile' già all'interno della tradizionale dottrina degli status, senza spezzarne in alcun modo i contorni e contraddicendone anche in tale veste la (storiograficamente) postulata 'fissazione' ad una enumerazione, al massimo, di distinte e concrete 'capacità' (sì, ma) speciali: «Status hominum est conditio, per *quam* persona capax fit *jurium,* quae ad statum *hominum pertinent.* Hic status vel in genere homines reddit juriurn *capaces,* vel saltem jurium *quorundam.* Ad priorem status speciem refertur libertas. Unde summa divisio dicitur personarum, quod alii sint liberi, alii servi. Ut igitur persona juriurn in genere capax sit, requiritur, ut libera, id est alieno dominio non subjecta sit; si enim status hic cessat, omnia personae jura, id est omnes ejus facultates agendi, vel habendi, alieno dominio subjacent, adeoque ipsa nullius juris *capax* est» ([104]).

Che tale risultato non resti isolato, e possa essere quindi assunto ad indizio in relazione alla nostra tesi, lo può mostrare anche uno dei più importanti tra i tentativi di rinnovamento sistematico che vengono immediatamente a precedere il celebre Grundriss di Heise, ovvero quello intrapreso dal giurista di scuola gottinghese Georg Ludwig Böhmer — e siamo così, ancora una volta, 'fuori' dalla scuola wolffiana.

Sebbene del suo sistema siano accessibili soltanto frammenti postumi, deve ritenersi — come vedremo, in base alla testimonianza dei contemporanei — che la sua trattazione della dottrina della capacità giuridica, vieppiù chiaramente avvertita come concetto tecnico irrinunciabile, venga a precedere le più celebri analisi di un Thibaut ([105]). A questo punto, certo, si potrebbe voler replicare che il

([104]) S.L.B. de COCCEJI, Novum *Systema,* cit., Lib. III, cap. I, §106, p. 49.

([105]) G.L. BÖHMER, Systematis iuris civilis *Fragmenta,* opus *postumum* edidit G.I.F. *Meister,* Göttingae 1799. La constatazione della 'precedenza' rispetto a Thibaut non può esser fondata, come fa chi sinora è stato l'unico ad accennarvi in una breve nota (R. SCHEYHING, *Zur* Geschichte des Personlichkeitsrechts, cit., p. 514, nt. 52), sulla datazione dell'opera, che ad un riscontro puntuale non risulta essere del 1789, come erroneamente supposto: trattandosi però di frammenti ad uso delle lezioni e connettendo tale carattere con la testimonianza di Höpfner e Hugo, si lascia agevolmente supporre un'elaborazione già alquanto in precedenza conclusa,

sostituire con figure di 'secondo piano' il ruolo in ipotesi svolto da autori della levatura di un Wolff, di un Kant o di un Thibaut non

---

A voler completare il quadro della comunque non agevole affermazione di quello che era, in ogni caso, destinato a rivelarsi sì fortunato concetto 'tecnico', ma al di là di questo scarsamente fruibile — 'esile ponte' gettato su di una soggettività ancor inizialmente affetta dalla sua 'differenza' rispetto ad un concetto 'politico-morale' di « persona » (cfr. *infra*, § 6) —, resta da sottolineare come proprio dal punto di vista della formulazione tecnica le espressioni di Coccejus nel *Novum Systema* segnino un 'progresso' a paragone di quelle da lui medesimo impiegate poco tempo prima nel ricordato progetto.

Pur permanendo colà pressochè intatta la strutturazione della dottrina generale degli *status* e la reale sostanza del discorso, la terminologia relativa alla capacità si fa strada per lo più sotto diversi 'travestimenti' verbali. Così in S.L.B. de COCCEIJ, *Project des Corporis Juris Fridericiani das ist, Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründetes Land-Recht, worin das Romische Recht in eine naturliche Ordnung, und richtiges Systema, nach den dreyen Objectis Juris gebracht: Die General-Principia, welche in der Vernunft gegrundet sind, bey einem ieden Objecto festgesetzet, und die nothigen Conclusiones, als so viel Gesetze, daraus deduciret: Alle Subtilitaten und Fictiones, nicht weniger was auf den Teutschen Statum nicht applicabel ist, ausgelassen: Alle zweifelhafte Jura, welche in den Römischen Gesetzen vorkommen, oder von den Doctoribus gemacht worden sind, decidiret, und solchergestalt ein Jus Certum und Universale in allen dero Provintzen statuirt wird*, 2. Aufl., Halle 1750, Part. I, Lib. I, tit. I, §3 si parla del 'primo' oggetto del diritto per il tramite del quale gli uomini acquisiscono alcuni *Vorrechte*, ovverosia dello 'Status hominum', e di seguito lo si definisce come « eine *Condition* und *Qualität* der Person *welcher gewisse Jura ankleben* » (p. *3*). Al titolo IV, corrispondente al passo in cui si individuava lucidamente il ruolo centrale del *terminus technicus* 'capacitas', si parla, più genericamente, di « worin der *Status hominum* bestehe, und was vor *Vorrechte* und *Jura* daraus herfliessen » (§1), e poi della 'libertà' di non essere sottoposti alla 'Herrschaft' o 'proprietà' altrui (tit. V, §1, p. 11). Però al 52 del tit. III emerge già una defizione più netta e lo 'status hominum' viene concepito come una « *Condition und Qualitat der Menschen*, woraus einige Vorrechte, welche sothaner Qualitat ankleben, folgen; *und derer andere, die sothane Qualität nicht haben, nicht fahig sind* » (p. *8*). Conseguentemente lo « status homis naturalis » è una condizione e *qualità* « welche *immediate* die Person *afficirt*, und alle Menschen *von Natur anklebet* »: in tal senso le azioni *prejudiciales* che tutelano i diritti scaturenti dai tre *status* « affettano la Persona medesima, e presuppongono un Diritto, che è immediatamente connesso con la Persona, per cui conseguentemente non si tratta di invocare nè uno *jus ad rem* nè *in rem* », ma, al contrario, « bloss die Person sefbst und die derselben anklebende Qualität in Anspruch genommen wird » (§§ 8, 9, 14, p. 10-11).

Come s'intende la teoria della *qualità immediatamente 'affettante' la Persona* fa compiere alla definizione dello 'status libertatis' come ciò che conferisce a tutti gli uomini « von der Natur selbst, eine Macht und Gewalt, nach Anleitung der Landes Gesetze zu thun oder zu lassen, was sie wollen, das ist sie konnen von ihren Actionen und Vermögen nach Gefallen disponieren » (tit. V, 92, p. 12) un notevole passo in direzione della formulazione definitiva, cui ancora fa però difetto la surricordata 'centralità' del concetto esplicito di capacità.

corrisponda proprio agli intenti 'tipologici' di chi scrive: possa cioè, sicuramente, corrispondere ad un interesse erudito di caccia (peraltro 'incompiuta') al 'precursore', ma, appunto, non sposti in nulla, o in ben scarsa misura, la caratterizzazione storico-ideologica 'profonda' e definitiva che quei concetti hanno finalmente assunto in prossimità del loro culminare nell'elaborazione pandettistica. Ad un simile, eventuale appunto, saremmo immediatamente tentati di rispondere con la fulminante osservazione da Stefan Zweig ad altro proposito adoperata: « flache Darstellung verwechselt ja immer eine Rolle des Hintergrunds mit einer Nebenrolle » ([106]).

Il fatto si è, però, che a questo proposito non possiamo lasciarci ingannare dalla nostra attuale prospettiva e comprensione di ciò che, allora, era importante o meno; ci troviamo infatti di fronte ad un autore e ad un'opera la cui rilevanza erano ben chiare agli occhi dei contemporanei, se persino un Gustav Hugo si sentiva in dovere di riportare — cogliendovi evidentemente i prodromi del suo proprio programma di riforma sistematica — un ampio stralcio della di lui valutazione, quale risultava da una lettera inedita di un altro influente civilista del tempo: « Che noi adottiamo invece delle Pandette un sistema in ordine naturale, lo desidero di tutto cuore. Ho pregato personalmente e fatto pregare G.L. Böhmer per il definitivo compimento del suo sistema. Gli ho fatto notare come egli soltanto tra tutti i giuristi attualmente viventi possa essere colui che si mostri in grado di liberarci dalla sciagura e dai danni del metodo che si basa sul sistema delle Pandette giustinianee; che, forse, con tutta probabilità dopo di lui per lungo tempo nessuno che voglia assumersi tale compito di risanamento verrà che si sia legittimato al suo pari come eccellente autore di compendi e manuali; e che, infine, soltanto un sistema profluente dalla sua penna potrà aver la fortuna di riempire le aule universitarie e, al contempo, di cogliere una vittoria definitiva sul sistema delle Pandette » ([107]).

E che una tale attesa, per quanto almeno attiene al nostro problema, non dovesse andare del tutto delusa, al di là dell'incompiutezza di un'opera che comunque aveva trovato la sua forma di diffusione orale nelle aule della famosa Georgia Augusta, ben lo mostrano le consapevoli espressioni del capitolo terzo (De *personis, subiecto iurium et obligationum*) della parte generale, laddove non ci si ferma alla partizione di persona in senso ampio e in senso stretto

---

([106]) S. ZWEIG, *Joseph Fouché. Bildnis eines politischen Menschen* (1929), Frankfurt am Main, 1982, p. 10.

([107]) Il frammento di Höpfner è citato da G. HUGO, *Ludw. Jul. Fried. Höpfner. Ein Beyfrag zu seiner Biographie*, in Civilistisches Magazin, Bd. 3, Heft 1, Berlin 1814, p. 81.

— che avevamo incontrato anche in Nettelbladt —, ma la si utilizza per ricollegarvi esplicitamente la nozione di capacità giuridica nella sua duplice gradazione relativa allo *status naturalis* e a quello 'civile'. In entrambi i casi risulta ormai un chiaro avvicinamento alla concezione secondo cui lo stretto collegamento tra capacità e 'stato' è in realtà costruito sulla base di una 'precedenza' logica dell'esistenza di un soggetto capace rispetto al momento 'complessd dello *status;* che, pertanto, in questo ristretto senso — senza dar corpo, cioè, ad alcun accenno nella direzione di una progressiva corruzione del fenomeno (della molteplicità-triplicità) degli *status* — possa dirsi che in qualche modo la capacità come qualità della persona sia divenuta l'intimo presupposto 'qualitativo' della medesima *Status-Zehre.* Persona in senso ampio è allora l'uomo in quanto venga in generale considerato, nella prospettiva del diritto (oggettivo). a partire dai diritti e dalle obbligazioni dei quali manifesta l'attitudine — si ricordi qui il tema groziano — a diventare titolare, mentre persona in senso stretto è puramente e semplicemente l'uomo 'capace', secondo il diritto civile, di diritti e di obblighi; ad entrambe queste definizioni, collocate sistematicamente ciascuna nel suo ordine, sono fatte seguire le corrispettive definizioni di *status:* « § 51. *Persona,* in sensu latiori, est *homo ratione iurium et obiigationum, quae in eum cadere possunt, consideratus. Status hominis, qualitas ipsa hominis, qua tali~, vi cuius iurium et obligationum capax est.* Itaque monstra statu hominum non fruuntur, nec mortui. § 52. Recepta apud Romanos ex gentium moribus servitus, quam ipsi contra naturam esse agnoscunt, locum fecit *stricto* significatui, quo *persona est homo secundum ius civile capax iurium et obligationum.* Status hominis civilis est ipsa *qualitas hominis,* iure civili determinata, *a qua capacitas iurium et obligationum aestimatur* » ([108]).

E di nuovo, lucidamente, a segnalare dal punto di vista tecnico, la ormai scarsissima distanza — per non dire l'identità — di tale *capacitas* rispetto a quello che noi siamo abituati a considerare il concetto odierno di capacità generale di diritto, si fa luce, nell'ambito dello *status civilis* con la sua 'triplice' dimensione, il carattere 'principale' di una capacità giuridica rivolta alla generalità dei diritti e degli obblighi di cui si può diventare titolari. Riferimento, quest'ultimo, significativamente, rafforzato non già dalle solite citazioni dal titolo *de statu hominum* del Digesto, ma da un richiamo in nota assai più specifico ad un passo del primo libro delle Istituzioni di Marciano relativo al *De servis poenae (D.* 48.19.17.1), laddove si veniva a prendere in considerazione la situazione degli apolidi a *sine*

([108]) **G.L.** BÖHMER, *Systematis iuris* civilis *Fragmenta,* cit., *Pars* generalis, **cap.** III, §51 *e* **52, p. 32.**

civitate, osservando comunque che se loro fanno difetto i diritti attribuiti dallo ius civile è, però, pur sempre riconfermato che « quae vero iuris gentium sunt, habeant ». Dietro la capacità giuridica generale « in republica » si profila così la possibilità che la capacità inerente allo status naturalis (« Status hominum dicitur quoque status naturalis, iure naturali determinatus. Per speciales hominis, qua talis, qualitates determinantur speciales status hominum ») non rimanga completamente lettera morta, che resti aperta qualche via di comunicazione: « Status civilis *principalis,* triplex est, prout determinatur per qualitatem hominis *liberi,* civis Romani, et membri *familiae*. Qui his statibus *simul fruitur,* capax est *omnium* iurium et *obligationum* in republica. Dantur plures status civiles minus *principales,* a speciali qualitate personae determinati, a qua non nisi determinata iura et obligationes pendent, veluti a triplici ordine populi Romani, vel a qualitate militis, vel muneris publici. Ad status civiles pertinet quoque status civis honesti » ([109]).

In un testo, infine, che così attento e consapevole si mostra nel tirare le somme di molti dei 'sentieri interrotti' in cui ci siamo venuti via via imbattendo, non farà specie incontrare altresì un chiaro e conclusivo bilancio — veramente a 'futura memoria' — sulla nozione di 'soggetto' di diritto nel quadro delle coordinate offerte dalla tradizione ricostruttiva sei-settecentesca: « Persona civilis est *unicum subiectum* iurium et obligationum in republica. Solent quidem etiam haec tribui rebus, et iura realia, ac obligationes reales vocari; sed non nisi hoc sensu, quod certis rebus ita data et cum illis coniuncta sunt, ut non nisi possessori istarum rerum competant » ([110]).

Siamo così ormai giunti in prossimità del nesso Kant-Thibaut (pandettistica).

§ 5. Il bilancio sin qui conseguito ci pare però possa suggerire con qualche tranquillità che anche la nozione dogmatica 'moderna' di capacità generale di diritti si sia costituita tecnicamente non altrimenti che nell'alveo della tradizione della dottrina della Status-*lehre*. Qualche lettore avrà forse seguito con un certo fastidio la nostra insistenza sulla coppia concettuale 'tecnica' e 'dogmatica' con riferimento a tale nozione. Con quella movenza terminologica eravamo comunque ben lungi dal voler affermare una rinnovata *Isolierung* metodologica del processo di formazione delle categorie giuridiche. Ci pareva, invece, che una simile insistenza sul momento tecnico potesse chiarirsi proprio nell'attimo in cui si passasse a va-

([109]) Ibid., §53, p. 33.

([110]) Ibid., §54, p. 33; per l'ennesimo recupero della dottrina di Hert cfr. §55 ss., pp. 34-35.

lutare l'apporto delle teoriche che si situano al di là dell'antico regime, per un verso o per l'altro.

È innegabile, infatti, che ad una tale concettualizzazione — che per l'appunto denominiamo 'tecnico-dogmatica', poiché vi sono presenti tutti i termini 'preparatori', tutti gli 'ingranaggi' della questione quale ancora la impostiamo — faccia difetto quell'elemento che appare senz'altro di 'senso comune' al giurista attuale che accetti, ad esempio, le 'aspettative' che la teoria di un Falzea ripone nella nozione 'odierna' di capacità (generale) di diritto: un elemento il quale, proprio in questa ottica, vorremmo chiamare di « sovradeterminazione ideologica ».

Alla concezione giusnaturalistica e di diritto positivo che abbiamo* sin qui illustrato è infatti estranea l'idea non già, come qualche interprete ha ritenuto, dell'esistenza di un'apertura, di una possibilità di comunicazione tra *status naturalis* e *status civilis*; è vero che un qualche dualismo natura-società è indubbiamente istituite, e certamente l'uomo entra pertanto in società già 'carico di valori' (di diritti innati), in quanto raffigurato libero ed uguale per natura: non diremmo però che ciò impedisca — a questa teoria più che ad un'altra — di affrontare correttamente i rapporti sociali, altro che astraendo dalle storiche articolazioni della società umana ed impedendosi così di vedere il soggetto in relazione alla comunità, al gruppo cui appartiene ([111]). Non si può negare che accedendo a questa unità dualistica di stato naturale e stato, legale si corra tendenzialmente il rischio 'logico' di accettarne indiscriminatamente le conseguenze, ovverosia di accostare ad una generale eguaglianza 'soggettiva' degli uomini una diseguaglianza oggettiva, che si ritraduca, a sua volta, giuridicamente in un appiattimento della capacità giuridica a capacità 'civile': tuttavia, anzitutto, questa opposizione — a seconda di come sia intesa — può venire a giocare anche un ruolo di 'Aufklarung' utopico-propositivo, nella misura in cui contribuisca a riannettere alla 'scienza' giuridica la dottrina della legislazione (futura) ed induca il giurista 'positivo', invece, ad additarsi il compito opposto di commisurare la 'seconda' capacità sulla prima.

Comunque sia, dal punto di vista storiografico, il vero problema è, in primo luogo, come già accennato, quello di non lasciarsi suggestionare dalle ricostruzioni che fanno leva su di un giusnaturalismo settecentesco-illuministico che spingerebbe in direzione di una concezione 'eminentemente soggettivistica del diritto: un simile *trend* interpretativo si basa su di un pressoché totale fraintendimento della categoria del « diritto soggettivo » così come elaborata in tale torno di tempo.

([111]) Così **G. D'AMELIO**, *Illuminismo*, cit., **p.** *79.*

In brevissima sintesi: quel giusnaturalismo si preoccupa, invece, essenzialmente di una catalogazione materiale dei 'diritti soggettivi', che viene a collocarsi nell'ambito del tentativo di sviluppare in modo 'completo' dal punto di vista della norma di chiusura un c.d. « Natürliches Privatrecht »; ordinamento privatistico a sua volta integrato da un « diritto pubblico naturale » e da un « diritto naturale delle genti ». La derivazione di carattere materiale che è in questione prende solitamente le mosse deduttivamente da una proposizione normativa sovraordinata, che può concernere l'« Ur-Prinzip » dell'individualità del singolo, la « libertà », la propria « perfezione », e così via discorrendo. Il complesso delle affermazioni così ricavate costituisce allora quanto assume valore di diritto per « il » singolo: poiché, però, un simile sistema di proposizioni (*Rechtssätze, veritates iuridicae*) deve necessariamente avere generale validità giuridica e capacità obbligatoria non solo per un singolo isolato, ma per tutti i singoli reciprocamente, si tratta, alla fin fine, a ben guardare, di un diritto « oggettivo », generalmente vincolante. A ciò non osta il fatto che le summenzionate proposizioni giuridiche oggettive vengano, dal punto di vista della concettualizzazione, presentate sotto le 'spoglie' di « diritti » individuali di singoli (« Urrechte », diritti all'esistenza, alla libera configurazione della propria personalità in relazione a se stessi, ad altre persone ed alle cose medesime; diritti di proprietà, diritti delle società, dei bambini, etc, etc.): e neppure deve trarre in inganno la ci costanza che la ricostruzione sistematico-dottrinale di tali regole le incaselli sotto diciture quali a soggetto di diritti », « oggetto di diritti », « specie di diritti », « esercizio », « cessazione » dei medesimi, e via di questo passo. In realtà, di contro al surriferito scetticismo sulla qualità 'sociale' dell'atteggiamento dualistico del giusnaturalismo 'moderno', il continuo 'travestimento', il 'mascheramento' quasi, di proposizioni giuridico-normative a carattere eminentemente aggettivo — la loro 'trasformazione' esteriore in « diritti » — non inficia in nulla il loro ruolo di regole strumentali stabilite per il funzionamento sociale delle relazioni interindividuali; laddove, allora, veramente 'fondante' è, ancora una volta, la indistricabile correlazione biunivoca tra « diritto » e (*allgemeine*) *Rechtspflicht*.

In tal senso, non soltanto è paradossalmente corretto asserire che non vi sia, proprio (anzi, soprattutto) per quanto riguarda il (tanto celebrato dalla storiografia) concetto di « diritto soggettivo », nelle summenzionate dottrine alcuna premessa (di nessun tipo) per una sua 'autonomizzazione' quale « concetto centrale » rispetto alla nozione di diritto (oggettivo) ([112]).

([112]) Si vedano in questo senso le acute analisi dell'importante F. KASPER, *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlsruhe 1967, pp. 54-59.

Ma, molto più, andrà osservato che tale categoria — e non a caso il concetto di « diritto in senso soggettivo » è spesso compreso come « Befugnis » del singolo, come « possibilità, condizionata dalla coesistenza degli uomini, di un'azione esterna volontaria » — non risulti essere altro che uno scolorito 'risultato' di derivazione dalle corrispondenti proposizioni normative (oggettive): di conseguenza essa frequentissimamente viene menzionata in speculare contemporaneità con le nozioni di « diritto oggettivo » od ancora di « rechte oder gerechte Handlung », segnalando così lo scarsissimo interesse ad una specifica distinzione a carattere (giuridico-)formale della categoria « diritto soggettivo ». Un simile scarso interesse impedisce, da un lato, che il giurista possa pensare di riconnettervi ulteriori catene di deduzione concettuale e, dall'altro, rende il concetto medesimo interessante sola ente come strumento di 'partecipazione' dottrinale dei contenuti materiali della catalogazione dei 'diritti': in una parola,. un 'espediente', un involucro esteriore atto a 'veicolare' — come, usando un (certo orrendo) neologismo, si potrebbe anche dire — qualcosa di 'ideologicamente' altro da sé ([113]). Una volta assodato questo aspetto, sarà chiaro l'elemento di « sovradeterminazione ideologica » che appariva ancora assente nell'elaborazione tecnica del concetto di capacità giuridica (anche generale): non già l'assenza di ogni comunicazione tra i due 'stati' — data anche la natura comunque sussidiaria del diritto naturale (privato etc.) —; ma la piena e totale comunicabilità tra gli stessi (presupponente, in linea di tendenza una coincidenza del secondo col primo); quale, a sua volta, poteva essere assicurata solo dalla configurazione politica di un diritto (soggettivo-natu ale) dell'uomo ad essere « persona » nel diritto positivo.

Così, in una tale ottica, corrette da un punto di vista sostanziale debbono ritenersi le osservazioni di Conrad relative al riconoscimento (in questo, secondo, specifico senso) da parte di Kant del concetto di capacità giuridica generale mediante una sua distillazione 'di seconda istanza' dall'*Urrecht der* Freiheit, spettante — quale sua intima essenza — ad ogni uomo sotto qualsivoglia latitudine (anche giuridica) in quanto *sittliches Vernunftwesen* ([114]). 'Sostanzialmente' dicevamo, ché — paradossalmente, ma non poi troppo,. dopo quanto osservavamo in tema di 'caccie alle primogeniture' — dal punto di vista filologico pare debba concludersi che la qualifica di 'padre' spirituale del 'nuovo' concetto di capacità giuridica generale (rectius, del concetto sovradeterminato ideologicamente) non spetti affatto a Kant, ma bensì al Fichte dei « Grundlage des Naturrechts » (1796) con la sua nozione di *Weltbürgerrecht*, che, anzi, viene

([113]) Ibid., p. 56.
([114]) H. CONRAD, *Individuum*, cit., p.26.

più pregnantemente a fissarlo immediatamente come unico vero diritto innato dell'uorno (« das dem Menschen, als Menschen zukommt: die Möglichkeit, sich Rechte zu erwerben ») ([115]). Tuttavia a questo punto si rendono necessarie — e su diversi piani — alcune ulteriori considerazioni.

In primo luogo, la soluzione 'positiva' del rapporto tra libertà ed eguaglianza naturali e *caput* 'civile' qual'era stato impostato dal giusnaturalismo sei-settecentesco — soluzione positiva a vantaggio delle prime, ovviamente — non avviene già recuperando (o facendo in qualche altro modo riferimento al)la unità di naturalità e socialità dell'uomo che aveva caratterizzato la tradizione cristiana medievale ([116]), ma, ben diversamente, approfondendo in maniera radicale il dualismo medesimo e riformulandolo nella contrapposizione — nocciolo della c.d. rivoluzione copernicana di stampo kantiano — tra 'mondo dei fenomeni', tra approccio empirico-razionalista, e 'mondo della eticità' (*Welt des Sittlichen*).

Al di là di questi aspetti, che non possiamo qui per ovvi motivi più approfonditamente esaminare, resta però aperta la questione di se e come questa 'nuova' immagine di capacità giuridica generale, sovradeterminata dall'infinito valore morale della persona al di fuori della dimensione 'meramente' empirica, venga recepita dal più preciso, specialistico e, se si vuole, angusto punto di vista dei giuscivilisti e dell'ordinamento giusprivatistico in genere. Anche a questo proposito si può, in parte, seguire la tesi di Conrad: una capacità giuridica generale riconosciuta in maniera tale che si dovesse giungere alla conclusione che ogni uomo è soggetto di diritto (quindi, per l'epoca, includendo in via di principio anche gli ebrei, ed inoltre, soprattutto, gli stranieri) la si può riscontrare in Francia nell'iniziale sviluppo costituzionale — è bene sottolineare questo termine, che è poi la chiave del concetto di 'sovradeterminazione' da noi adoperato — rivoluzionario e poi, parzialmente, nei primissimi progetti di un codice civile unitario; ma non già più nella formulazione definitiva del Code *civil* del 1804, nel quale, fondamentalmente, si registra una vittoria dell'idea nazionale, dacché la capacità giuridica di diritto civile viene riconosciuta solo ai cittadini francesi. L'altro polo di emersione storica è segnato stavolta direttamente dall'influenza esercitata da Kant, ovverosia dal contributo dato da Franz von Zeiller (1753-1828) alla stesura dell'ABGB austriaco del 1811: qui, rispettivamente ai § 16 e 18 (« Jeder Mensch hat angeborene schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten... Sklaverei oder Leibeigenschaft und

([115]) **D. Leuze,** *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts*, cit. **p. 33.**
([116]) **Cfr.** *ancora G.* **D'Amelio,** *loc. ult. cit.*

die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet »; « Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fahig, Rechte zu erwerben ») si possono leggere certamente tra le più lucide e definitive affermazioni sul tema capacità giuridica (117), oltre ad una esplicita teoria generale dei diritti formali e materiali della personalità (118).

Senonché, a nostro avviso, tutto ciò deve essere letto come una 'parentesi', consolante, se si vuole, e per l'immagine di una certa giurisprudenza e legislazione dell'epoca, e in quanto eventuale 'modello'; ma, d'altra parte, tutt'affatto diversa da una reale e definitiva affermazione di quello specifico concetto di capacità giuridica generale: il diritto a diventare persona anche nell'ordinamento giuridico positivo è, cioè, un risultato che per mantenersi avrebbe avuto bisogno ancora di due,-aggiuntive, condizioni.

La prima: una recezione profonda anche da parte di quella che ormai si annunciava come la 'scienza' giuridica per antonomasia, ovvero da parte della 'scuola storica' e della pandettistica. La seconda: come Falzea aveva correttamente indicato, un deciso processo di 'corruzione', rimessa in discussione o ridimensionamento dell'idea e del fenomeno degli status.

Su entrambi i punti, tuttavia, la nostra tesi suona in senso fondamentalmente negativo. Vediamo rapidamente perché.

La storiografia 'liberale' ha intuito che almeno il primo punto si rivelava premessa decisiva per assicurare una soglia 'minima', ovvero per 'garantire' che la 'nuova' e 'moderna' concezione non finisse per essere ridotta al rango di teorico 'ideale' giuridico senza conseguenze sul piano dogmatico o, peggio, ad apparizione subitanea, paragonabile ai fuochi di Sant'Elmo e presto dispersa.

Da qui è probabilmente scaturita la 'leggenda' storiografica — ché altrimenti non la si può definire — di una derivazione del concetto thibautiano dalla dottrina del rappresentante per definizione dell'idea che ogni uomo in quanto tale sia *Rechtsperson,* appunto Kant: benché, si badi, non si sottolinei abbastanza in un'ottica 'tecnicamente' giuridica — e chiediamo di nuovo venia per l'insistenza — come, forse più sintomaticamente di quanto non si creda (119), il

---

(117) H. CONRAD, *Individuum,* cit., pp. 29-32; cfr. altresì H. HOFMANN, *Zur Lehre* vom Naturzustand, cit., p. 26 ss.

(118) Vedi sul punto le accurate disamine di D. LEUZE, Die *Entwicklung* des *Persönlichkeitsrechts,* cit., pp. 33-38.

(119) In tal caso non ci sentiamo di condividere la 'bruschezza' di modi con la quale lo stesso D. LEUZE, *loc. cit.,* p. 32, nt. 33, liquida come Senza importanza la questione. Indubbiamente meglio sul punto R. SCHEYHING, *Zur* Geschichte des *Persönlichkeitsrechts,* cit., p. 512. Può, anche qui, essere interessante rilevare come in G.S.A. MELLIN, *Encyclopädisches* Worterbuch der

terminus technicus di uomo come *capax* iuris non emerga con chiarezza dalle sue espressioni.

Già gli argomenti meramente cronologici sono comunque sufficienti per spazzar via cotale supposizione. Come avevamo già tra le righe osservato, Fabricius (fra gli altri) si trova a prendere le mosse — e a questo punto la cosa diviene assai comprensibile — dalla prima edizione del System des *Pandektenrechts* (1803), che potrebbe appunto legittimare la tesi in questione, dal momento che la prima parte della 'Metafisica dei costumi' kantiana, vale a dire proprio quella concernente i 'Principi metafisici della dottrina del diritto' appare nel 1797. Si dà però il poco fortunato caso che la dottrina thibautiana relativa alla capacità giuridica veda invece la luce per la prima volta in forma già pressoché conchiusa nella sede sistematica ad essa secondo il nostro più confacente; in altre parole nella sua trattazione — per verità assai poco nota e quasi per nulla analizzata — del 1796 relativa al corretto modo di intende e e rigorosamente distinguere *jus* personarum e jus *rerum* ([120]).

Ma altre e, se così si vuole, meno 'estrinseche' ragioni militano contro una siffatta ricostruzione. Già ad un giurista contemporaneo dell'autorevolezza di Bethmann-Hollweg non era sfuggita la decisiva circostanza di come la base medesima dell'intero sistemar del Thibaut non fosse affatto costituita dal concetto di personalità, ma da quello di legge (diritto obbiettivo); il « moralisches Gesetz » dà, indi, luogo ad una obbligatorietà (*Verbindlichkeit*) che si suddivide a sua volta nella partizione — comune a molte correnti di giusnaturalismo 'metafisico' pre-kantiano (inclusa la thomasiana) — in *Zwangs-und Liebespflichten* (i primi soltanto, ovviamente, giuridici), la quale fa sì che in definitiva proprio « il concetto di diritto in senso soggettivo, sul quale già Kant avrebbe potuto insegnargli qualcosa (belehren) », sia da lui determinato, fraintendendolo, come « la possibilità 'morale' di costringere un altro all'adempimento del suo obbligo » (« die moralische Moglichkeit, einen andern zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu zwingen »); giungendosi così a concepire, tra l'altro, la proprietà nella sua essenza quale diritto di escludere i terzi, ma non invece di disporre positivamente della cosa ([121]).

11 'fraintendimento' di Kant ch'era balzato all'occhio di Bethmann-

---

Kritischen *Philosophie*, Bd. 2, Abt. 2, Jena und Berlin, 1799, p. 513, oltre a non assegnarsi nessun ruolo particolare al concetto di Fahigkeit nei campi che ci interessano, si rinvia puramente e semplicemente a *Receptivität*, sia nel senso 'spaziale' della Fisica, che in quello della teoria della *Empfindung*.

([120]) A.F.J. THIBAUT, Dissertatio de genuina iuris *personarum* et *rerum* indole, veroque *huius* divisionis pretio, Kiloniae 1796.

([121]) MA von BETHMANN-HOLLWEG, *Erinnerung an* F.C. von Savigny *als Rechtslehrer, Staatsmann und* Christ, Weimar 1867, p. 15 ss.; 16.

Hollweg — il quale forse, come altri, inclini a scorgere in Thibaut un 'kantiano' (Landsberg), intendeva richiamarsi al dato biografico della di lui frequenza ad alcune lezioni di Kant durante il suo periodo di studio a Konigsberg (1793) — non è però concretamente tale: al di là del riferimento, comune per l'epoca e non caratterizzante, al termine di (*praktische*) *Vernunft*; come pure al di là della annotata assenza di recezione del concetto kantiano di diritto (per non parlare della nozione d'imperativo categorico o del rapporto kantiano tra mondo dei fenomeni e sfera della moralità); anche sottacendo, infine, le sue stesse parole di schernevole critica rispetto a quei giuristi e filosofi che solevano autoqualificarsi come 'kantiani' ([122]); messo pure tutto ciò in conto, rimane piuttosto decisivo il fatto che, ce prendiamo in mano la surriferita *Dissertatio*, non si rinvengono neanche lontanamente tracce di stilemi kantiani. Anzi, a voler essere appena un poco più precisi — osservavamo prima che il tema non è stato mai affrontato sotto questo profilo —; gli unici elementi 'filosofici' che ci sembrano con. qualche attendibilità identificabili (« Omnis possibilitas subiectum requirit, et obiectum, nec sine illis mente potest comprehendi. Utrumque, et obiectum, et subiectum, immediate possibilitati cohaerent, et in hoc attributo ambo inter se conveniunt. *Obiectum* possibilitatis est omne id, quod proxime illa possibile; *subiectum* contra, omne id, cui immediate illa aliquid possibile est >>)paiono rinviare — per il tramite della mediazione del certo non molto noto giurista e filosofo A.F. Reinhard — al contesto delle riflessimi del — questi si rilevante, tra l'altro, per le sue tesi sul concetto di possibilità — metafisico scolastico prekantiano Crusius, dal quale probabilmente, dato il suo anti-wolffismo, derivano al Thibaut anche le riflessioni critiche sul metodo della scuola wolffiana ([123]).

Così per Thibaut la nozione di capacità (nonostante alcune cautele di cui diremo), pur 'precedendo' di nuovo 'logicamente' il con-

---

([122]) Cfr. A.F.J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena 1817, 2. Aufl., Bd. 1, p. 126; cfr. H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von* 1780-1815, Berlin 1978, p. 193.

([123]) 11 passo citato è in A.F.J. THIBAUT, *Dissertatio*, cit., pp. 42-43. Per i riferimenti a A.F REINHARD (*Sammlung juristischer, philosophischer und kritischer Aufsätze*, 16 St.) cfr. ibid., p. 133 ss. L'identificazione dell'appartenenza di quest'ultimo alla 'confessione' crusiana si può leggere già in A.D. WEBER, *Systematische Entwicklung der Lehre von der naturlichen Verbindlichkeit und deren Wirkung. Mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt*, Schwerin und Wismar 1805, 4. Aufl., p. 8. Sulla figura di Crusius bisognerà sempre rinviare perlomeno al classico M. WUNDT, *Die deutsche Schulphilosophie im Zeitalter der Aufklarung* (1945), Hildesheim 1964, *passim*.

figurarsi del concetto di status, grazie alla riflessione sulle 'qualità' intimamente inerenti ai soggetti, non pare costituire — conformente, del resto, ad una tradizione che coinvolge ampiamente i primi pandettisti, da Hofacker al 'kantiano' Heise ([124]) — di per sè una 'alternativa' rispetto all'ormai ben noto 'triplice stato': « Persona, sensu lato, ens est, cum personalitate, vel ea affectione, qua iurium, et obligationum capax censetur, praeditum. Sensu arctiori sub ea omne iuris subiectum comprehenditur, quatenus singula iura, non ex sola personalitate surgentia, illi inhaerent, (v.g. persona domini, tuto i~fideiiussoris etc.). Sensu demum arctissimo personae vox iuris subiecto tribuitur, quatenus iura illi inhaerent, et obligationes, ex qualitatibus, in subiecto sitis, enata, illisque a legibus iuncta. Ius personarum igitur, ratione originis, complexum iurium significare potest, ex diversis personarum qualitatibus, legislatore annuente, oriundum, vel, ut notis verbfs rem expediam, complectitur iura ex *statu* derivanda. Si res, personis, earumque attributis contradistinctae, omne id significant, quod in republica non pro subiecto iuris habetur: divisio illa iurium, ex diversitate caussarum originis eorum desumta, omnimodo sensum praebet, et nihil repugnantiae involvit. » ([125]).

E, non per nulla, il 'non-kantismo' di Thibaut si mostra al meglio proprio laddove — nella 'contraddizione' che emerge nella successione delle edizioni del 'sistema delle Pandette' — era, cioè, dato riscontrare il riferimento alla coppia « ragione e volontà », che aveva innescato la catena delle supposizioni. Infatti, a partire dalla edizione originaria (1803) fino alla pubblicazione della settima del 1828, nel paragrafo relativo alla capacità giuridica maturale, si può, senza alcun dubbio, leggere che « colui che vuole essere riguardato come soggetto naturalmente capace di diritti, deve essere in possesso di ragione e volontà (*muss Vernunft und Wille haben*) » (§189): tuttavia, non soltanto alcuni paragrafi più innanzi (§193) è dato riscontrare un atteggiamento in nulla pervaso dal pathos dell'eticità della nozione di persona nella quale sia necessariamente coinvolta la capacità di acquistare diritti ed obblighi, ma, anzi, del tutto 'positivistico' relativamente al delicato problema della capacità giuridica 'ci-

([124]) Cfr. C.C. HOFACKER, Principia iuris civilis romano-germanici, tomus primus, 2. Ed., Tubingae 1800, Lib. II *Ius Personarum,* sect. I, *De statu hominum* naturali, cap. I, *De* hominibus *singulatim* consideratis, §234, p. 187: « Homo, iuris qualiscumque capax, tunc naturaliter existere intelligitur, quando is natus est, non monstruosus, ac vivus ita, ut vitam continuare queat ». A. HEISE, *Grundriss* eines Systems des gemeinen *Civilrechts zum Behuf* von Pandecten-Vorlesungen, Heidelberg 1807, 1. Buch, 4. Capitel. Von den Subjecten und *Objecten* der *Rechte,* I.A.) 1., §§ 64-65: « Bedingungen ihrer [von dem physischen Personen, den Menschen] Rechtsfahigkeit (status) » (p. 8).

([125]) A.F.S. THIBAUT, Dissertatio, cit., p. 83-84.

vile' (« Die bürgerliche Rechtsfahigkeit hangt von *willkürlichen* Bestimmungen der Gesetze ab. Sie kann aufgehoben werden theils *absolut,* theils *für gewisse Fälle.* ») [126]; non soltanto, di conseguenza, emerge a mano a mano con sempre maggiore chiarezza che la « burgerliche Rechtsfahigkeit ist, das die Romer *caput* oder status nennen. Die Neuren nennen sie dagegen, verbunden mit allen durch die Gesetze erzeugten Eigenschaften, wovon einzelne Rechte abhängen, *status* civilis... » — che, allora, proprio e soltanto a questa sezione appartenga la trattazione dello 'status triplex' (libertatis, civitatis et *familiae*) —, e, rispettivamente, che la capacità giuridica naturale, connessa con le qualità e disposizioni fisiche, le quali hanno per conseguenza specifici rapporti giuridici, vada identificata con lo *status naturalis* [127].

Molto di più: proseguendo nella lettura del §189, ci si rende conto che sino dalla prima edizione la capacità giuridica in senso lato, ovverosia la capacità di assumere nel sistema la posizione (funzione) di soggetto di diritti — composta, pertanto, dalle sue 'due' branche (naturale e civile) — 'intenziona' la capacità giuridica naturale non altrimenti che come l'« esser presente » meramente empi*rico* di fattori che possono costituire 'occasione' (regolata poi dal diritto oggettivo) all'emersione di un diritto soggettivo. In breve, che la presenza di ragione e volontà, a sua volta, racchiuda in sè il rinvio alla presenza di un corpo dalle fattezze umane, l'esser nato vivo e *lebensfähig,* separato dalla madre, ed infine l'esclusione dal novero dei soggetti capaci dei furiosi e *dementes*: « Wer als natürlich rechtsfähiges Subject betrachtet werden will, muss Vernunft und Wille haben. Hiezu gehort nun, A.) dass er einen menschlichen Korper habe. Fehlen einem vom Weibe gebohrnen Wesen durchaus die physichen Anlagen, welche das Characteristiche des Menschen begrunden, so heisst es *monstrum,* und wird keiner Rechte fahig gehalten, wiewohl das Leben desselben im Staat nicht der blossen Willkuhr der Aeltern uberlassen werden kann. Es muss B.) jedes menschliche Wesen, um als Subject von Rechten betrachtet werden zu konnen, wirklich gebohren d.h. auf irgend eine Weise von der Mutter getrennt sein... muss C.) lebendig und lebensfahig gebohren sein... Auch der lebendige lebensfahige Mensch kann selbst nur insofern als Subject eines Rechts und einer Verbindlichkeit angesehen werden, als er D.) des Gebrauchs seiner Vernunft rnachtig ist.Menschen also, in denen entweder die Vernunft noch unentwickelt schlummert, oder die durch

---

(126) A.F.J. THIBAUT, *System* (1803), cit., §193, p. 143. IDEM, System des *Pandekten-Rechts,* 7. Aufl., Jena 1828, 1. Bd., §213, p. 164.

(127) A.F.J. THIBAUT, System (1828), cit., §207, p. 160; IDEM, *System* des *Pandekten-Rechts,* 8. Aufl., Jena 1834, 5118, p. 97.

Krankheit des Gebrauchs derselben beraubt sind, konnen insofern weder als berechtigt, noch verpflichtet angesehen werden, es mag nun die Geistesabwesenheit mit Raserey begleitet sein (furiosi), oder nicht(mente capti, dementes); wiewohl in Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft(dilucida intervalla)ihre Rechtsfahig eit fur diese Zeit wieder auflebt. » ([128]).

Si tratta cioè di una coppia concettuale che svolge un ruolo giuridico tecnico-empirico; il richiamo a « ragione e volontà », in una lucida ricapitolazione della tradizione giuridica — palesata non già da 'assenti' rinvii a Kant, ma da concreti riferimenti alle dissertazioni 'tecniche' sui temi corrispondenti (Stryk, de *dementia* et *melancholia*; Thomasius, *D.de praesumtione furor. et* dementiae; Crell, de *probatt.sanae* mentis) — serve a fondere in unità i concetti di capacità giuridica e capacità d'agire — meglio, a lasciar sussistere solo il primo nel quale il secondo è assorbito —: nulla un tale corso di idee ci sembra, fin dal principio, aver a che fare con la concezione kantiana dell'uomo quale *sittliches Vernunftwesen* la cui essenza e dignità si fonda sulla libertà morale e trova il suo sedimento in un 'diritto' a divenir 'persona' del tutto estraneo alla mentalità empirista del nostro.

Il che viene ad *abundantiam* confermato non già solo dal fatto, appena annotato, che — al di là delle ipotesi 'desideranti' di una storiografia 'mitopoietica' — Thibaut nulla recepisce nella sfera propriamente civilistica di quel diritto (naturale) di ognuno ad essere « persona » nel diritto positivo, ma altresì e soprattutto dalla disinibita disinvoltura — 'problematica' e paradossale esclusivamente se si parta dal presupposto di un Thibaut 'kantiano' ([129]) — con la quale il nostro, sintomaticamente senza profferir una parola di spiegazione, nella ottava edizione (1834) fà letteralmente scomparire senza sostituzione sia ogni riferimento alla coppia « ragione e volontà », sia addirittura l'intero paragrafo (§192, 1. Ed.; §212, 7. Ed.) da noi più sopra riprodotto, laddove si affermava che anche l'uomo nato vivo e vitale in tanto poteva essere considerato soggetto di diritto, in quanto appunto « capace di far uso della propria ragione ». La coppia *Wille und Vernunft* si rivela cioè per quello che fin dall'inizio era, ovvero una dimensione empiricamente riassuntiva delle facoltà fisiche ed intellettive naturali, evidentemente priva dell'aura della 'sovradeterminazione'ideologica in senso soggettivistico-libertario o, tantomeno, egualitario, e funzionale soltanto per la soluzione del tralaticio problema dela collocazione sistematica del rapporto tra sog-

([128]) A.F.J. THIBAUT, *System* (1803), cit., §§189, 190, 191, 192, pp. 141-143.

([129]) Cfr. F. FABRICPUS, Relativitat, cit., p. 37 ss., il quale, fra l'altro, mal riporta un passo del nostro, sostituendo al will del testo un *soll* (« Wer als naturlich rechtsfahiges Subjekt betrachtet werden *will* [e non *soll*], *muss*... »).

getto capace e i vari *monstra,portenta,* embrioni, *furiosi,mente* capti etc. Una qualificazione alla quale ora si rinuncia — tecnicamente, come 'tecnicamente' la si era adoperata — proprio perché essa, nella sua empiria, impediva, una volta partiti dal presupposto di una teoria unitaria di capacità giuridica *e* capacità d'agire, la risoluzione dommaticamente soddisfacente e 'positiva' del problema della capacità giuridica dei bambini e dei malati di mente (delle « persone » irragionevoli): « Wenn Jemand als naturlich rechtsfahiges Subject betrachtet werden will, so gehort dazu,A)dass er einen menschlichen Körper habe, gesetz er sollte auch ungestaltet (portentum, ostentum) sein. » (130). Che se poi dovesse esser consentito un giudizio di 'valore', la soluzione chiaramente 'a-kantiana' nel quadro dogmatico thibautiano non è certo 'umanisticamente' la peggiore delle due.

Una volta assodato che Thibaut non può in nessun caso aver rappresentato, per così dire, il tramite tra Kant e Savigny, alla storiografia 'liberale' — ovvero alla storiografia che parte dal presupposto conciliativo secondo cui la scienza giuridica moderna (per il tramite pandettistico) avrebbe preso contezza del nuovo concetto di capacità giuridica spettante ad ogni uomo in quanto tale, facendolo in definitiva suo; che, quindi, ciò costituisca ormai da lungo tempo problema risolto — non resterebbe altra via che quella di ipotizzare ed argomentare in relazione alla capacità giuridica una forma di correlazione diretta.

§ 6. È inutile anche solo cercare di enumerare all'interno dell'enorme leteratura generale su Savigny gli autori che si sono, anche a-specificamente, avvicinati a tale soluzione (131). Basterà dire che una simile ipotesi è altrettanto priva di fondamento di quella appena esaminata. E con piena ragione si è proposta all'attenzione l'osservazione — a nostro avviso definitiva — secondo cui la concettualizzazione savignyana dell'*allgemeine Rechtsfähigkeit* sia anch'essa stata (non casualmente, vorremmo soggiungere) sottoposta ad un processo di eccessiva sopravvalutazione, nel quadro di una equiparazione troppo radicale e priva di sfumature tra i risultati dogmatici in genere raggiunti dal System del 1840 e quelli insorgenti, invece, dalle 'codificazioni (c.d.) borghesi' (132).

---

(130) A.F.J. THIBAUT, System (1834), cit., §119, p. 97.

(131) Cfr. però giustamente al proposito già P. ZATTI, Persona giuridica e soggettività, cit,, p. 76, not. 56, nonostante l'accettazione dell'ipotesi della mediazione thibautiana; nonchè, da ultimo, J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik* bei Friedrich *Carl* von Savigny, Ebelsbach 1984, pp. 364-372 laddove si nota anche l'opposizione tra ciò che Thibaut chiamava (positivamente) *Willkür* ed il concetto segnato di obbiettivisrno della savignyana « wahre Freiheit ».

(132) Cfr. J. SCHRÖDER, Intervento in discussione, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 9 (1980), Su Federico Carlo di Sa-

Senza dubbio infatti la questione decisiva che veramente segna il passaggio, per un ordinamento privatistico, da uno « Stato per ceti » ad uno Stato invece d'impostazione « egualitaria » non verte tanto — per dirla con Emil Lousse ([133]) — (o, perlomeno, non esclusivamente) sulla modifica della tecnica della libertà (dell'autorità, della legge), quanto piuttosto in una modifica della filosofia dell'interesse di tutti e, di conseguenza, di quell'altra concezione, altrettanto suscettibile di variazione, che ci si fa dei diritti naturali di ogni uomo, con le garanzie da collegare a ciascuno di essi, affinché la tutela ed il rispetto ne siano più forti dei tentativi o delle occasioni di violazione. Se, dunque, nella società di antico regime « la libertà è il risultato di una somma di capacità », se « essa "è" questa somma » e tale società « non è composta di persone uguali, bensì di queste due categorie, che la libertà-capacità separa seguendo una linea orizzontale. I liberi sono capaci di disporre di se stessi e dei propri beni sotto la protezione della legge; i non-liberi-incapaci vengono posti dalla stessa legge sotto l'autorità di un padre, padrone o signore, che porta fin nell'ordine pubblico la doppia responsabilità dei loro errori e della propria direzione »; si impone, allora, nel valutare la transizione, la decisiva questione: « qual'è dunque, tra le due, la nota predominante? Qual'è quella che primeggia, la capacità o la libertà? » ([135]). È noto che gli autori antichi sembrano aversostenuto entrambe le tesi; ma per rispo dere correttamente in relazione al nostro oggetto immediato l'accento non può essere, alla fin fine, collocato tanto sul come un determinato diritto privato viene configurato, quanto, ben più propriamente, su di una dimensione che i 'portatori' (fossero essi giuristi rivoluzionari francesi o filosofi-giuristi dell'idealismo giusnaturalistico fichtiano, kantiano o hegeliano) della tesi della sovradeterminazione ideologico-politica avevano intuitivamente individuato come precedente, 'preliminare' al diritto privato medesimo: ovvero sulla domanda per *chi* esso diritto privato venga a valere ([135]).

In questa ottica, quindi, il principio della capacità giuridica generale può acquistare veramente valore centrale e decisivo rispetto alla 'vecchia' concezione della libertà come capacità, solo se venga 'sinteticamente' condotto senza eccezioni 'da enumerazione' — che

---

vigny, pp. 343-345.

([133]) Il riferimento è all'estremamente suggestivo saggio di E. LOUSSE, *È' vero che c'erano solo « delle » libertà? (N'y avait-il vraiment que « des » libertés?*, in Ancien Pays et Assernblées d'Etats/Standen en Landen, 9 (1955), pp. 68-76) ora nell'ottima antologia di P. *SCHIERA* (Ed.), *Società e corpi*, Napoli 1986, pp. 123-132, 132.

([134]) *Ibid.*, p. 128.

([135]) *J.* SCHRÖDER, *loc. ult. cit.*

reintrodurrebbero, o, meglio, manterrebbero il principio della 'somma' — alle sue ultime conseguenze; in ogni caso, come abbiamo già visto, esso non è specifico di una 'inesistente' codificazione borghese di diritto privato con la c maiuscola, una codificazione 'als solche' rispetto alla quale il contributo 'liberale' di Savigny debba essere commisurato e, tanto più, neppure 'specifico' rispetto alle singole concrete codificazioni privatistiche. Nella sfera della sua realizzazione un tale principio è piuttosto il frutto di precisi sviluppi costituzionali(-ideali) che soli possono('potrebbero')mutare di segno('sovradeterminare', in questo senso) un concetto *tecnico* di capacità giuridica generale del resto già presente ai giuristi d'antico regime.

Non deve allora sorprendere più di tanto — al di fuori delle 'riletture' antiche o recenti — che nella dottrina di un avversario dichiarato della rivoluzione francese, della emancipazione degli ebrei e dei contadini sia allora proprio la sfera strettamente limitata, del tutto positivisticamente limitata, della sua reale validità — e non, per l'appunto, il 'malioso' preludio — quella che è decisiva della risposta da dare in merito: « Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere con il concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formola seguente: Ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Tuttavia questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, limitative ed estensive, già accennate nella formola enunciata. Può cioè, in primo luogo, negarsi a *taluni* singoli uomini, in tutto o in parte, *la* capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica. Nella presente sezione si devono anzitutto fissare i limiti della persona intesa secondo il suo concetto primitivo *o* naturale, si devono poi esporre le duplici modificazioni, per le quali nel nostro diritto positivo questo concetto naturale è stato trasformato » ([136]).

Parlare per questo contesto di 'liberalismo' od anche di influenze kantiane — specialmente tenuto conto della sottile, ma non poco sintomatica annotazione, secondo cui le modificazioni di cui si parla sono già 'essenzialmente' annunciate « nella formola enunciata », definiente la capacità naturale in sè e per sè — avendo ancora presenti all'orecchio gli echi dell'allora recente §16 dell'ABGB, può ap-

([136]) F.C. di SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. di V. SCIALOJA), Torino, 1888, Volume secondo, Capo secondo. *Le persone come soggetti dei rapporti giuridici,* §60 *Capacità giuridica naturale e sue modificazioni positive,* **p.** *1-2.*

parire veramente un fuor d'opera. Quanto più singolare suonerà allora la tesi di chi — contrapponendo al presunto soggettivismo d'inizio secolo la incipiente evoluzione oggettivistica del 'positivismo' del secondo ottocento — ha voluto scorgere una connessione propria non solo al pensiero settecentesco, ma altresì alla scuola storica nella sua interezza, tra il concetto giuridico di persona con le sue valenze a livello di capacità e la *teoria dei diritti dell'uomo*; con l'apertura, che essa implicherebbe, e che sarebbe quindi, bene o male, conservata anche all'interno della giusprivatistica, verso un diritto dell'individuo ad essere « persona » nell'ordinamento giuridico (137). Vero si è — in parentesi, chè qui più non ci è ormai consentito — che non il 'liberale' Savigny (con il suo esplicito rifiuto, tra l'altro, della teoria donelliana dei diritti della personalità), ma, paradossalmente, il « reazionario » hegeliano Puchta — con la sua tesi assolutamente minoritaria che il diritto della personalità si costituisca racchiudendo in sè quali componenti necessarie la *Rechtsfähigkeit* ed il *Recht auf Ehre* —; e, con lui, pochi altri autori, che ancora ad Hegel sul punto possono essere connessi, avrebbero invece contribuito a conservare sia pur residue — e, per l'evoluzione della pandettistica *qua talis*, non determinanti — traccie di codesta connessione (138).

Una volta chiarito che la dizione « *dallo* "status" *alla* "capacità giuridica generale" » è piuttosto una comoda — quanto inesatta — formula storiografica, che non una reale descrizione del processo storico, potremmo ulteriormente verificare il nostro assunto in relazione al tema della corruzione del fenomeno degli *status*. In parte l'abbiamo fatto; dato che però del tema ci occuperemo *ex professo* e più analiticamente altrove, ci limitiamo in questa sede a sommarie osservazioni 'tipologiche' relative a quegli albori della pandettistica sin qui presi in esame.

Un interessante indizio sull'effettivo 'senso di marcia' della dottrina 'moderna' ce lo ha già fornito lo stesso Thibaut; un autore che, da una parte, si fa latore di fondati dubbi e scetticismi sul concetto tralatizio («Vulgaris quidem status definitio, cui autem non omnes adhaerent, vaga est, nec obiectum finiendum iustis coercet limitibus... ») poichè esso nella sua indeterminazione 'toglie', lascia scomparire, ogni distinzione tra *Jus personarum* e *Jus rerum* (139); ma che poi, senza soverchia modificazione, lo reinserisce a pieno

(137) Cfr. le espressioni con cui sono: riportate le tesi 'dominanti' del Coing da P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., spec. p. 100.

(138) Cfr. R. SCHEYHING, *Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts*, cit., p. 515, il quale nel riferire la tesi di Puchta parla, molto sintomaticamente, di una visuale « che oggi suona abbastanza 'estraniante' per il giurista ».

(139) A.F.J. THIBAUT, *Dissertatio*, cit., p. 135.

titolo nell'ambito della trattazione medesima sulla capacità e soggettività giuridiche. Invero una voce di grande rigore e lucidità concettual-analitica si era levata ad affermare per tempo una soluzione tecnico-filosofica (stavolta è proprio il caso di aggiungere) strutturalmente similare — per intendersi — a quella che, in momenti a noi più vicini, incontrerà il plauso di uno Stolfi; offrendo, in altri termini, il parametro che avrebbe in qualche modo contribuito a 'salvare' un concetto di capacità giuridica generale allora si veramente costruibile come *Urrecht*, attributo necessario dell'uomo come persona etica e fondamento di ogni altro diritto. Ma tale soluzione ([140]) — pur sostenuta da una grande competenza di storico del diritto romano — potette però, non a caso, apparire troppo estremisticamente scettica e 'loica' nel suo 'rasoio concettuale' proprio agli occhi di colui che — nell'appendice VI su Status e capitis *deminutio* del 'Sistema del diritto romano attuale' — con la sua fondamentale distinzione tra Status *publicus* e Status *privatus*, dovette contribuire più che ad una corruzione definitiva della *Status-lehre*, ad una sua rifondazione estensiva su basi più solide: « Hugo, con giusta percezione della manchevolezza della comune dottrina dello Status, ha rigettato non solamente i tre Status, ma ha negato ogni significato tecnico anche alla parola Status. Secondo lui Status, alla pari di conditio, significa stato o modo di essere in genere, è parola che i giuristi hanno adoperata quando ne era il caso, prendendola come tutte le altre parole dal linguaggio comune, ma non è per nulla parola tecnica giuridica.

Ed in realtà questa parola trovasi molto spesso adoperata in tale significato indeterminato e non tecnico, tanto nei giuristi, quanto negli altri scrittori. Questo fatto si riscontra in tutti quei passi, nei quali quella espressione viene posta in rapporto con un oggetto, che non sia una persona, sebbene alcuni di questi passi possano facilmente trarci in errore, perché sembrano riferirsi a persone e particolarmente ai tre menzionati Status delle persone... Molti sono adunque i testi, nei quali si trova confermata la spiegazione della parola Status data da Hugo: d'altra parte però egli va troppo oltre col pretendere che essa debba valere per tutti i casi in generale. Che anzi noi dobbiamo riconoscere, che gli antichi giureconsulti là, dove parlano dello Status come qualità di una persona, prendono senza dubbio questa parola in un significato tecnico, e questo è appunto

([140]) Cfr. G. HUGO, *Lehrbuch* des *heutigen Römischen Rechts*, 2. *Versuch*, Berlin 1799, §9 ss., p. 10 ss.; IDEM, *Lehrbuch* des *heutigen römischen Rechts*, 6. *Versuch*, Berlin 1820, §§13-14, pp. 16-17; IDEM, *Lehrbuch* der *Geschichte* des *Römischen Rechts* bis *auf Justinian*, 8. Aufl., Berlin 1822, p. 78 ss.

quello che ora si tratta di fissare e di dimostrare » ([141]). In una parola, alla 'deideologizzazione' radicale del concetto di 'stato' — che potrebbe avere come conseguenza una 'speculare' sovradeterminazione per la *Rechtsfahigkeit* assunta a solo 'concetto-cardine' — si risponde riassorbendo la questione *sul diverso piano* dell'uso 'storico' del concetto in senso di *qualitas* di una persona, ottenendone, anche con buoni argomenti, la salvaguardia tecnica.

L'itinerario sin qui seguito ci ha, con qualche forza di convinzione, mostrato che forse non è il caso di parlare di « lunga decadenza del soggetto » — dato che anche la sua 'ascesa' è risultata più che dubbia e 'sospetta' —; che ben prima della fase che si suol definire 'positivistica' l'interesse alla rilevanza giuridica della personalità umana ha cessato di tradursi in un interesse per la definizione della « personalità » giuridica individuale. Se è vero che quest'ultima assume una consistenza tecnica per cui tende ad essere inerte rispetto al problema di rendere efficace nel mondo del diritto i vari momenti della presenza, dello svolgersi e della tutela della personalità umana; e che, quindi, tra le due sponde così distinte resta gettato « l'esiguo ponte » della capacità giuridica come momento primo della tutela della persona ([142]); ebbene, allora, quel ponte andrà definito — fintantochè si continui a lavorare senza la coscienza dei due lati del problema, quello tecnico e quello della sovradeterminazione, e della loro 'assente' congruenza storica — non soltanto esiguo, ma pericolante: o, piuttosto, ancora da costruire.

La qualità dei materiali su cui il giurista attuale seguita a lavorare ci pare al meglio appalesata dal *Gedankengang* di alcuni nostri giuristi 'tecnici', cólti però nel momento del pericolo 'politico': « Ogni soggetto che ha la capacità di esser titolare di diritti e di obblighi, e cioè ogni soggetto *attivo* o *passivo* di rapporti giuridici, dicesi *persona;* e codesta capacità d'esser soggetto di diritto dicesi *personalità* o *capacità giuridica* o *di diritto.*

I1 principio fondamentale, racchiuso nell'art. 1, è che la legge riconosce indistintamente a tutti la capacità di soggetto di diritti, sicchè il concetto di persona non ha una significazione più ristretta del concetto di uomo. La deroga cui si accenna nell'ultimo capoverso di tale articolo, che cioè l'appartenenza a determinate razze può influire sulla capacità giuridica delle persone, giusta le limitazioni stabilite da leggi speciali, *racchiude l'affermazione di un principio politico dettato da supreme esigenze della nazione, il quale ha un carattere affatto eccezionale, che non intacca la regola fondamentale,*

([141]) **F.C.** di *SAVIGNY, Sistema,* cit., *Appendice VI. Status e Capitis Deminutio,* pp. 445-448.

([142]) **Così P.** *ZATTI, Persona giuridica e soggettività,* cit., p. 145.

cui la legge civile s'ispira » (143).

Anno 1943, si dirà. Sì, ma « ...questa circostanza [che la capacità di diritto si acquisti al momento della nascita] ha indotto talvolta la dottrina a qualificare la capacità giuridica come un diritto originario o innato, che l'ordinamento si limiterebbe a riconoscere. La tesi è stata riproposta dalle nuove correnti di pensiero giusnaturalista [Barbero], ma è contraddetta dai dati dell'esperienza giuridica. La realtà dimostra [*sic*] infatti che la capacità di diritto è una concessione dell'ordinarnento. Anche in sistemi progrediti [*sic*] determinate categorie di uomini possono essere private della qualità di persona... Abbiamo già detto che il legislatore può negare a determinati uomini, per le ragioni più diverse (appartenenza ad una certa razza, professione di una fede religiosa, ecc.) la soggettività giuridica. Ma l'identità concettuale uomo-soggetto di diritto è *con*traddetta pure da un'altra circostanza, e cioè dal fatto che la capacità giuridica viene attribuita anche a soggetti diversi dagli uomini »: anno (della immutata ristampa) 1981 (144).

Le citazioni a questo punto dovrebbero diventare fors'anco tediose, ma può valere ancora la pena di ricordare — a smentita di più comode illusioni del tipo 'i giochi sono fatti' — che in un nostro classico ed agguerritissimo manuale, oltre a ripetersi il contrappuntistico richiamo agli ordinamenti « anche assai progrediti » nei quali gli uomini possono non essere persone in senso giuridico, lo 'stato' ridiventa (anti-atomisticamente, contro la sua riduzione alla somma dei poteri o dei doveri delle persone) in qualche modo il presupposto della capacità:

« Lo stato giuridico della persona fisica non è la somma dei suoi poteri o doveri o, più generalmente, dei rapporti che alla stessa fanno capo, è invece il p r e s u p p o s t o di una sfera di capacità e quindi una serie aperta di poteri e doveri, o di rapporti, che possono variare e variano senza che perciò cambi lo stato. In relazione all'appartenenza del singolo a un determinato gruppo politico o familiare si distinguono tradizionalmente altri due status, lo status civitatis e lo status *familiae.*

A ciascuno di questi stati è collegata una determinata capacità giuridica: allo stato di persona la capacità giuridica g e n e r a l e, allo stato di cittadinanza la s p e c i a l e capacità propria del c i t t a-

---

(143) **F.S.** *AZZARITI,* ***G.*** *MARTINEZ, G. AZZARITI, Diritto civile italiano. Disposizioni sulla legge in generale e libro I del codice, Parte generale — Persone — Matrimonio e Filiazione — Altri istituti del diritto delle persone, tomo primo,* **Padova** *1943, tit. I. Il soggetto del rapporto giuridico,* **cap.** *I. Concetto di persona, di capacità giuridica e di capacità di agire,* §28 p. *185.*

(144) **P.** *RESCIGNO,* v. *Capacità giuridica, cit., pp. 873-874.*

dino, allo stato di famiglia una speciale abilitazione in ordine ai rapporti di una certa famiglia. In ogni caso per capacità giuridica deve intendersi l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici...

La capacità giuridica è poi limitata in dipendenza di determinate qualità, di carattere naturale o sociale, dell'individuo investito di uno stato » (145).

A questo punto forse è il caso intanto — come si fa in un recentissimo e significativo manuale — di rimettere esplicitamente « in calendario » un apposito capitolo sugli « stati giuridici », rileggendo magari provocatoriamente sia la nozione medesima di capacità giuridica (che, diversamente dalla soggettività giuridica quale quid semplice, sarebbe, in pieno contrasto, ad esempio, con le tesi di Falzea, per sua natura un *quantūm,* suscettibile di misurazione per gradi) (146); sia, seppur per sommi capi, la storia medesima dei « generosi ma utopici » tentativi di porre in discussione o ridimensionare (dato che lo *status libertatis* sembra non più riguardarci, posto che la schiavitù è « scomparsa ormai definitivamente ») almeno i due stati giuridici 'fondamentali' che avevano resistito alla rivoluzione francese, lo *status* civitatis e lo status *familiae* (147).

E, in seconda istanza, di tediare l'incauto lettore (o giurista) che non volesse accontentarsi della scettica e rassegnata conclusione di Montesquieu, secondo il quale è « sventura propria della condizione umana che i legislatori statuiscano più per la società che per il cittadino, e più per il cittadino che per l'uomo », con la forse ancor più perfida deduzione del Nestroy wittgensteiniano: essere, cioè, in generale elemento costitutivo della nozione medesima di progresso « il fatto che questo si mostri sempre più grande, di cib che in realtà è ».

---

(145) **Alludiamo a F. SANTORO-PASSARELLI,** Dottrine generali del diritto civile, **9. Ed., Napoli 1983, pp. 23-24.**

(146) **Cfr. L.** BIGLIAZZI **GERI** (e.a.), Istituzioni, **cit., p, 109.**

(147) Pbid., **p. 424** ss.

SOMMARIO

La storiografia dominante — d'impronta sostanzialmente 'liberale' — descrive la nascita del concetto di capacità giuridica come fenomeno ascrivibile all'epoca 'moderno'-illuministica: quindi, come tale, tendenzialmente alternativo rispetto alla vecchia dogmatica d'*Ancien* Regime (la c.d. Status-Zehre). Al sorgere del nuovo concetto (Kant, Thibaut, Nistorische *Schule*) farebbe storicamente riscontro la progressiva corruzione del fenomeno degli 'status', su cui in precedenza si fondava la definizione giuridica del concetto di persona. I1 presente saggio cerca di mostrare sia la inadeguatezza generale di questa tesi, sia la sua non correttezza filologica nell'individuazione delle correnti dottrinali che avrebbero portato alla « invenzione» del 'moderno' concetto di capacità giuridica.

SUMMARY

The outstanding historiography — characterized by « liberal principles » — gives an account of the birth of the legal capacity concept, as a phenomenon which can be ascribed to the modern enlightenrnent age; and for this reason opposed at the Ancien Regime old dogmatics (the so-called Status-Zehre). Historically the progressive « decay » of the phenomenon of the « status », on which before was based the definition of juridical subjectivity, would be a match for the arising new concept (Kant, Thibaut, *Historische Schule*). This essay tries to point out how this theory is inadequate and not exact while finding out the doctrinal movements, which would have taken to the « invention » of the « modern » concept of legal capacity.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. I (1987)

GIOVANNA CAVALLARO

Voltaire e la legge naturale

I - IL FONDAMENTO TEOLOGICO (*)

Introduzione

Questa ricerca è rivolta ad approfondire l'analisi dell'opera di Voltaire per quanto attiene al problema giuridico. Quando si tratta del contributo dato dall'Arouet al dibattito che nell'età dei lumi si svolge in Francia intorno al diritto. si fa riferimento soprattutto alle pubblicazioni volte a denunciare le iniquità del sistema penale vigente e a chiedere riforme delle norme sia sostanziali che procedurali in materia criminale. Fra queste, universalmente note sono il *Traité sur la tolérance* (1763) e il *Commentaire* (1766) al libro *Dei delitti e delle pene,* nonché la *Relation sur la mort du chevalier de la Barre* (1766) Inviata allo stesso C. Beccaria. Non meno significativi sono quindi gli scritti pubblicati in difesa di vittime di errori giudiziari, quali J. Calas, Sirven, Montbailli, Lally, o in occasione di celebri processi, quali quello di Morangiès, gli *Essais sur les probabilités en fait de justice* (1772), e soprattutto il *Prix de la justice et de l'humanité* che, composto in occasione del concorso indetto nel 1777 dalla Società economica di Berna, rappresenta forse il contributo più elaborato, sotto il profilo teorico, offerto dal filosofo francese alla riforma penale. L'eco che queste opere ebbero non soltanto nella Francia dell'*ancien régime* e rivoluzionaria, ma in tutta l'Europa per il loro contenuto umanitario e riformatore, dà ragione del fatto che su di esse si sia particolarmente accentrata l'attenzione degli studiosi che, come Masmonteil, Hertz, Maestro, Cattaneo, Tarello, hanno trattato del pensiero giuridico di Voltaire.

Nella vastissima produzione volterriana le altre pubblicazioni dedicate espressamente al diritto non sono numerose. Si possono ricordere alcuni articoli del *Dictionnaire philosophique,* quali, ad esempio, *Lois* e *Lois civiles et ecclésiastiques* (1764), *Délits locaux* (1767) *e Tor-*

Questo lavoro rientra nell'ambito di una ricerca che l'Autrice sta conducendo sul pensiero giuridico di Voltaire.

(*) Indirizzo dell'Autrice: Dipartimento di Scienze giuridiche, C.so Ercole I d'Este 37, 44100 Ferrara.

ture (1769), alcuni Dialoghi. quali il Dialogue *entre* un *plaideur* et *un* avocat (1751), André Destouches à Siam (1766), L'ABC (1768-69), e soprattutto diverse voci delle *Questions* sur *la Encyclopédie*, quali *Coutumes* (1771), Droit e *Droit* canonìque (1771), Loi *naturelle* (1771), *Propriété* (1771), Question (1771), *Supplices* (1771). Ancora direttamente attinenti al problema giuridico si possono poi considerare le pubblicazioni volte a reclamare, insieme alla funzione meramente amministrativa dei parlamenti, l'unicità della fonte legislativa facente capo al sovrano (1), e infine quegli scritti che chiedono l'abrogazione della servitù legata alla terra ancora vigente in alcune province francesi (2).

Le opere per la riforma penale, così come le altre pubblicazioni di argomento giuridico ora r cordate, sono quasi tutte posteriori agli anni '60 e appartengono dunque agli ultimi decenni della vita di Voltaire, quando questi, divenuto ormai il patriarca di Ferney, guida ideale di quella lega « de la raison et de la tolérance » di cui parla Condorcet (3), costituisce il simbolo non soltanto della Francia, ma di tutta l'Europa illuminata e anticonfessionale che chiede l'abrogazione delle iniquità giudiziarie dovute alle carenze legislative oltre che all'intolleranza e al fanatismo religioso (4). Essi rappresentano dunque, unitamente all'attacco contro *l'infâme*, un aspetto del programma d'azione che il filosofo svolge in quegli anni per migliorare le condizioni di vita dell'uomo, e che costituse quella sua risposta al problema del male, già adombrata, secondo alcuni interpreti, nell'invito a « cultiver notre jardin », con cui nel 1759 aveva concluso 'le vicende dell'assurdo' 'di Candide (5). Suscitati da casi giudiziari

i

(1) Cfr. per es., Histoire du parlement de Paris (1769), in Oeuvres cornplètes de Voitaire, nouvelle édition, par C. Moland, Garnier Frères, Parigi 1877-1882 (indicata nel testo con M.) vol. XV, 447; Réponse aux *remontrances* de la cour des Aides par un rnembre des Nouveaux Conseils supérieurs (1770) M.XXVIII. 385; Ees *peuples* aux parlements (1771) M.XXVIII.413; *Fragment* d'une Zettre *écrite* de *Genève* par un *bourgeois* de Lilla (1771) M.XXVIII.389.

(2) Cfr. per es.: Couturne de la Franche-Comté sur l'esclavage *imposé à* des *citoyens* par une *vieille* coutume (1771) M.XXVIII.371; Extrait d'un Mérnoire *sur l'entière* abolition de *la* servitude en France (1775) M.XXIX.403; Lettre du Père *Polycarpe* a Ad *l'avocat* général Seguier (1776) M.XXX.333; Lettre d'un *bénédectin* de *Franche-Comté* (1776) M.XXX.339.

(3) CONDORCET, Vie de Voltaire, M.I.255: « Il avait formé dans l'Europe entière une ligue dont il était l'âme, et dont le cri de ralliement était raison et tolérance ».

(4) Sulla « forza e sul coraggio » con cui Voltaire « si erse a capo del partito filosofico in Europa, cioè delle forze dell'Enciclopedismo e dell'Illuminismo che si batterono per la liberazione dell'uomo », v. P. ALATRI, *Voltaire,* Diderot e *il* partito filosofico, Milano-Messina, 1956, p. 177.

(5) Sulle diverse interpretazioni della conclusione del Candide, v. W.F. BOTTIGLIA, Voltaire's Candide. Analysis of a Classic, in Studies on *Voltaire* and the eighteenth century, ed. by Th. BESTERMAN, Genève, 1959, VII, pp. 94-98.

particolarmente scandalosi, quali quello di J. Calas, dei coniugi Sirven, di de la Barre, dalla pubblicazione del libro di C. Beccaria, dall'*Encyclopédie,* dalla riforma Maupeou, dal processo dei *paysans* del Mont Jura contro i benedettini di Saint Claude, le opere in questione hanno tutte un intento chiaramente riformatore, e, per il vigore e la chiarezza dei loro contenuti, nonché per la rinomanza assicurata dal nome del loro autore, sono destinate a porsi idealmente alla guida di quel movimento di attacco alle istituzioni giuridiche che, come osserva P. Gay, caratterizza in Francia, dopo gli anni '60, la terza generazione degli illuministi (6). Tuttavia, qualora si ritenga che esse esauriscano l'approccio di Voltaire al diritto, si potrebbe giungere alla conclusione che l'Arouet, da letterato divenuto filosofo dopo il soggiorno inglese (7), si sarebbe interessato alla legislazione soltanto in vecchiaia e sotto la pressione di avvenimenti contingenti. Se è pur vero che Voltaire, come scrive Tarello, a differenza di altri illuministi, non fu uomo di legge (8), una tale tesi sembrerebbe egualmente contrastare con due diversi ordini di considerazioni. In primo luogo l'Arouet viene indicato come il filosofo che « campeggia come la figura più rappresentativa del suo secolo », vale a dire di quell'illuminismo francese che ha dato il suo contributo fondamentale al problema giuridico non soltanto in quanto, operando in una situazione legislativa particolarmente confusa e arretrata, è spinto in maniera significativa verso istanze riformatrici, ma anche perché porta a compimento, sotto il profilo teorico, il giusnaturalismo moderno. In secondo luogo, come la critica più recente si è proposta di evidenziare, il pensiero volterriano, « espressione di molti problemi essenziali che si presentano nell'ambiente culturale dell'epoca al fine di liberare le coscienze dalla superstizione, dal fanatismo e dalla soggezione a ogni forma di arbitrio » (9), è soprattutto volto a migliorare le condizioni dell'uomo nel suo vivere sociale. Sembra quindi poco plausibile che così scarsa attenzione, almeno fino agli anni '60, egli abbia prestato al problema

(6) P. GAY, *Enlightenment.* An Interpretation, London, 1967, pp. 17 ss.

(7) J. MORLEY, Voltaire, London, 1886, p. 58. Cfr. anche J.R. CARRÈ, *Consistance* de *Voltaire* le philosophe, Parigi, 1938, p. 19. Ma, come nota Pomeau, già prima del suo soggiorno inglese, Voltaire leggeva Locke, annotava Malebranche, cominciava a redigere le *Remarques* sur Pascal, R. POMEAU, *Les lettres philosophiques,* le *projet* de Voltaire, in Studies on Voltaire, cit., 1979, n. 179, pp. 11 ss. Sull'argomento, v. anche le considerazioni di C. LUPORINI, *Voltaire* e «*les* Zettres philosophiques », Firenze, 1955, pp. 29-31.

(8) G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, Bologna, 1976, p. 300. Sull'esperienza del giovane Arouet, durata non si sa quante settimane o mesi presso il procuratore Alain, v. R. POMEAU, *D'Arouet à Voltaire (1694-1734),* Oxford, 1985, pp. 63-64.

(8 bis) R. CRAVERI, *Voltaire* politico *dell'illuminismo,* Torino, 1937, p. 11.

(9) R. BENELLI, *Voltaire metafisico,* Milano, 1983, p. 18.

del diritto che del vivere sociale costituisce primario strumento. Spostando allora l'attenzione al complesso degli scritti volterriani, ci si può chiedere se, pur essendo la critica al sistema giuridico divenuta indubbiamente più insistente dopo il caso Calas, il diritto non vi occupi uno spazio ben più ampio. In realtà la lettura dell'opera del filosofo francese, compresi, oltre gli scritti politici, quelli storici e filosofici, il teatro, i racconti, rivela una ricca presenza della problematica della legge come regola del vivere sociale. Se infatti i riferimenti giuridici sono chiaramente individuabili nelle *Idées républicaines* (1765) ([10]), nei *Pensées sur le gouvernement* (1752) e in altre 'voci' o pubblicazioni dedicate alla politica, osservazioni sul diritto si possono riscontrare anche dalla *Henriade* (1728) alle *Lettres philosophiques* (1733), dal *Brutus* (1730) al *Tancrède* (1760), dall'*Histoire de Charles XII* (1732) a *Le-précis du siècle de Louis XIV* (1768). dal *Traité de Métaphysique* (1734) a *Zadig* (1748) a *Candide* (1759), ai dialoghi filosofici.

Una prima considerazione che scaturisce dalla lettura dell'opera volterriana è il frequente riferimento alla legge naturale. Già indicata nell'*Henriade* come la legge che ovunque ci parla, impressa da Dio nel cuore degli uomini, la sola ad essere ovunque la stessa, essa ritorna come criterio universale per discernere il giusto dall'ingiusto in innumerevoli scritti del filosofo francese, dal *Traité de Métaphysique* agli *Eléments de la philosophie de Newton* (1738-40), dal *Dictionnaire philosophique* (1764) a *Le philosophe ignorant* (1766), alle *Questions sur l'Encyclopédie* (1771-72). Tale insistenza sul tema della giustizia come verità di prim'ordine, chiara e universale, paragonabile alle idee di salute e di malattia, di verità e di falsità, non deve certamente suscitare meraviglia, in quanto essa riguarda innanzitutto la morale che l'Arouet pone espressamente come primo oggetto della sua ricerca cui subordinare ogni altra speculazione scientifica e metafisica. Ma il riferimento alla legge di natura, immutabile e uniforme in ogni tempo e luogo è parimenti presente negli scritti più o meno attinenti al problema giuridico. Può essere sufficiente ricordare in proposito che nel *Dictionnaire philosophique* l'art. *Lois* si apre con un aneddoto volto ad evidenziare la superiorità della legge naturale su quella di convenzione, mentre il susseguente art. *Lois civiles et ecclésiastiques* rinvia, per espressa nota dell'Autore,

([10]) La datazione del 1765 è stata dimostrata da P. GAY, contro quella del 1762 riportata nell'edizione delle Oeuvres complètes, Paris, Garnier, 1877-1882 (ed. Moland), vol. XXIV, p. 413; cfr. P. GAY, *Voltaire's Ilées* républicaines: a study in bibliography *and* interpretation, in Studies on Voltaire, cit., 1958, VI, pp. 67-105.

al Poème sur la *loi naturelle.* Ancora nel Traité *sur* la *tolérance,* Voltaire fonda la sua battaglia per la tolleranza religiosa sulla legge naturale, mentre nel *Commentaire* all'opera di C. Beccaria basa la proibizione del furto, dell'omicidio, della cospirazione contro la patria, sulla medesima legge di natura che sempre *e* ovunque è impressa nel cuore degli uomini per mantenere la giustizia. Sulla legge naturale egli nuovamente si basa per approvare il provvedimento di Turgot sulla libera commercializzazione dei grani ([11]), *e* infine, in quella che è stata definita la sua ultima battaglia ([12]), alla medesima ancora si riferisce per chiedere l'abrogazione dei vincoli feudali cui erano soggetti i contadini della Francia Contea. Se si considera inoltre che, proprio nelle pagine volterriane, il principio per distinguere il vizio e la virtù concerne l'uomo non nei rapporti verso se stesso ma nelle sue relazioni intersoggettive, e le regole del bene e del male morale si identificano con le condizioni che rendono possibile il vivere sociale, è possibile affermare che, particolarmente nell'opera dell'Arouet, il principio del giusto e dell'ingiusto come valore etico oggettivo e universale viene a riguardare anche il diritto.

Le riflessioni di Voltaire in merito alle leggi positive si svolgono quindi su un duplice piano. In primo luogo queste assumono un'importanza di prim'ordine, non soltanto perché nessuna società di uomini può sussistere un solo giorno senza regole, ma soprattutto perché le norme giuridiche sono la garanzia della libertà, che consiste nel non dipendere che dalle medesime, e della felicità, che è proprio del governo migliore, vale a dire retto dal principio di legalità. D'altra parte Voltaire insiste spesso sui difetti del diritto, che, tutto frutto di convenzioni, poiché non sussistono leggi fondamentali, è quasi sempre stabilito per bisogni passeggeri. Prodotte dalla necessità *e* dalla forza, le leggi positive cono rivolte ad assicurare gli interessi dei governanti piuttosto che a provvedere al bene pubblico, e, incerte, arbitrarie, esse sono nel mondo moderno la causa della diseguaglianza una volta prodotta dall'abilità e dalla forza. Né migliore considerazione Voltaire dimostra per gli studi giuridici, dato che a nulla servono tutti i libri ad essi dedicati, da Bodin, alle incomprensibili teorie di Grozio e Pufendorf tradotte dal Barbeyrac, all'opera di Burlamaqui. Nemmeno l'Arouet nasconde il proprio disprezzo per gli avvocati, che imparano il codice di Teodosio e Giustiniano per conoscere la coutume di Parigi, che, incapaci di comprare cariche migliori,

---

([11]) Cfr. per es.: *Petit écrit sur l'arrêt du conseil* (1774), M.XXIX.343; trad. ital. in: *Scritti politici di Voltaire, a* cura di R. FUBINI, Torino, U.T.E.T., 1964, pp. 961 ss.

([12]) H. HANCOCR, *Voltaire et l'affaire des mainrnortables: un ultime combat,* in *Studies on Voltaire,* cit., 1973, n. 114, pp. 79-98.

si fanno pagare per svolgere in tribunale le proprie arringhe. Né meglio egli tratta i magistrati che sono tali non per esperienza o conoscenza del diritto ma per aver acquistato il proprio ufficio, che pronunciano sentenze di sangue, che si fanno strumenti degli interessi del proprio ceto, dell'ignoranaa, della superstizione. Di fronte a queste critiche che abbracciano insieme il sistema giuridico vigente e gli operatori del diritto, Voltaire propone, per assicurare ai cittadini l'amministrazione della giustizia, leggi chiare, precise, uniformi, soggette alla sola interpretazione autentica, e l'abrogazione delle numerose e discordanti coutumes con le loro ancora più innumerevoli e difformi interpretazioni. Con particolare riferimento al diritto penale egli, oltre a chiedere l'attuazione di riforme e l'umanizzazione delle pene, sostiene quindi l'esigenza della codificazione, affinché i cittadini non abbiano a lamentarsi dei giudizi e i magistrati non incorrano nell'odio, e affinché sia chiaro che è la legge e non la volontà che condanna. Quanto al ceto giuridico, l'Arouet osserva che coloro che amministrano la giustizia debbono essere istruiti nelle norme vigenti del loro Paese, e plaude alla sostituzione ai parlamenti di consigli composti da funzionari attuata dalla riforma Maupeou, mentre, riguardo agli avvocati, egli constata che, quando la ragione riprende i propri diritti, alcuni di essi divengono disinteressati e patrioti, degni dei senatori dell'antica Roma.

Questi brevi cenni alle tematiche ricorrenti nelle pagine volterriane dedicate al diritto sono sufficienti ad indicare come il discorso giuridico svolto nelle medesime presenti una continua contrapposizione di piani fra essere e dover essere, fra condanna della situazione legislativa e giudiziaria vigente e auspicio di quanto potrebbe essere prodotto da un radicale cambiamento della stessa. Chiaramente questo concetto è espresso nell'osservazione dello stesso Voltaire che per avere delle buone leggi occorre bruciare quelle esistenti e farne delle nuove. Come scrive Cattaneo, la soluzione giuridica è dunque quella illuministica di netta rottura con il passato (13). **o,** come afferma Tarello, essa esprime un'univoca ideologia della riforma legislativa (14). Modello di tale riforma è il criterio del giusto e dell'ingiusto impresso nel cuore dell'uomo e autoevidente alla ragione, che si identifica con la legge naturale. Ripetutamente è stato dunque osservato che Voltaire esprime una concezione razionalistica della giustizia, quale principio di un nuovo ordine giuridico, fondato su una legislazione ragionevole che attui i criteri del diritto di natura universalmente valido e eterno.

Ma è proprio in merito a questo diritto naturale che è forse possi-

(13) M.A. CATTANEO, *Illuminismo* e legislazione, Milano, 1966, pp. 34 ss.
(14) G. TABELLO, Storia della cultura *giuridica* moderna, cit., pp. 313 ss.

bile svolgere ancora alcune considerazioni. In primo luogo si deve tenere presente che, come osserva P. Casini, intorno alla metà del secolo XVIII la *lex naturae* si può ormai considerare come res *nullius* (15), o, come scrive J. Ehrard, essa è in quest'epoca da valutarsi alla stregua di un luogo comune (16). Alcuni autorevoli autori l'hanno in effetti interpretata in questo senso anche nei riguardi di Voltaire, evidenziando l'uso retorico o ideologico che egli avrebbe fatto della stessa. Ma una tale prospettiva non mi sembra del tutto soddisfacente. Il tema della legge naturale, che si pone come modello cui deve attenersi la norma giuridica, o come eterna nozione del giusto e dell'ingiusta con cui valutare la bontà o l'iniquità delle leggi positive, rimanda al problema del rapporto fra la realtà sociale e un principio ad essa superiore che, come scrive Cotta, rappresenta la questione cruciale di ogni scienza della società (17). L'argomento della legge naturale, con le implicazioni del suo fondamento, della sua universalità, della sua conoscibilità, si riporta inoltre anche alle tematiche classiche della metafisica, quali quelle dell'esistenza di Dio e del suo rapporto con l'uomo, che aveva costituito l'oggetto delle grandi costruzioni sistematiche del secolo XVII. Ora, se Voltaire non perde occasione per schernire l'*esprit* de système e per dichiarare l'inutilità della metafisica, sui problemi di questa non cessa di interrogarsi in tutta la sua vastissima opera. Come la critica più recente ha anche sottolineato, l'irridente Voltaire, 'le malin veillard de Ferney' (18), è anche colui che per tutta la sua lunga esistenza,, è tornato a riproporsi i grandi interrogativi sullo Essere, sul problema del male, sul libero arbitrio, sulla natura e sul destino dell'anima umana. Pertanto di fronte a interpretazioni come quelle di Alatri, Luporini, Fubini, volte ad evidenziare l'importanza dell'opera volterriana limitatamente ai suoi contenuti pragmatici e riformatori, altri studiosi, come già il Carré *e* il Sareil, *e* quindi Topazio, Pomeau, Benelli, si sono soffermati sulla sua componente filosofica in senso tradizionale. Attraverso quest'ultima essa si ricollega alla speculazione del secolo precedente, e ricerche come quelle di Wade, Mason, Barber, Brooks, Vernière, James hanno evidenziato i rapporti del pensiero volterriano con Malebranche, Leibniz, Descartes, Bayle e Spinoza, oltre che, naturalmente, con Locke e Newton. Non è qui il luogo di soffermarsi sul vigore, la coerenza, l'originalità & Voltaire filosofo, e del resto gli autori sopra citati non

---

(15) P. CASINI, *Loi naturelle et sciences exactes, in St. on Volt., cit., 1976, n.* 151, p. *429.*

(16) J. EHRARD, *L'idée de nature en France, Parigi, 1963,* vol. *I,* **p.** *333 ss.*

(17) *S. COTTA, Montesquieu e la scienza della società,* Torino, *1953,* **p.** 9.

(18) Secondo *la definizione* di *A.* BELLESORT, *Essai sur Voltaire, Parigi, 1925,* **p. 273.**

hanno mancato di sottolineare anche i fraintendimenti, e persino l'incapacità di comprensione, da parte dell'Arouet, dei s stemi di metafisica. Può essere invece qui significativo rilevare che, se pure il risultato cui Voltaire pervenne fu il riconoscimento espresso dal *Philosophe ignorant* dell'incapacità dell'uomo di dare una risposta alle questioni sulla natura di dio, dell'anima, della materia e sulla libertà del volere, l'insistenza con cui tornò sulle medesime rivela l'importanza che esse ebbero nel suo pensiero, così che, come scrive Wade, esse formano ciò che Voltaire cons derava « the indispensable metaphysical background of his world » (19).

Voltaire non aderì ad alcun sistema, nè ne creò uno proprio particolare, non comunque, come osserva Besterman (20), per incapacità, e fu soprattutto *philosophe* nel significato che il secolo XVIII attribuì a tale termine. Tuttavia, dato che « su molti dei massimi problemi » si angustiò e si interrogò per tutta la vita, sembra lecito affermare che negarne la risolubilità noni volle dire per lui, come scrive Alatri, « negarne financo l'esistenza » (21). Poichè dunque l'argomento della legge naturale, come ordine del mondo morale, rapporto fra società *e* principio superiore che la trascende, si riporta a tali problematiche, quelle interpretazioni che la intendono soltanto sotto il profilo pragmatico e ideologico, possono suscitare qualche perplessità. Tanto più che, se sulle questioni del male, del libero arbitrio, del rapporto della Divinità con l'uomo, Voltaire non mantenne sempre ferme le proprie tesi e le proprie posizioni, sui criteri del giusto e dell'ingiusto, come è generalmente riconosciuto, non ebbe mai tentennamenti. L'osservazione di Gay che è impossibile prendere alla lettera i numerosi passi in cui l'Arouet celebra la legge naturale, se si addice alla figura di Voltaire riformatore, « diffidente delle questioni teoriche in quanto ritardanti l'azione » (22), meno bene si addice al filosofo che non trattò i temi della metafisica soltanto per compiacere M.me du Châtelet (23), ma che su di essi si interrogò fin nei Dialoghi di Evemero, scritti un anno prima della sua morte. Può essere quindi opportuno svolgere ancora alcune considerazioni sulla leggge naturale volterriana, non soltanto nel suo significato operativo, ma nel suo rapporto con i problemi teorici del suo fondamento, della sua sanzione, dei suoi contenuti, della sua conoscibilità, avendo riguardo anche ai siste-

---

(19) I.O. WADE, *The intellectual development of Voltaire, Princeton*, 1969, p. 724.

(20) Th. BESTERMAN, *Voltaire's God, in Studies on Voltaire, cit.*, 1967, 55, p. 26.

(21) *P.* ALATRI, *Voltaire, Diderot e il partito filosofico, Milano-Messina*, 1956, **p.** *227.*

(22) P. *GAY, Voltaire's Politics. The Poet as a realist, Princeton*, 1959, p. 346.

(23) *Secondo l'espressione di J. FABRE, Lumières et Romantisme, Parigi*, 1963, p. 13.

mi filosofici ai quali pure Voltaire non risparmiò le proprie critiche e la propria derisione.

Indubbiamente, come osserva Fassò, i riferimenti al diritto e alla giustizia, oltre che essere sparsi nei numerosissimi scritti volterriani, sono frammentari, così che sarebbe 'impossibile ricavarne una dottrina organica' (24). Tuttavia, una ricerca volta ad un loro approfondimento teorico può valere a dare un contributo per chiarire il significato che il termine *lex naturae* assume nell'opera del filosofo francese. Di fronte agli studiosi che affermano il carattere a priori del criterio del giusto e dell'ingiusto negli scritti dell'Arouet e la sua autoevidenza alla ragione (25), fino a sostenere che questi rivolge la propria metafisica verso l'affermazione di valori supremi e assoluti dell'ordine morale e giuridico, con un superamento dell'empirismo e dello scetticismo etico (26), si può notare che negli scritti volterriani il riferimento alla legge naturale è espresso non sempre in modo univoco. Per esempio, nel già ricordato art. *Lois* del Dictionnaire *philo*sophique la legge di natura invocata contro il divieto dell'incesto è quella della preservazione della specie, e si riporta quindi ad una norma biologica e naturalistica che accomuna l'uomo agli altri esseri viventi. Nel dialogo *L'ABC* invece, la medesima legge naturale impone di stare ai patti, di essere grati, di non rubare, di riconoscere la libertà di religione, di pubblicazione dei propri pensieri, e si pone dunque come criterio normativo che detta le proprie regole alla ragione per guidare i comportamenti dell'uomo. In alcuni casi Voltaire prospetta inoltre il criterio del giusto e dell'ingiusto come assoluto e universale, mentre in altri lo identifica con quanto risulta essere utile alla società, e lo paragona non soltanto ai concetti di verità e falsità, di salute e di malattia, ma anche a quelli di convenienza e sconvenienza la cui assoluta e universale evidenza sembra in realtà assai meno scontata. Certamente, come osserva Ehrard, questa oscillazione di significati fra l'essere e il dover essere, fra biologia e norma di ragione, fra criteri a priori e criteri pragmatici determinabili in funzione dell'utile, corrisponde alle ambiguità con cui il termine è ormai usato in un'epoca di transizione come quella in cui scrive l'Arouet (27). Resta tuttavia da approfondire se nell'opera di questi, piuttosto che intendersi come un'incertezza o semplicemente come una mancanza di approfondimento teorico, essa non sia piuttosto interpretabile in riferimento alle

---

(24) G. FASSO, Storia della filosofia del diritto, Bologna, 1970, v. II, p. 335.

(25) M.A. CATTANEO, *Illuminismo* e legislazione, cit., p. 35; Id., Dignità *umana e* pena nella filosofia di Kant, Milano, 1981, p. 11, n. 2.

(26) E. Di CARLO, Il concetto di giustizia in *Voltaire* e in *Rosmini*, in Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi *Sturzo*, 1933, v. 2, p. 106.

(27) J. EHRARD, *L'idée* de nature en France, cit., I, p. 340.

problematiche antropologiche, epistemologiche e filosofiche su cui Voltaire così spesso ritorna nella sua opera, e non si possa quindi leggervi un tentativo eclettico in cui sia anche riscontrabile una qualche coerenza e originalità di pensiero. Ci si può domandare se ricercare le origini teoriche del concetto di legge naturale, oltre ad « addentrarsi nel delta del Nilo », come nota P. Gay ([28]), non significhi fare opera di scarso significato, perché, come scrive Venturi, quello che conta nell'interpretazione dell'illuminismo, non è l'origine delle idee, ma la loro funzione ([29]), o, come afferma Casini, quello della legge naturale è ormai un uso ideologico ([30]). Se sembra che tali osservazioni si adattino particolarmente a Voltaire, occorre anche tenere conto della posizione peculiare che questi occupa nell'Illuminismo, che, se è stata definita di retroguardia dopo gli anni '60, per il suo rifiuto della nuova biologia evoluzionistica, del materialismo di Diderot e d'Holbach, del relativismo mo ale di La Mettrie e Helvétius, ha significato anche il suo permanere sulle tematiche filosofiche del secolo precedente e il suo mantenere salda la concezione newtoniana di un ordine razionale dell'universo.

Senza presumere certamente di esaurire l'argomento, il tentativo di dare un contributo all'analisi dell'opera di Voltaire nella direzione indicata, sembra significativo per condurre delle considerazioni sul pensiero del filosofo francese in merito al diritto positivo e sulla sua collocazione nell'ambito dell'Illuminismo giuridico. Le ambiguità riscontrabili in riferimento alla legge naturale trovano infatti una loro corrispondenza in alcune tesi riguardanti le norme positive. Per esempio, se le leggi debbono essere chiare, precise e uniformi, è anche vero che esse debbono adattarsi ai tempi, ai luoghi e ai bisogni; se gli usi spesso consistono in prevaricazioni dovute al pregiudizio, alla tradizione fondata sull'ignoranza e sulla frode, come avviene in materia penale, o come avviene per la servitù legata alla terra, la legge non deve nemmeno essere in contrasto con i medesimi, perché, se questi sono buoni, essa risulta inefficace. Non sembra quindi nemmeno del tutto vero che Voltaire rifiuti fonti di normazione diverse dalla legge, né che quest'ultima sia esente da ogni relativismo. Lo stesso Arouet scrive del resto che, se il fondo rimane sempre e ovunque il medesimo, le sue applicazioni cambiano secondo i tempi e i luoghi ([31]), e, nelle sue opere. storiche, particolarmente nell'*Essai* sur *les moeurs,* descrive le varietà e le difformità di usi, costumi, istituzioni delle na-

([28]) P. GAY, *Carl Becker's heavenly city,* in Political Science *Quarterly,* 1957, n. 72, p. 191.

([29]) F. VENTURI, Utopia e riforma *nell'Illuminismo,* Torino, 1970, p. 11.

([30]) P. CASINI, *Loi naturelle* et sciences exactes, cit., p. 429.

([31]) VOLTAIRE, Essai *sur* les *moeurs,* cap. CXCVII, ed, eit., vol. II, p. 810.

zioni europee e extraeuropee, da cui, come i suoi contemporanei, è affascinato, e di cui ha diligentemente studiato le origini, le consuetudini, le leggi, in una parola, tutti i fatti che hanno condotto alla loro civilizzazione e al loro declino. Si tratta allora di cercare di determinare in cosa consista questo « fondo » costituente l'immutabile criterio del giusto e dell'ingiusto volterriano; se, come osserva Tarello, si tratta di un diritto residuale molto ristretto, composto da poche proibizioni e da molte libertà che sono le libertà individuali (32), se, come scrive Luporini, esso si riporta ad una concezione della vita sociale e civile legata essenzialmente alla moralità mercantile (33), o *se* esso infine non rappresenti anche qualcosa di diverso.

La legge di natura dell'Arouet si fonda sulla regola aurea, tanto spesso espressa non soltanto nella sua forma negativa, ma anche in quella positiva di fare agli altri quello che si vorrebbe fosse fatto a noi. Tale regola, che- si esprime nell'egualmente ripetuto invito ad essere « bienfaisants », si traduce a sua volta in una serie di obblighi positivi, come quello di essere grati, clementi, di aiutarsi reciprocamente, che non riguardano soltanto genericamente la morale, ma anche l'amministrazione della giustizia, visto che impongono al giudice determinati comportamenti, come quello di non intimidire l'accusato e di essere giusto, prima che formalista, nel valutare le prove. Può sembrare che si verifichi qui una confusione di piani fra obblighi negativi dello *justum* e obblighi positivi del *decorum*, secondo la distinzione di Thomasius, anche se è indubbio che Voltaire mantiene quanto ne costituisce la conclusione fondamentale della incoercibilità della morale. Ma ci può forse anche intendere un riferimento alla giustizia come carità, e vedere come Voltaire ponga il rapporto del diritto con un criterio superiore che si riporta a valori morali, e in ultima analisi religiosi, di quella religione universale e naturale, che unisce i saggi dell'antichità cinese, greca e romana, con i filosofi moderni così come con gli uomini primitivi, e che si identifica con il teismo. Una simile interpertazione potrebbe condurre a riconsiderare quelle interpretazioni volte a ritenere l'opera volterriana, e in special modo quella in materia giuridico-penale, come fondata unicamente, o prevalentemente, su considerazioni utilitaristiche (34), e a sottolinearne, come già ha fatto il Cattaneo, non soltanto l'esigenza umanitaria, ma anche il riferimento al valore della giustizia (35). L'affermazione che la

(32) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp.313-314.

(33) C. LUPORINI, *Voltaire e le « lettres philosophiques »*, cit., **p.** 45.

(34) E. HERTZ, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege*, Stoccarda, 1887 (1972), p. 217.

(35) M.A. CATTANEO, *La filosofia delta pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, 1974, p. 144; Id., *Die Strafrechtsreform im Denken Voltaires und Friedrichs*

pena di morte deve essere abolita perché l'impiccato non serve a nulla ([36]), sembra riecheggiare lo scandalo della *boutade* sull'utilità della fede in un Dio remuneratore e vendicatore per i principi e per le masse. Ma, come si cercherà di dimostrare che quest'ultima non corrisponde al reale pensiero di Voltaire, così si potrà considerare la prima come argomento per convincere l'avversario piuttosto che espressione della principale opinione del filosofo di Ferney. Se, secondo quanto Voltaire scrive ne L'ABC, la ragion di stato non deve mai prevalere sull'eterna distinzione del bene e del male morale, a quest'ultima deve infine riportarsi anche la sua riflessione in materia giuridica, e in particolare i suoi scritti sul diritto possono ricondursi, oltre che alle ragioni della politica, a quegli eterni criteri della giustizia e a quel profondo senso morde della dignità umana che, come scrive Craveri, anima il suo interesse per l'uomo ([37]).

---

des Großen, in *Voltaire und Deutschland, Quellen und Untersuchungen zur Rezeption der franzosischen Aufklarung, Stoccarda, 1979,* p. 322 ss.

(36) Cfr. *per es. art. Lois civiles et ecclésiastiques e art. Supplices* in *Questions sur l'Encyclopédie,* M.XIX.626 *e* M.XX.456.

(37) R. CRAVERI, *Voltaire politico dell'Illuminismo,* cit., p. 15.

Capitolo primo

LA LEGGE DI NATURA

1. La legge naturale nell'opera di Voltaire

§ 1. Il problema dell'esistenza di un criterio universale per distinguere il giusto dall'ingiusto occupa una posizione centrale nell'opera di Voltaire. Nel 1737, scrivendo a Federico, principe ereditario di Prussia, egli lo indicava come il principale oggetto della ricerca sull'uomo, e riconosceva la possibilità di determinare il vizio e la virtù non nei riguardi di questa o quella società, di questo o quell'individuo, ma dell'intero genere umano (1). A tale questione egli aveva del resto già dato una risposta affermativa nel Traité *de Métaphysique,* dove osservava che i popoli, pur avendo usi diversi, convengono tutti nel definire virtuoso ciò che è conforme alla legge e criminale quanto vi è contrario. Ricorrendo al paragone col gioco delle carte, egli sembrava proporre qui un criterio del giusto puramente formale, quale quello dell'obbedienza alle regole date. Tuttavia, subito dopo si esprimeva diversamente, identificando le buone azioni con quelle da cui si trae vantaggio e criminali quelle che ci sono nocive. Quindi egli, pur constatando ancora che ciò che si chiama virtù in un clima è precisamente ciò che si chiama vizio in un altro, e che la maggior parte delle regole del bene e del male differiscono come i linguaggi e gli abbigliamenti, indicava come cosa certa l'esistenza di leggi naturali comuni a tutti gli uomini (2). Egualmente alcuni anni dopo,

(1) Lettera del 15 ottobre, Best D.1376. Voltaire invia a Federico anche un frammento sul libero arbitrio e scrive di essere giunto ad ammetterlo perché altrimenti gli sarebbe impossibile riconoscere una morale, e osserva: « Je ramène toujours autant que je peux ma métaphysique à la morale ».

(2) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique (1734) M.XXII.189; in Mélanges, Parigi, Gallimard, *Bibliothèque* de la *Pléiade,* 1961 (da cui sono tratte le citazioni nel testo), ch. IX, pp. 196-197. Del resto, come osserva Patterson, con la lettera del '37 sopra citata, Voltaire inviava a Federico un estratto dello stesso Traité de Métaphysique il cui manoscritto, rimasto praticamente sconosciuto fino all'ed. Kehl del 1785, era segretamene custodito da M.me du Châtelet che, per ragioni di prudenza, ripetutamente scoraggiava l'Arouet dall'inviarne una copia-

nella *Métaphysique de Newton*, l'Arouet riconosceva validità universale a dei principi etici che egli definiva come religione naturale (3), mentre nel 1749 nel *Sermon des cinquante* indicava assassinii, furti, incesti come infrazioni di una medesima legge morale di cui rivendicava il generale valore (4). Nel 1752 Voltaire dedicava del resto il *Poème sur la loi naturelle* all'affermazione di una morale uniforme in tutti i tempi e i luoghi (5), mentre una decina d'anni dopo, nel *Traité sur la toiérance* si appellava al diritto che la natura indica a tutti gli uomini (6), e nel *Catéchisme de l'honnête homme* definiva la coscienza data ad ogni uomo come la legge universale per cui, da un polo all'altro della terra, egli sente che deve essere giusto (7). Nel *Dictionnaire philosophique* Voltaire osservava che se pure il bene e il male sono sovente confusi dalle passioni, l'uomo ha tuttavia in se medesimo la capacità di distinguerli perché il fondo della sua anima e i suoi principi di ragione sono ovunque gli stessi, e esistono nozioni morali comuni a tutti gli uomini (8). Più chiaramente ancora si pronunciava nel 1766, quando, ne *Le philosophe ignorant*, scriveva che le idee del giusto e dell'ingiusto sono chiare e universali come le idee di salute e di malattia, di verità e di falsità, di convenienza e sconvenienza, anche se i limiti si pongono difficilmente perché le sfumature si con-

---

al principe di Prussia. Cfr. H.T. PATTERSON, *Voltaire's* Traité de Métaphysique, in *Modern* Language Review, aprile 1938, pp. 261 ss. Anche nella XXV delle *Lettres* philosophiques (1734), Voltaire aveva ribadito a Pascal l'universalità della legge morale, M.XXII.75; in Lettres philosophiques, a cura di R. Naves, Parigi, Garnier frères, 1964 (da cui sono tratte le citazioni nel testo), rem. XLII, p. 169. Negli scritti anteriori, riferimenti alla legge naturale si trovano per es. in *Epître à M.me* de G.* (1716), M.X.232 e nell'*Henriade* (1728) M.VIII. 172. Cfr. G.H. HAVENS, The nature *doctrine* of Voltaire, in P.M.L.A., t. XL, pp. 852-862.

(3) VOLTAIRE, Métaphysique de Newton (1740) M.XXII.419.

(4) VOLTAIRE, Sermon des cinquante (1749) M.XXIV.437; in Mélanges, cit., (da cui sono tratte le citazioni nel testo), pp. 253 ss.

(5) VOLTAIRE, *Poème* sur *la loi* natureile (1752, ma pubblicato nel 1756) M. IX.441, in *Mélanges*, cit. (da cui sono tratte le citazioni nel testo), Première partie, pp. 275-77.

(6) VOLTAIRE, Traité sur la *tolérance* (1763) M.XXV.13; in Mélanges, cit. (da cui sono tratte le citazioni nel testo), pp. 583-84.

(7) VOLTAIRE, Catéchisme de *l'honnête homme* (1763) M.XXIV.523; in *Dialogues* philosophiques, a cura di R. Naves, Parigi, Garnier frèr., 1955 (da cui sono tratte le citazioni nel testo), p. 135. Cfr. anche il dialogo di due anni precedente, *Entretien* d'Ariste et *Acrotal* (1761) M.XXIV.273, in *Dialog.* phii., cit., p. 107: « Ne sentez pas que ce qui est juste, clair, évident, est éternellement respecté de tout le monde? ».

(8) VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique M.XVII-XX; in Dictionnaire *philo*sophique, a cura di J. Benda e R. Naves, Parigi, Garnier frèr., 1967 (da cui sono tratte le citazioni nel testo), art. *Du* juste et de *l'injuste* (1765) *e* art. *Nécessaire*, pp. 269-71 e p. 328; art. Catéchisme chinois (1764), p. 68.

fondono, e perché esistono mille differenze, in mille circostanze, nell'interpretazione delle medesime (9). Contro Hobbes che riconosceva soltanto norme di convenzione, il filosofo di Ferney obiettava quindi che la pretesa legge di natura per cui tutti hanno diritto a tutto, confonde il diritto con la forza (10). Nel medesimo anno, nel *Commentaire* all'opera di C. Beccaria, Voltaire chiamava leggi naturali quelle valide in tutti i tempi e per tutti gli uomini per il mantenimento della giustizia che la natura ha impresso nei loro cuori (11). Nel 1767 egli scriveva che la morale è la medesima per tutti coloro che fanno uso della ragione (12) e, l'anno successivo, pubblicando il dialogo *L'ABC* asseriva che è giusto ciò che appare tale all'universo intero, e che l'idea di giustizia è eterna (13).

Qualche anno dopo, nelle Questions *sur l'Encyclopédie,* alla voce *Loi* naturelle, Voltaire riprendeva quasi nei medesimi termini lo stesso argomento, e distingueva dalle convenzioni effimere e arbitrarie l'essenziale della legge morale che rimane ovunque invariata, mentre alla voce Athée esprimeva la propria meraviglia nei confronti di J. Locke per la sua negazione di principi morali comuni a tutti gli uomini (14). Ancora negli Entretiens chinois egli ribadiva quindi l'esistenza di un'unica legge morale immutabile e universale (15), mentre infine, riprendendo poco prima di morire il suo commento a Pascal, opponeva ancora alle osservazioni di questi sulla relatività delle religioni, l'universalità della legge morale e distingueva il criterio del giusto da quanto è stabilito dalle leggi positive (16).

Non soltanto Voltaire restava coerente nel lungo arco della sua vita nell'affermazione di un'unica legge naturale comune a tutti gli uomini (17), ma, anche riguardo al problema della sua fonte, rimaneva fedele alla tesi che essa derivi dalla divinità. Nel *Traité* de *Métaphy-*

---

(9) VOLTAIRE, Le *philosophe ignorant* (1766) M.XXVI.47; in *Mélanges,* cit., (da cui sono tratte le citazioni nel testo) pp. 894-899.

(10) VOLTAIRE, *Le* philosophe *ignorant,* cit., pp. 900-901.

(11) VOLTAIRE, *Commentaire sur* le Zivre des délits *et* des peines (1766); in Mélanges, cit. (da cui son tratte le citazioni nel testo), pp. 808-809.

(12) VOLTAIRE, Dictionnaire *philosophique,* cit., art. Morale (1767), p. 325.

(13) VOLTAIRE, *L'ABC* (1768), *IV* entretien, M.XXVII.311; in *Dialog. philos.* cit. (da cui sono tratte le citazioni nel ,testo), pp. 280 ss.

(14) VOLTAIRE, Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Loi naturelle (1771) M.XIX. 604; art. *Droit* (1771) M.XVIII.424; art. Justice (1771) M.XIX.448; art. Athée (1771) M.XVII.453.

(15) VOLTAIRE, Entretiens chinois (1770) M.XXVII.19; in *Dialogues* phiiosophiques, cit. (da cui son tratte le citazioni nel testo), p, 251.

(16) VOLTAIRE, Dernières *remarques* sur Zes Pensées de *Pascal* (1777), M.. XXXI.1; in kettres philosophiques, cit., LXXX rem., p. 297.

(17) Cfr. anche Voltaire's Notebooks, Genève, 1952, ed. Th. Besterman, vol.. 1°, pp. 101-102; p. 217; vol. 2°, p. 38; p. 347.

sique quei certi sentimenti che sono i legami eterni, le prime leggi della società, sono dati agli uomini da Dio [18]; nel Discours en vers sur *l'homme* l'insegnamento della legge universale è posto sulle labbra di Cristo, e nel *Poème* sur la loi *naturelle* la morale uniforme in tutti i tempi e i luoghi « parla a nome di Dio a dei secoli infiniti » [19]. Anche nell'*Essai* sur les moeurs Voltaire scriveva che Dio ha dato a tutti gli uomini un criterio di ragione universale in base al quale giudicare ciò che è conforme ai principi di commiserazione e di giustizia [20], mentre nel Dictionnaire philosophique alla domanda di chi ci abbia dato il senso del giusto e dell'ingiusto, Voltaire rispondeva che ce lo ha dato Dio, così come ci ha dato un cervello e un cuore, e affermava che la morale viene da Dio come la luce [21].

I citati riferimenti all'opera dell'Arouet non esauriscono certamente gli innumerevoli passi in cui nella medesima viene toccato il tema della legge naturale, ma sono forse sufficienti a rappresentare la permanenza delle tesi del filosofo sull'argomento. Sembra tuttavia necessario un approfondimento ulteriore per riscontrare se, ad una più attenta lettura, l'univoca chiarezza delle affermazioni volterriane non sia piuttosto apparente *e* non nasconda problematiche più profonde se non irrisolte antinomie. Infatti, se, come Voltaire stesso scrive, esistesse una qualche legge caduta dal cielo per insegnare chiaramente la volontà di Dio, allora la virtù non sarebbe altro che conformità alla medesima. Ma poichè l'Essere supremo non si è degnato di mescolarsi fino a questo punto nella condotta degli uomini, e non ha dettato con la propria bocca le leggi con le quali essi debbono governarsi, questi si debbono accontentare dei doni da Lui ricevuti, quali la ragione, l'amor proprio, la benevolenza verso la propria specie, i bisogni, le passioni [22]. Si profilano quindi, insieme al problema di Dio e del rapporto fra Dio e uomo nel pensiero di Voltaire, anche le questioni riguardanti la conoscibilità, i contenuti, la funzione della legge universale.

---

(18) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique (1734), ch. IX, in Mélanges, cit., p. 197.

(19) VOLTAIRE, *Discours* en vers sur *l'homme*, VII (1737) M.IX.401; in Mélanges, cit., p. 237; Poème sur la loi naturelle (1752), in Mélan., cit., p. 276.

(20) VOLTAIRE, Essai sur les moeurs (1756) M.XI-XII; ed. a cura di R. Pomeau, Garnier frèr., Parigi, 1963, voll. 2 (da, cui sono tratte le citazioni nel testo), vol. I, p. 127.

(21) VOLTAIRE, Dictionnaire Philosophique, art. Du juste et de *l'injuste* (1765) e art. Morale (1767), ed. cit., p, 269 e p. 326. Il medesimo concetto è espresso nello stesso anno nelle Questions de *Zapata* M.XXVI.173, in Mélanges, cit., p. 269: « Cette morale est si pure, si sainte, si universelle, si claire, si ancienne qu'elle semble venir de Dieu même, comme la lumière qui passe parmi nous gour son premier ouvrage ». Cfr. anche Voltaire's Notebooks, cit., I, p. 217: « La morale est la même, elle vient de Dieu et est une comme lui ».

(22) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique (1734), in Mélanges, cit., pp. 199-200.

§ 2. Un primo punto che si può prendere in considerazione è che criterio distintivo del giusto e dell'ingiusto non costituisce una idea innata. Del resto, dalle *Lettres philosophiques* agli scritti della maturità, Voltaire non perde occasione per affermare la propria adesione alla critica mossa dal Locke alle idee innate. Più volte egli ripete che tutte le idee vengono dai sensi, che se c'è qualcosa di dimostrato al di fuori delle matematiche è che non ci sono idee innate nell'uomo, che bisogna aver rinunciato al senso comune per non convenire sul fatto che non conosciamo nulla se non per mezzo della esperienza (23). Tuttavia, proprio a proposito della legge morale, Voltaire muove una critica al Locke, osservando che se è pur vero che non esiste alcun principio morale innato nell'uomo, questi ha tuttavia gli organi conformati in modo tale da permettergli di distinguere, crescendo, il giusto dall'ingiusto. L'obiezione al filosofo inglese, non ancora formulata nel Traité de *Métaphysique,* è già espressa nella lettera a Federico di Prussia a cui Voltaire scrive che l'uomo, come non nasce con la capacità di camminare ma con due piedi con cui potrà farlo un giorno, così non viene al mondo con l'idea di essere giusto, ma con la capacità di convenire su questa verità nell'età matura (24). D'altra parte egli si oppone al Locke anche convenendo, insieme a Newton, che, se pure le idee vengono dai sensi, essendo questi eguali in tutti gli uomini, ne derivano gli stessi bisogni, gli stessi sentimenti, le stesse nozioni grossolane che dappertutto costituiscono il fondamento di ogni società (25). Voltaire paragona dunque la legge fondamentale della morale che è comune a tutti gli uomini, alla legge di gravitazione universale che agisce in modo uniforme su tutta la materia (26). Sulle facoltà che sviluppandosi permettono all'uomo di conoscere la legge morale, Voltaire si esprime tuttavia in termini a volte discordanti. Negli scritti del periodo di Cirey, tali facoltà sembrano essere prevalentemente istintuali, e non differire dai caratteri che determinano il modo di essere di alcune specie di animali. Nel Traité de métaphysique, nella lettera a Federico di Prussia, nella *Métaphysique* de Newton, egli paragona la legge morale che unisce gli uomini in società all'inclinazione che Dio ha dato alle api e alle formiche di lavorare e di nutrirsi insieme, e anche in opere successive quello della giustizia viene indicato come un istinto naturale accostabile

(23) VOLTAIRE, Lettres *philosophiques,* XIII, ed. cit., p. 64; Traité de *Métaphysique* (1734), in Mélan., cit., p. 173; Diction. *philos.*, art. Idée (1765), art. *Sensation* (1764), ed. cit., pp. 234-237 e pp. 390-392.

(24) Lettera del 15 ottobre 1737, cit.

(25) VOLTAIRE, *Métaphysique* de Newton (1740) M.XXII.419 ss.

(26) VOLTAIRE, Le *philosophe* ignorant (1766), in Mélanges, cit., p. 899.

all'impulso che conduce alla perpetuazione della specie (27). Nel *Poème sur la loi naturelle* il confronto fra l'uomo e le speci animali si amplia e, in un abbraccio cosmico, la legge morale diviene un aspetto di quella stessa legge universale che accende i soli, solleva i mari, che unisce uomini, animali e cose di fronte all'unico mistero della divinità (28). Ma nello stesso scritto il sentimento di giustizia è anche il primo frutto della ragione che cresce, ed è per mezzo della ragione che Voltaire invita a ricercare la legge di Dio: essa è la legge di Socrate e di Traiano, i Zoroastro e di Solone, che si impone alla coscienza, che è vendicata dai rimorsi, che lo stesso crimine rispetta nell'elevarsi contro di essa (29). Sembra quindi che negli scritti dopo gli anni '50 il criterio del giusto e dell'ingiusto si configuri sempre maggiormente come l'oggetto delle facoltà razionali dell'uomo. Voltaire ripete che la legge naturale è il frutto della ragione, tanto se essa è acquisita insieme all'arte di sollevare i pesi con dei bastoni, o di attraversare i corsi d'acqua su dei pezzi di legno, quanto se essa è appresa insieme alla nozione matematica che due più due fanno quattro (30).

Egli scrive che noi acquistiamo l'idea di giustizia 'par sentiment et par raison', così come acquistiamo le idee di prudenza, di verità e di convenienza (31); è dunque la ragione tranquilla che ha la capacità di distinguere le sfumature del bene e del male morale, così sovente confuse dalle passioni (32). A volte il filosofo di Ferney sembra insistere nel. modellare la conoscenza dell'onesto e del disonesto sui principi di evidenza e di certezza propri della matematica e della geo-

---

(27) VOLTAIRE, Traité de *Métaphysique* (1734), in Mélanges, cit., p. 197; Lettera del 15 ott. 1737, cit.; *Métaphysique* de *Newton* (1740) M.XXII.419; Essai *sur* les moeurs (1756), ed. cit., vol. I, p. 27; Le philosophe ignorant (1766), in *Mé*langes, cit., p. 893.

(28) VOLTAIRE, Poème *sur* la loi naturelle (1752), in *Mélang.* cit.; pp. 280-81.

(29) VOLTAIRE, Poème *sur* la loi *naturelle,* cit., p. 276.

(30) VOLTAIRE, Diction. *philosoph.,* cit., art. *Du juste* et de *l'injuste* (1765), p. 269; Le philosophe ignorant (1766), in Mélanges, cit., p. 892.

(31) VOLTAIRE, *Le philosophe* ignorant (1766), cit., pp. 894-895.

(32) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique,* art. *Du juste* et de *l'injuste* (1765), ed. cit., p. 270: « Il ne s'agit donc plus que de nous servir de notre raison pour discerner les nuances de l'honnête et du déshonnête. Le bien et le mal sont souvent voisins: nos passions les confondent: qui nous éclairera? Nous-mêmes, quand nous sommes tranquilles »; *Le* philosophe ignorant (1766), in Mélanges, cit., p. 899: « On commet prodigieusement d'injustices dans les fureurs de ses passions, comme on perd sa raison dans l'ivresse; mais quand l'ivresse est passée, la raison revient et c'est à mon avis, l'unique cause qui fait subsister la société humaine, cause subordonnée au besoin que nous avons les uns des autres »; *Questions* sur *l'Encyclopédie,* art. Conscience (1771) M.XVIII.235-36.

metria (33), a volte sembra presentare il criterio del giusto come simile a una categoria mentale, principio formale che prescinde dal contenuto (34), e a volte infine sembra farlo coincidere con la ottemperanza alle leggi positive (35). Talora ricorre invece ai dati dell'esperienza, sia identificando il giusto con l'utile (36), sia riferendosi al consenso dei più, e ripercorre storicamente le dottrine dei pensatori antichi allo scopo di indicare come essi, pur nella varietà delle loro tesi, hanno praticato una medesima morale. Egli cita quindi ripetutamente i savi dell'oriente, quali Confucio, Zoroastro, i bracmani, i filosofi greci, Catone, Cicerone, Epitteto, Marco Aurelio, gli Antonini, quali testimoni di una giustizia e di una virtù universali (37). In alcuni passi Voltaire accenna anche alle relazioni dei viaggiatori sui popoli primitivi, e se ne serve per controbattere le tesi lockiane sull'inesistenza di principi morali comuni a tutti gli uomini (38). Tuttavia, nella voce *Conscience* delle *Questions sur l'Encyclopédie* egli sembra concordare con il filosofo inglese, e, agli esempi di questi sui selvaggi che praticano l'antropofagia e sui soldati cristiani che depredano e uccidono senza rimorsi, aggiunge quelli dei massacri della notte di S. Bartolomeo, degli auto-da-fè, i cui autori sono stati privi di rimorsi di coscienza. Voltaire osserva quindi che noi non abbiamo altra consapevolezza del valore delle nostre azioni se non quella che ci è ispirata dagli esempi, dal temperamento, e dalle riflessioni compiute; l'uomo

(33) VOLTAIRE, Dictionnaire *philosophique,* art. Du juste et de *l'injuste* (1765): « ... quand votre raison vous apprend-elle qu'il y a vice et vertu? Quand elle nous apprend que deux et deux font quatre »; art. Morale (1767): « ... Il n'y a qu'une morale comme il n'y a qu'une géométrie D, ed. cit., p. 269 e p. 325.

(34) VOLTAIRE, Traité de Méfaphysique (1734), in Mélanges, cit., p. 197.

(35) VOLTAIRE, Traité de *Métaphysique* (1734), in Mélanges, cit., p. 196: « Mais tous ces peuples qui se conduisent si différemment se réunissent tous eri ce point, qu'ils appellent vertueux ce qui est conforme aux loix qu'ils ont établies, et criminel ce qui leur est contraire. Ainsi un homme qui s'opposera en Hollande au pouvoir arbitraire sera un homme vertueux, et celui qui voudra établir en France un gouvernement républicaine sera condamné au dernier supplice ».

(36) VOLTAIRE, Traité de Méfaphysique (1734), in Mélanges, cit. p. 197: « La vertu et le vice, le bien et le mal moral, est donc en tout le pays ce qui est utile à la société; et dans tous les lieux et dans tous les temps celui qui sacrifie le plus au bien public est celui qu'on appellera le plus vertueux. Il parait donc que les bonnes actions ne sont autre chose que les actions dont nous retirons de l'avantage, et les crimes les actions qui nous sont contraires... »; *Métaphysique* de Newton (1740) M.XXII.421: « Dans toute société on appelle du norn de vertu ce que on croit utile à la société. Qu'on me trouve un pays, une compagnie de dix personnes sur la terre, où l'on n'estime pas ce qui sera utile au bien commun; et alors je conviendrai qu'il n'y a point de règle naturelle ». Cfr. anche *L'ABC* (1768), *II* entret., ed. cit., p. 271.

(37) QOLTAIRE, Le pkilosopke ignorant (1766), in *Mélang.*, cit. pp. 901 ss.

(38) VOLTAIRE, Le philosopke ignorant, cit., p. 898.

è infatti nato senza alcun principio, ma con la capacità di riceverli tutti, e se la natura gli ha dato la disposizione alla pietà e lo ha reso capace di comprendere la verità, è tuttavia l'educazione che forma le coscienze (39).

§ 3. L'argomento del bene e del male morale induce Voltaire a ripetere che il criterio distintivo non riguarda l'uomo isolato, ma l'uomo nei suoi rapporti con i propri simili. Egli si esprime chiaramente in proposito nel Dictionnaire *philosophique* quando sostiene che la virtù non è altro che uno scambio di benefici e che l'uomo temperante, sobrio e pio potrà considerarsi santo, ma sarà definito virtuoso soltanto quando avrà compiuto qualche atto di virtù di cui altri abbiano beneficiato (40). Il problema morale si riporta dunque all'individuo nei suoi rapporti intersubbiettivi. e si collega alla considerazione del suo essere sociale. Voltaire abbozza in proposito alcune riflessioni nel Traité de Métaphysique, suggerendo che, pur non essendo stato sollecitato dall'istinto a formare una società ordinata come quella delle api e delle formiche, l'uomo è tuttavia spinto a vivere con i propri simili dall'istinto sessuale, dalle cure per la prole, dalla esigenza di soddisfare i propri bisogni, e infine dalla benevolenza verso la propria specie che è l'istinto che lo distingue dagli altri animali (41). Anche se non mancano nei suoi scritti accenni alla distinzione fra i selvaggi che vagano nelle foreste e gli uomini riuniti in società (42), è chiaro che per Voltaire la vita solitaria non è conforme alla natura umana. Egli tocca ripetutamente questo argomento, che del resto tratta come ovvio, non occupandosi tanto di darne dimostrazione quanto di ironizzare sulle tesi contrarie. Nell'*Essai sur les moeurs* egli coglie l'occasione per affermare che l'uomo è sempre stato quello che è oggi, e, per dimostrarne la naturale socievolezza, ripetendo quanto già scritto nel Traité de *Métaphysique*; osserva però anche che, essendo l'uomo al primo posto fra gli animali che vivono in gruppo, come api, formiche, castori, l'ipotizzarlo come un essere per natura solitario sarebbe altrettanto assurdo che, vedendo un'ape errante, concludere che si tratta di un'ape allo stato di natura (43). Qualche anno dopo, al dotto 'bachelier' parigino che lo interroga in proposito, il selvaggio, ignorante ma dotato di buon senso, risponde di non aver mai visto

(39) VOLTAIRE, *Questions sur l'Encyclopédie, art. Conscience (1771)* M.XVIII., pp. *213-214.*

(40) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique, art. Vertu* (1764), *ed. cit.*, **pp.** *412-413.*

(41) VOLTAIRE, *Traité de Métaphysique* (1734), *in Mélanges,* cit., **p.** *193.*

(42) *Cfr. per es.: Questions de Zapata* (1767), in *Mélanges, cit.*, **p. 965;** *Questions sur l'Encyclopédie, art. Homme (1771)* M.XIX.383.

(43) VOLTAIRE, *Essai sur Zes moeurs* (1756), *cit.*, vol. *I*, **pp.** *23-25.*

nella Guiana dei suoi compagni solitari, perché l'uomo, come molti animali, è nato per la società (44). Ancora più tardi, nelle Questions *sur l'Encyclopédie,* oltre a ripetere che l'uomo è portato dall'istinto al consorzio con i suoi si ili, ironizza nuovamente su quei 'mauvais penseurs' che hanno spinto il paradosso fino a sostenere che questi, nato per essere isolato, è stato corrotto dalla società. Tanto varrebbe, conclude l'Arouet, sostenere che le aringhe, fatte originariamente per nuotare da sole, si sono corrotte per attraversare in branchi i mari glaciali, o che le gru, che volavano ciascuna per conto proprio, hanno violato il diritto naturale decidendo di volare in compagnia (45). In realtà, privo del consorzio dei cuoi simili, l'uomo poco si distinguirebbe dagli esseri bruti, e Voltaire non risparmia le tinte forti per descriverne le miserevoli condizioni (46). Ne l'*ABC* egli nega che l'uomo isolato, inutile a sè-e agli altri, paragonabile all'ape che non produce miele o alla rondine che non costruisce il nido, viva allo stato di natura (47). Nelle Questions *sur l'Encyclopédie* Voltaire sostiene ancora, capovolgendo il discorso rousseauiano che non i selvaggi, ma gli uomini civilizzati sono allo stato di natura, e che non la soc età, ma l'assoluto isolamento degrada l'uomo (48). Del resto, l'essere solitario, che altro precisamente non sarebbe che « un enfant robuste », rimane per Voltaire un'astrazione, al di fuori dalla storia, perché se pure si sono visti molti uomini di poco al di sopra di tali condizioni, tutte le razze umane sono sempre vissute in società (49). Infatti, l'istinto, fortificato dalla ragione, porta l'uomo, così come al mangiare *e* al bere, all'unione con i suoi simili (50). Risolta in questo modo la contrapposizione fra stato naturale *e* stato sociale, il discorso volterriano diviene maggiormente significativo, man mano che si sposta alla descrizione dei diversi gradi di civiltà conseguiti dai popoli. Se infatti

(44) VOLTAIRE, Entretiens d'un sauvage et un bachelier (1761) M.XXIV.265; in Dialogues *philosophiques,* cit., pp. 95-96.

(45) VOLTAIRE, Questions sur Z'Encyclopédie, art. Homme (1771) M.XIX.378 ss.

(46) VOLTAIRE, Questions sur Z'Encyclopédie, art. Homme, cit., p. 883: « Que serait l'homme dans l'état qu'on nomme de pure nature? Un animal fort au dessous des premiers Iroquois qu'on trouve dans le nord de l'Amérique... L'homme abandonné à la pure nature n'aurait pour autre language que quels sons mal articulés; l'espèce serait réduite à un très petit nombre par la difficulté de la nourriture et par le défaut de secours... ses idées seraient refermées dans le soin de se nourrir... ».

(47) VOLTAIRE, L'ABC (1768) VII entret., in *Dialog.* philosoph., cit., p. 296.

(48) VOLTATRE, Questions sur Z'EncycZopédie, art. Homme, cit., p. 379: « Loin que le besoin de la société ait dégradé l'homme, c'est l'éloignement de la saciété qui le dégrade »; cf. anche Notes de *Voltaire* a Rousseau, M.XXXII.468.

(49) VOLTAIRE, Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Homrne, cit., p. 378 e art. Politique (1771) M.XX.237; cfr. Essai sur *les* moeurs, ed. cit., I, p. 25.

(50) VOLTAIRE, Questions sur Z'Encyclopédie, art. Homme, cit., pp. 378-379.

Cafri, Lapponi, Ottentotti, sono incomparabilmente progrediti rispetto all'uomo di natura, essi rimangono selvaggi di fronte alle nazioni civilizzate e, comunque, la moltitudine delle bestie brute, chiamate uomini, è in proporzione di cento a uno rispetto a coloro che pensano ([51]). I popoli primitivi si trovano in una condizione infantile, paragonabile a quella dell'individuo la cui ragione non si è ancora sviluppata, simili a uccelli che tardano a mettere le ali *o* a larve non ancora tramutate in farfalle ([52]). In quest'affermazione che le nazioni ancora arretrate sono destinate a civilizzarsi, si esprime, come osserva Naves, la fede del filosofo nel progresso generale, se non dell'intera umanità, almeno della maggioranza dei popoli ([53]). Ma, se nazioni e individui, raggiungono in diversi gradi e in diversi momenti il perfezionamento della specie, consegue anche che, malgrado le ripetute asserzioni dell'immutabilità dell'istinto e della natura umana contenuta nelle pagine volterriane, l'uomo non rimane sempre lo stesso,. a meno che questa permanenza non si possa intendere in un senso ampio, che forse l'Autore sembra anche suggerire, di un alternarsi ciclico nella storia dei popoli di stati di civilizzazione e di barbarie **(").** Comunque sia, quello che qui conta sottolineare è che, abbandonando i consueti paragoni che accomunano vivere sociale e vivere in gruppo degli animali, Voltaire passa a considerazioni che riguardano specificamente l'uomo. Questi soltanto è infatti dotato, oltre che dell'impulso all'autoconservazione, della benevolenza verso la propria specie, che lo differenzia rispetto agli altri esseri viventi, e della ragione ([55]). Tale istinto **e** giudizio, frutti maggiori della natura stessa,. gli insegnano a ricercare, insieme al proprio, l'altrui benessere, e vengono a costituire i motori che lo sospingono non soltanto ad associarsi con i suoi simili, ma anche a perfezionare il vivere sociale. Non dunque i selvaggi, ma coloro che forniscono aiuto alla civile convivenza seguono le leggi di natura. Uomini primitivi e cardinali sono d'accordo, sostando affamati sotto un albero, di aiutarsi reciprocamente se non vi è altro mezzo per cogliere i frutti; ma sono coloro che inventano le arti, che propongono le leggi, che proteggono la proprietà e la libertà, quelli che maggiormente seguono l'ordine naturale ([56]). Per meglio dire, se dall'istinto siamo destinati alla società,. è la ragione che, subordinata al bisogno che abbiamo gli uni degli altri, viene ad essere l'unica causa che la fa sussistere. Essa infatti,

---

([51]) VOLTAIRE, *Questions sur l'Encyclopédie,* art. *Homme,* cit., p. 383.
([52]) VOLTAIRE, *L'ABC, VII* entret., ed. cit., pp. 290-297.
([53]) **R.** NAVES, in *Dialogues philosoph.,* cit. p. 515, n. **228.**
([54]) VOLTAIRE, L'ABC, *VII* entr., ed. cit., p. 297.
([55]) VOLTAIRE, *Questions sur l'Encyclopédie,* **art.** *Homme,* cit., p. 397.
([56]) VOLTAIRE, L'ABC, *VII* entret., ed. cit., pp. 296-297.

frutto dell'altrettanto prezioso dono della memoria, è alla base di ogni civile convivenza, di ogni istituzione, di ogni ordine (57). Come il criterio del bene e del male morale non è mero istinto, ma si sviluppa con la ragione e con l'esperienza, così il vivere sociale umano si differenzia dai raggrupamenti degli animali, ed è il frutto della benevolenza e della razionalità che sono doti peculiari dell'uomo. I principi del giusto e dell'ingiusto, universali ed eterni in quanto frutto dell'istinto che, amor proprio e 'bienfaisance', rimane ovunque il medesimo, si collegano dunque nell'opera volterriana in un legame di reciproca interdipendenza con il perfezionamento della società promosso dal progresso della ragione (58). Questo rapporto che esprime la tensione fra staticità della natura e divenire della specie umana nella storia, può apparire contraddittorio, ma deve essere sottolineato in quanto esprime anche, malgrado i tanti passi in cui Voltaire paragona « questo animale a due gambe, con facoltà di ragionare, di parlare, di ridere » agli altri esseri viventi, la posizione peculiare che il filosofo assegna « su questo ammasso di fango » all'uomo, alla sua legge naturale, al progresso del suo vivere sociale.

Nel *Traité* de *Métaphysique,* come negli scritti del periodo di Ferney, l'Arouet afferma non soltanto che l'idea di una qualche giustizia è il legame di ogni società, ma anche che non c'è niente di veramente buono se non ciò che procura il suo bene (59). Se i criteri del giusto e dell'ingiusto sono riferiti alla civile convivenza, si può trarre peraltro la conclusione che i principi del bene e del male morale si identificano con quelli del bene e del male sociale, Nel Traité de *Métaphysique* Voltaire deduce infatti la conseguenza relativistica che noi siamo costretti secondo il bisogno a cambiare tutte le idee che ci siamo fatti del giusto e dell'ingiusto. In questo senso l'incesto sarà guardato come una buona azione se necessario per non lasciare estinguere la specie, il fratricidio sarà meritorio se unica mezzo per salvare la patria, la menzogna per salvare un amico (60). Nella lettera a Federico di Prussia Voltaire ripete i medesimi esempi, afferma come rego-

---

(57) VOLTAIRE, *Dialogues d'Evhémère* (1777) M.XXX.465, in *Dialog.* phil., cit., p. 421.

(58) VOLTAIRE, *Questions* de Zapata (1767), in *Mélanges,* cit., p. 965.

(59) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique (1734), in Mélanges, cit., pp. 198 ss.

(60) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique, cit., p. 198: « Il est si vrai que le bien de la société est la seule mesure du bien et du mal moral que nous sommes forcés de changer selon le besoin, toutes les idées que nous nous sommes formées du juste et de l'injuste. Nous avons de l'horreur pour un père qui couche avec sa fille, et nous flétrissons aussi du nom d'incestueux le frère qui abuse de sa soeur; mais dans une colonie naissante où il ne restera qu'un père avec un fils et deux filles, nous regarderons comme une très bonne action le soin que prendra cette famille de ne pas laisser périr l'espèce... ».

la immutabile della virtù che ciò che è utile alla società è buono per tutto il Paese, e ancora più chiaramente spiega che giusto è ciò che due o più uomini stabiliscono per il bene comune (61). Egli riprende quest'ultimo discorso nella *Métaphysique de Newton;* tuttavia, in questo scritto, come in quelli successivi, pur ribadendo che il bene coincide con quanto è socialmente utile, non ne trae più conseguenze relativistiche (62). Come già si è detto, nel *Le Philosophe ignorant* egli oppone quindi a Hobbes un criterio del giusto non basato sulla convenzione e, nelle *Questions sur Z'Encyclopédie* arriva a scrivere che la virtù richiede che non si faccia mai del male nella speranza di un bene futuro (63).

È necessario infine osservare c e la legge naturale volterriana, che già nel *Traité de Métaphysique* riguardava l'uomo nei suoi rapporti con gli altri uomini, l'uomo nel suo vivere sociale, negli scritti della maturità viene ripetutamente proposta come modello e come criterio di valutazione della bontà delle leggi positive. Nel *Traité sur la tolérance* l'Arouet scrive che il diritto umano non può in alcun caso che essere fondato su quello di natura, e ne L'ABC nota che la vita è tanto più sopportabile quanto più le leggi sono fondate sull'idea di giustizia (64). Nell' *Essai sur les moeurs* Voltaire afferma che anche i popoli meno civilizzati giudicano delle leggi che li governano perché sentono se esse sono conformi od opposte ai principi di giustizia che Dio ha impresso nei loro cuori (65). Da ultimo, nell'art. *Loi naturelle* delle *Questions sur Z'Encyclopédie,* egli ripete ancora che tutte le leggi sono fondate sull'idea di giustizia e che noi non saremmo in grado di distinguere le buone dalle cattive, se non possede do la nozione di legge naturale (66).

§ 4. I1 contenuto del giusto e dell'ingiusto nel pensiero volterriano si esprime nella sua forma più generale nei termini della regola aurea, talora enunciata nella versione negativa, del 'non fare agli altri', e talora in quella positiva del 'fare' quello che si vorrebbe fosse fatto a noi (67). Riferita a Cristo, ma ancora più spesso, nella sua formula-

(61) VOLTAIRE, Lettera del 15 ottobre, cit.

(62) VOLTAIRE, Métaphysique de Newton (1740), cit., p. 225.

(63) VOLTAIRE, Le philosophe ignorant (1766), Mélanges, cit., pp. 908-919;. Questions sur Z'Encyclopédie, art. *Droit* public (1771) M.XVIII.427.

(64) VOLTAIRE, *Traité* sur la tolérance (1763), in Mélang., cit., p. 583; *L'ABC* (1768), *XVI* entret., in *Dialog.* philosoph., cit., p. 293.

(65) VOLTAIRE, Essai sur *les* moeurs (1756), ed. cit., I, p. 27.

(66) VOLTAIRE, Questions sur Z'Encyclopédie, art. Loi naturelle, cit., p. 140.

(67) Cfr. per es.: VOLTAIRE, Lettres philosophiques, 25 let., *rem. XLII,* ed. cit., p. 169: la sola massima ricevuta da tutte le nazioni è « ne faites pas à autrui ce que ne vaus voudriez pas qu'on vous fît »; Métaphysique de *Newton*

zione positiva a Confucio, essa è ripetuta innumerevoli volte dal filosofo francese, che peraltro l'alterna talvolta con la citazione della massima di Zoroastro che impone di astenersi da un'azione quando si è in dubbio sulla sua giustizia (68). Dell'una e dell'altra Voltaire si avvale comunque, sia per opporsi a coloro, come Locke, che negano l'universalità della legge naturale, sia per indicare come dalla stessa derivino, pur nella loro varietà, tutte le altre norme della legge naturale. La regola aurea è tale da poter essere compresa autonomamente da ogni uomo man mano che sviluppa la propria ragione, e il suo contenuto, indicato a volte con l'obbligo di dimenticare le ingiurie, di ricordarsi soltanto dei benefici, di farsi un dovere dell'amicizia *e* dell'umanità, è per lo più presentato come autoevidente. *Se* però ci si propone di scendere più in dettaglio per conoscerne le implicazioni, si incontrano parecchie difficoltà, perché Voltaire non svolge mai lo stesso argomento in forma sistematica, ma presenta i contenuti del giusto e dell'ingiusto soltanto in elenchi esempliticativi, non sempre fra loro coincidenti, anche se spesso, almeno in apparenza, ripetitivi. Nel Traité de Métaphysique essi sembrano coincidere con la benevolenza verso la propria specie, con il non mancare alla parola data, con il non co mettere furto là dove è prevista la proprietà privata (69). Nella lettera a Federico di Prussia e nella Métaphysique *de* Newton Voltaire cita l'amicizia, la gratitudine e compie acrobazie dialettiche per dimostrare che nemmeno l'antropofagia praticata dai popoli primitivi contraddice l'universalità della legge di natura (70). Nel Discours en vers sur *l'homme* i contenuti di questa non sembrano consistere soltanto nel comando di amare Dio e gli uomini, di essere utili a se stessi *e* ai propri familiari, di soccorrere gli amici e più in generale di fare del bene; al magistrato inflessibile che non viene in aiuto all'uomo comune che tace al suo cospetto, Voltaire oppone anche il

(1740) M.XX.419-420: « La religion naturelle n'est autre chose que cette loi qu'on connait dans tout l'univers: 'fais ce que tu voudrais qu'on te fît' »; Dictionnaire phiiosoph., art. *Philosophe* (1765), ed. cit., p. 343: « fais à autrui cornrne à toi même D; *L'ABC,* X entr. (1768): « fais ce que tu veux qu'on te fasse... »; Traité sur *la* toiérance (1763), in Méiang., cit., p. 583: « Le droit humain ne peut être fondé en aucun cas que sur ce droit de nature; et le grand principe, le principe universel de l'un et de l'autre est, dans toute la terre: 'Ne fait pas ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît' »; Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Athée, M.XVII.460: « La loi naturelle... ne fais à autrui ce que tu ne voudrais qu'on te fit... »; art. Conscience, M.XVIII.235; art. Locke (1771) M.XIX.601.

(68) Cfr. per es.: VOLTAIRE, Dictionn. phiiosoph., art. Du *juste* et de *l'injuste* (agg. del 1769), ed. cit., pp. 270-271; L'ABC (1768), X entret., in *Dialog. phil.,* cit., p. 306; Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Conscience, cit,, p. 236.

(69) VOLTAIRE, *Traité* de Métaphysique (1734), in Méianges, cit., pp. 197-98.

(70) VOLTAIRE, lettera del 17 ottobre 1737, cit., Métaphysique de Newton (1740) M.XXII.420 ss.

principio che non basta essere « equi », ma occorre « rendre service », perché il giusto è « bienfaisant » (71). Negli scritti successivi il discorso si amplia e la legge morale si arricchisce di nuovi contenuti. Già nel *Poème sur* la loi naturelle, oltre all'invito alla clemenza e all'aiuto reciproco, essa prevede il principio generale della tolleranza religiosa, l'affermazione che in uno stato tutti sono eguali di fronte alla legge, e precetti di intonazione giuridica, quali il divieto di parricidio e di calunnia (72). Nelle Idées républicaines Voltaire afferma il diritto dei cittadini di godere della propria ricchezza e di pubblicare i propri pensieri (73), e nel Traité *sur* la tolérance, oltre al principio che l'intolleranza è contraria alla legge di natura, egli indica il rispetto verso i genitori, il dovere di mantenere le promesse, il diritto dell'uomo ai frutti della terra che ha coltivato (74). Nel Dictionnaire philosophique i comandi della legge di natura concernono non soltanto la benevolenza e la carità, la tolle anza e il divieto di perseguitare i sudditi a causa della fede religiosa, ma anche il diritto ai frutti del proprio lavoro, il dovere di onorare il padre e la madre, il rispetto per la vita altrui, il diritto di credere e di mangiare quello che si vuole (75). Nel *Commentaire* a Beccaria la legge di natura comanda la gratitudine verso i genitori che si adoperano per il bene dei figli e il soccorso dell'innocente, mentre proibisce il furto, l'omicidio, la cospirazione verso la patria, lo spergiuro per nuocere ad altri (76). Tali contenuti, sostanzialmente riproposti nel Le philosophe ignorant (77), trovano una loro più ampia trattazione nel dialogo *L'ABC*. Nel *IV* entretien, espressamente dedicato alla legge naturale, essi sono indicati nel diritto di godere i frutti del proprio lavoro, nel dovere di mantenere le promesse, nel divieto di calunniare, di mentire, di assassinare, di

---

(71) VOLTAIRE, *Discours en vers sur l'homme*, 7 disc., Mélang., cit., p. 236 ss.

(72) VOLTAIRE, Poème sur la loi naturelle (1752), in Mélang., cit., p. 276 ss. Ugualmente nell'*Essai* sur les moeurs, Voltaire indica la tolleranza di tutte le religioni come la legge naturale « gravée » nel cuore di tutti gli uomini, ed. cit., I, p. 181.

(73) VOLTAIRE, Idées républicaines (1765), in Mélang., cit,, pp. 508-509.

(74) VOLTAIRE, Traité sur *la* tolérance (1763), in Mélang., cit., p. 583.

(75) VOLTAIRE, *Dictionnair. philosophique*, art. Catéchisme chinois (1764), Du *juste* et de *l'injuste* (1765), art. Lois (1764), art. Tolérance (1764), ed. cit., pp. 77, 269, 285, 401.

(76) VOLTAIRE, Cornmentaire (1766), in Mélang., cit., p. 808.

(77) VOLTAIRE, Le philosophe ignorant, in Mélang., cit., p. 893. Cfr. anche Essai sur les moeurs, LIII, ed. cit., I, p. 192: « il y a deux sortes de loix, les unes naturelles, communes à tuus, et utiles à tous: 'tu ne voleras, ne tuera ton prochain; tu auras un soin respectueux de ceux qui t'ont donné le jour et qui ont élevé ton enfance; tu ne raviras pas la femme de ton frère; tu ne mentiras pas pour lui nuire; tu l'aideras dans ses besoins pour mériter d'en être secouru à ton tours: voilà les lois que la nature a prumulguées'. Du fond des îles du Japon aux rivages de notre occident ».

essere ingrati verso i genitori « bienfaisants » (78). Ma il tema del giusto e dell'ingiusto è presente in ognuno dei diciassette *entretiens*, che, ripercorrendo l'analisi della natura umana attraverso questioni politiche, giuridiche, religiose, filosofiche, costituiscono, come scrive Naves (79), una delle migliori Somme del filosofo di Ferney. Voltaire, mentre ripete, insieme con l'improponibilità di un suo fondamento metafisico, l'utilità pragmatica del giusto (80), esprime in questi dialoghi la tesi di fondo secondo cui la legge naturale è basata sulla giustizia che si stabilisce a sua volta sui principi essenziali della libertà e della proprietà (81). Pertanto la ragione, ossia la natura, che aveva distinto il giusto dall'ingiusto prima ancora che ci fossero delle leggi, ponendo una differenza morale fra le nostre azioni, insegna che la pena sia proporzionata al crimine (82). L'essere liberi e eguali costituisce la vita naturale dell'uomo (83), e la schiavitù non è dunque per natura ma per convenzione (84), ed è naturale libertà quella di pubblicare i propri pensieri (85). Colui che ruba al 'buon uomo' che ha circondato il suo giardino con una siepe ha mancato ai primi doveri della legge naturale (86). Le indicazioni di Grozio relative alla tregua per seppellire i morti, al divieto di combattere in certi luoghi, al rispetto per le donne incinte, non sono proprie di un ipotetico 'jus belli', ma sono le prescrizioni stesse della natura che si fanno intendere malgrado i combattimenti (87). La libertà, legge naturale e unica legge fondamentale di tutte le lazioni (88), comporta una serie di conseguenze che Voltaire esemplifica nella necessità di affrancare i servi legati alla terra, nel divieto di imprigionare i cittadini senza fare loro subire un processo davanti ai giudici naturali, nel divieto di confiscare i beni dei privati senza dare loro adeguato indennizzo, nell'obbligo del clero di insegnare la morale senza corromperla e di edificare il popolo senza sfruttarlo (89). Essa consacra un ordinamento giuridico

---

(78) VOLTAIRE, *L'ABC* (1768), in *Dialog. phil.*, cit., p. 281.
(79) R. NAVES, nota n. 519, p. 256, in *Dialog. philosoph.*, cit.
(80) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *2°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 271.
(81) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *3°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 271.
(82) VOLTAIRE, *L'ABC*, cit., *1° entr.*, in *Dial. Phil.*, cit., pp. 254-255. Voltaire in una lunga nota rivela la contraddizione fra i versi di Orazio: « nec natura potest justo secernere iniquum » e « Jura inventa metu injusti fateare necesse est » (1, 111, 111, 117, 118) e propone come versione corretta del primo « Et natura potest... ».
(83) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *6°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 290.
(84) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *8°* e *9°* entret., in *Dialog. phil.*, cit., pp. 298-300.
(85) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *9°* entret., in Dialog, phil., cit., p. 302.
(86) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *4°* entret., in *Dialog. phil.*, cit., p. 282.
(87) VOLTAIRB, L'ABC, cit., *11°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 314.
(88) VOLTAIRB, L'ABC, cit., *13°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 234.
(89) VOLTAIRE, L'ABC, cit., *13°* enfret., in *Dialog. phil.*, cit., pp. 324-325.

fondato sul principio di legalità e di certezza, prescrivendo che « ognuno sappia ciò che ha, ciò che deve e ciò che può » (90), e che sia la legge a regnare non il capriccio (91). Infine, poiché a nulla vale la massima « salus rei publicae suprema lex esto », e poiché il numero dei colpevoli non trasforma il delitto in virtù, Voltaire esclude che la ragion di stato possa prevalere su quella morale (92). Sulla medesima tesi ritorna ancora nel *Prix* de *la* justice et *de l'humanité,* per ribadire che un crimine rimane sempre tale, sia che un principe l'abbia comandato nell' 'accecamento' della collera, sia che lo abbia rivestito di tutte le possibili formalità (93) e nel teatro per affermare che è un delitto ubbidire alle leggi ingiuste (94). Mentre negli Entre*tiens* chinois Voltaire ripete che occorre essere moderati, giusti, buoni padri di famiglia, buoni cittadini (95)[1] le Questions sur *l'Encyclopédie* presentano ancora un Certo interesse per quanto concerne i contenuti della legge naturale. Nei vari articoli, Voltaire propone infatti diritti naturali di argomento giuridico e politico, quali quello che impone al giudice di essere giusto prima che formalista nel valutare le prove (96), o quello che prevede la sottomissione del clero al potere civile (97). Diritti naturali sono quindi la libertà intera della persona, il non poter essere processato in materia criminale se non da un giurì formato da uomini indipendenti e il non poter essere in alcun caso giudicato che seguendo i termini precisi della legge (98), mentre infine, la legge naturale fonda ancora la libertà di prat care in pace la propria fede religiosa, e di poter scegliere la propria patria (99).

i

(90) VOLTAIRE, *L'ABC,* cit., *3°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 271.
(91) VOLTAIRE, *L'ABC,* cit., *13°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 325.
(92) VOLTAIRE, *L'ABC,* cit., *12°* entret., in *Dialog.* phil., cit., p. 322.
(93) VOLTAIRE, *Prix* de *la justice* et de *l'humanité* (1777) M.XXX.572: « Le rapt de les Sabines par Romulus aurait-il moins un brigantage barbare s'il eût été commis par une délibération du sénat? La saint-Barthélemy perderait-elle aujourd'hui quelque chose de son horreur si, par impossible, le parlement de Paris avait rendu un arrêt par le quel il eût enjoint à tout fidèle catholique de ... aller plonger le poignard dans les coeurs de ses voisins, de ses amis, de ses parents, de ses frères...? ».
(94) L'orphelin de la Chine (1755) M.V.291. In *Théâtre* de Voltaire, Parigi, 1956, Garnier frèr., p. 629 (atto III, scena III).
(95) VOLTAIRE, Entretiens chinois (1770), in *Dial.* phil., cit., p. 248.
(96) VOLTAIRE, Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Conscience, cit., p. 237.
(97) VOLTAIRE, Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Droit canonique, cit.
(98) VOLTAIRE, Questions *sur l'Encyclopédie,* art. *Gouvernement,* M.XIX.296.
(99) VOLTAIRE, Questions sur *l'Encyclopédie,* art. Liberté de conscience, M. XIX.578; art. *Bannissement,* M.XVII.533.

2. interpretazioni critiche

§ 1. Il carattere complesso delle tesi di Voltaire sulla legge naturale è dimostrato dai molteplici e non sempre concordi giudizi che hanno suscitato da parte degli studiosi. Costoro sono d'accordo nell'affermare che il concetto di legge naturale corrisponde nell'opera dell'Arouet a quello di legge morale, in quanto entrambe si identificano con la norma fondamentale che indica i comportamenti che gli uomini debbono seguire. I critici concordano inoltre nell'osservare che, poiché la legge naturale e legge morale hanno come contenuto la giustizia, e poiché la nozione di giustizia viene da Dio, esse coincidono con la religione naturale, che costituisce l'elemento comune e fondamentale di tutte le religioni, e si oppone alla varietà dei dogmi che sono il frutto dell'invenzione degli uomini ([100]). Essi però, mentre convengono nel rilevare l'insistenza dell'Arouet su questi temi, dissentono poi nell'interpretare il signif cato che ai medesimi deve essere attribuito. T. Besterman, dopo aver definito l'opera di Voltaire come esplicitamente e implicitamente fondata sul relativismo morale, osserva che 'il filosofo affronta più volte la questione della giustizia, ma sempre rifugge dalle difficoltà che sorgono dal dare una risposta immediata'; l'autore ritiene anzi 'a tal punto sbagliata l'intera impostazione volterriana del tema... da indurci a interpretazioni psicologiche', e da concludere che 'vi era una buona dose di emotività nell'ossessione volterriana per la giustizia' ([101]). Questo giudizio, dato da uno dei più eminenti interpreti dell'opera di Voltaire, occupa peraltro una posizione singolare in quanto la maggior parte dei critici ha messo in evidenza il carattere assoluto e universale della legge naturale del filosofo di Ferney. Lanson ha rilevato che per Voltaire, da Socrate a Gesù, da Confucio a Shaftesbury, ovunque l'uomo abbia applicato la sua ragione alla condotta di vita, si ritrova una medesima morale, la morale della giustizia e della bienfaisance, la virtù sociale come contrappesso all'amor proprio naturale e non sradicabile ([102]). Havens ha osservato che già nell'*Henriade* Voltaire sostiene una legge di natura basata sui sentimenti del giusto e dell'ingiusto che hanno valore

([100]) Cfr. per es.: G. LANSON, Voltaire, nuova edizione a cura di R. Pomeau, Parigi, 1960 (Ia ed., 1906), pp. 176 ss.; J.-R. CARRÈ, Consistance de *Voltaire le philosophe*, Parigi, 1938, p. 79; R. FUBINI, Introduzione a Scritti politici, Torino, 1964, p. 88; I.O. WADE, The *intellectual* development of *Voltaire*, Princeton, 1969, p. 748.

([101]) Th. BESTERMAN, VoZtaire, Londra, 1969; trad. ital., Milano, 1971, p. 186.

([102]) G. LANSON, Voltaire, cit., p. 179: « partout da Socrate à Jésus et de Confucius à Shaftesbury, lorsque l'homme a appliqué sa raison à la conduite de la vie, il a trouvé la même morale, la morale de la bienfaisance et de la justice, la vertu sociale, contrepoids de l'amour propre naturel et inéracinable ».

assoluto e universale, mentre Bellesort ha definito quella di Voltaire una concezione morale che tende a ricondurre tutti gli uomini, di qualsiasi paese essi siano, ai principi della religione universale (103). Crowley, nella sua introduzione all'edizione critica del Poème *sur la loi naturelle* ha scritto che Voltaire si è interessato per tutto il corso della sua esistenza al concetto di legge naturale, che ha definito come un sistema di etica immutabile nel tempo, ispirata da Dio, praticato dagli antichi eroi pagani come da tutti i popoli, e accettato dunque in tutto il mondo (104). Anche Crocker afferma che Voltaire assegna all'uomo una posizione unica nella natura proprio per la sua vita morale, identificata con la legge morale universale (105), e che non ondeggia mai nel ritenere tale legge i pressa sempre nel cuore degli uomini (106). Mason asserisce che nell'opera dell'Arouet, come una e universale è la natura dell'uomo con certe immutabili caratteristiche, così un medesimo codice morale unisce gli uomini di tutto il mondo (107), mentre I.O. Wade, nel suo ampio studio dedicato al filosofo francese, ha rilevato come questi sostenga la tesi dell'esistenza di leggi naturali comuni a tutti gli uomini (108). Da parte sua Thielemann individua uno dei motivi dell'opposizione di Voltaire a Hobbes nell'affermazione che esistono leggi che la natura ha dato ad ogni uomo come inviolabili istinti di giustizia (109), mentre Perkins nota che l'Arouet scrisse il *Poème sur la loi naturelle* il1 opposizione a La Mettrie per dimostrare l'esistenza di una legge etica universale (110).

---

(103) G.M. HAVENS, The nature *doctrine* of Voltaire, cit., p. 853: « This law is constant, universal, free from artificial accretions... ». A. BELLESORT, Essai sur Voltaire, Parigi, 1926, p. 323. Cfr. anche J.-R. CARRÈ, *Consistance* de *Voltaire* le *philosophe,* cit., p. 84: per Voltaire « il existe une morale universelle humaine et non pas seulement de morales qui reflètent les conditions de vie locales et temporelles des sociétés ».

(104) F. CROWLEY, Voltaire's Poème sur la *loi naturelle,* Berkeley, 1938, pp. 187-188.

(105) L.G. CROCKER, *Un'età* di crisi, Baltimora, 19702, trad. ital., Bologna, 1975, p. 133.

(106) L.G. CROCKER, Voltaire's *Struggle* for *humanism,* in Studies *on* Voltaire, 1957, IV, p. 145; Id., Nature and culture. Ethical *thought* in the french *Enlinghtenment,* Baltimora, 1963, pp 300 ss.

(107) H.T. MASON, *Voltaire* and Camus, in The *Romanic* Review, 1968, EIX, p. 204. Mason profila in proposito un paragone con A. Camus, che similmente asserisce la sua fede nelle universali aspirazioni verso la dignità e la libertà dell'uomo, e a causa di questa fede in un senso di giustizia, si oppone alla tirannia politica e religiosa.

(108) I.O. WADE, The intellectual *development* of Voltaire, cit., p. 724.

(109) L. THIELEMANN, *Voltaire* and *Hobbism,* in Studies on Voltaire, cit., 1959, X, pp. 249-251.

(110) J.A. PERKINS, *Voltaire* and La Mettrie, in Studies on Voltaire, cit., 1959, X, p. 110.

Serini ha rilevato che, fin dalle *Lettres philosophiques*, uno dei concetti fondamentali del pensiero filosofico volterriano, anche in polemica con J. Locke, è l'esistenza di leggi naturali che tutti gli uomini sono obbligati a riconoscere e di fatto riconoscono (111), e Cattaneo ha scritto che per Voltaire i sentimenti del giusto e dell'ingiusto dati da Dio all'uomo, i principi di giustizia, sono eterni e universalmente validi (112). Anche Tarello ha osservato che quando l'Arouet impiega espressioni quali 'diritto di natura', 'non si tratta di mere locuzioni d'uso, bensì di un concetto di diritto naturale immutabile nel tempo' (113).

§ 2. Alcuni autori, prendendo in considerazione la legge naturale volterriana, ne hanno sottolineato particolarmente il carattere razionale e aprioristico. In questo senso Cassirer ha sostenuto che l'Arouet rimane l'assertore entusiasta del diritto primitivo e della facoltà originale della ragione morale a scapito dell'empirista e dello scettico (114) : Voltaire avrebbe dunque affermato il carattere immutabile della moralità stessa richiamandosi alla grande analogia della legge naturale (115). Anche Di Carlo, indicando Voltaire come colui che, fra gli scrittori del secolo XVIII, ha magnificato la giustizia come legge universale (116), ha affermato che merita di essere sottolineato come le sue idee intorno alla morale e al diritto rivelano un'alta coscienza della dignità e del valore dei principi etici, ed un superamento quindi dell'empirismo e dello scetticismo etico (117). Carrè ha osservato da parte sua che dall'affermazione che il giusto è ciò che corrisponde alle condizioni di vita della società, e che ingiusto è ciò che vi è contrario, non deriva affatto che i relativi criteri dipendano dai costumi e dai regolamenti positivi, variabili in ogni gruppo sociale, e che siano in questo senso pura convenzione. Infatti l'uomo e la società

---

(111) P. SERINI, Prefazione a *Scritti* filosofici, Bari, 1972, vol. I, p. XIII.

(112) M.A. CATTANEO, *Illuminismo* e legislazione, cit., p. 35.

(113) G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, cit., p. 304. Cfr., fra gli altri, anche: R. WALDINGER, *Voltaire* and reform in the light of the *french revolution*, Ginevra-Parigi, 1959, pp. 16-17; M. SINA, L'unti-Pasca2 di *Voltaire*, Milano, 1970, pp. 220 ss.; G. TAMAGNINI, *Voltaire* e i libertini, Modena, 1981, pp. 12 ss.; G. BENELLI, *Voltaire metafisico*, Milano, 1983, pp. 236 ss.

(114) E. CASSIRER, La filosofia *dell'illuminismo*, Tubingen, 1932, trad. ital., Firenze, 1963 (Ia ed., 1935), p. 338.

(115) Ivi.

(116) E. DI CARLO, Il concetto di giustizia in *Voltaire* e *Rosmini*, in Studi di *sociologia* e politica in onore di Luigi Sturzo, cit., vol. 2°, p. 104.

(117) E. DI CARLO, op. cit., p. 112. L'autore propone al riguardo un raffronto con Rosmini: «al dover essere, all'universale, all'assoluto, noi troviamo orientati Voltaire come Rusmini, tranne che in quest'ultimo si afferma una più profonda consapevolezza filosofica».

fanno parte di un mondo penetrato di finalità, e la distinzione del giusto e dell'ingiusto sono iscritti nella natura dell'uomo sociale, frammento del sistema generale delle cose (118).

Anche Craveri, dopo aver rilevato in proposito l'influenza di Newton e di Shaftesbury sull'opera di Voltaire, osserva che la legge naturale è tutt'uno, per il filosofo francese con la legge di ragione, e prescinde dai dati empirici e dalle necessità sensibili, così che la morale è fondata sulla certezza aprioristica della nostra esistenza (119). Similmente Fassò ha parlato di una concezione razionalistica della giustizia, per cui la ragione volterriana ce ne fa conoscere i principi allo stesso modo delle verità matematiche (120), mentre anche Valajavec ha scritto che esistono delle conoscenze del massimo valore, in campo matematico e morale, che dimostrano la capacità di giudizio della ragione (121), e Groetuysen ha osservato che per Voltaire basta che l'uomo, rientrato in se stesso, mediti sui principi morali innati, perché la ragione rintracci in lui una legalità universale che domina tutte le leggi particolari (122). Seguendo la medesima linea interpretativa anche Cattaneo ha sottolineato come Voltaire esprima molto chiaramente una concezione razionalistica della giustizia e della morale i cui principi si presentano con i caratteri delle verità autoevidenti (123). Come del resto osserva Cotta, nel secolo XVIII, « nonostante l'empirismo trionfante nel campo gnoseologico, sulle orme di Locke... nel campo etico continua invece a predominare il razionalismo », e l'opera di Voltaire, dal *Traité* de *Métaphysique* alle *Questions sur l'Encyclopédie* può essere citata per la affermazione della vera legge naturale come legge razionale su cui costruire una scienza della società chiaramente deduttiva (124).

Altri Autori, ricollegandosi forse all'osservazione già espressa dal

---

(118) J.-R. CARRÈ, Consistance de *Voltaire le* philosophe, cit., pp. 79-80: « ... car l'homme et la société font partie d'un monde pénétré de finalité, et la distinction du juste et de l'injuste y sont inscrits dans la nature de l'homme social, fragment d'un système général des choses, comme le vrai théisme est inscrit dans la nature et l'intelligence et la conscience de l'homme, qui vit cette religion fondamentale en vivant la justice dans la société voulue de Dieu ».

(119) R. CRAVERI, *Voltaire* politico *dell'illuminismo*, Torino, 1932, p. 45.

(120) G. FASSÒ, Storia della filosofia del diritto, cit., vol. 2, p. 334.

(121) F. VALAJAVEC, Storia *dell'illuminismo*, Wien, 1961, trad. it., Bologna, 1973, p. 191.

(122) B. GROETHWSEN, Filosofia della rivoluzione francese, Parigi, 1956, trad. ital., Milano, 1967, pp. 158 ss.

(123) M.A. CATTANEO, Illuminismo e legislazione, cit., pp. 34-35; Id., Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, Milano, 1981, p. 11, n. 2: « Una concezione della morale come fondata su principi assoluti e autoevidenti è tipica di Voltaire ».

(124) S. COTTA, Montesquieu e la scienza della società, Torino, 1953, p. 12.

Cassirer secondo cui 'lo stesso Voltaire ha int ito benissimo le difficoltà di conciliare l'idea universale della giustizia con la teoria lockiana della conoscenza, ed è stato talvolta incerto nelle soluzioni [125]', hanno messo in evidenza il carattere contraddittorio e ambiguo della legge naturale volterriana. Lo stesso Craveri riconosce che Voltaire non può evitare l'inconciliabilità fra le premesse empiriche della teoria della conoscenza e l'apriorismo della legge etica, ed è poco chiaro nel suo pensiero per cui questa ultima si manifesta « par sentiment et par raison » [126]. Da parte sua Gay osserva che Voltaire celebra la *natural law,* ma rifiuta la teoria della conoscenza che dovrebbe rendergli possibile ammetterne l'esistenza; ulteriore contraddizione deriva poi dal fatto che egli tratta con dispregio i maggiori rappresentanti del giusnaturalismo, e non dimostra il minimo interesse per lo stato di natura che della legge naturale costituisce il necessario correlato, mentre infine, il più serio argomento che produce per sostenerla, vale a dire il consenso universale, è errato di fatto e insignificante in teoria [127]. Anche Crocker osserva che gli scritti di Voltaire testimoniano nel modo più chiaro le difficoltà della teoria sulla legge naturale a metà del secolo, sia per la contraddizione con la sua teoria della conoscenza, sia per la negazione che le razze umane discendono da un unico capostipite, sia per il progressivo accentuarsi dell'utilitarismo, così che, mentre da un lato nessun altro scrittore rivela in maniera altrettanto evidente tormenti e incertezze, dall'altro si può anche affermare che la teoria volterriana dei valori morali in rapporto all'ordine sociale conduce ad un inestricabile dilemma [128]. Secondo Desné questa contraddizione fra apriorismo e eternità della nozione di diritto da un lato e ernpirismo della conoscenza dall'altro, non è in realtà che una variante dell'opposizione fra l'affermazione di una permanenza fondamentale della natura umana e la fede nel progresso, che da Voltaire viene superata facendo vedere che « la natura umana non è stata data una volta per tutte, ma è una costruzione fragile e continua e, nella lotta contro gli ostacoli e le resi-

---

(125) E. CASSIRER, La filosofia *dell'illuminismo,* cit., p. 338.

(126) R. CRAVERI, *Voltaire* politico *dell'illuminismo,* cit., pp. 45 ss.

(127) P. GAY, *Voltaire's* politics, Princeton, 1959, appendix I, p. 345: « Like the other 'philosophes', Voltaire too celebrated natural law... Yet it is impossible to take his pronouncernents literally: he esplicitly rejected the theory of knowledge that would make it possible for him to affirm the existence of natural law; he treated the most respectable representatives of the natural law tradition... with withering and unreasonable contempt... he never showed the slightest interest in the indispensable concomitant to natural Iaw, the state of nature ».

(128) L.G. CROCKER, Nature and culture, cit., pp. 229 ss.

stenze, essa diviene per gli uomini ciò che è in se stessa » (129). Altri interpreti hanno poi indicato le difficoltà della legge naturale volterriana sotto differenti profili. In questa direzione Fubini sottolinea la « caratteristica duplicità di una concezione che da un lato vorrebbe proporre la legge come naturale, opponendosi in suo nome agli errori acquisiti dagli uomini, ma dall'altro sente il bisogno di inculcarla come un correttivo di una natura di per se stessa incapace di indirizzarsi al bene » (130), mentre Pomeau evidenzia l'andamento sinuoso delle pagine del *Traité* de Métaphysique dedicate all'argomento e le esitazioni dell'Arouet nel fondare la legge morale sia sull'amor proprio, tanto inviso ai Giansenisti, senza peraltro arrivare alle soluzioni estreme di un Mandeville, sia sulla bienveillance, che corrisponde alla *sensibilité*, secondo il gusto del secolo (131).

§ 3. Alcuni critici hanno quindi messo in rilievo l'importanza che nella legge naturale volterriana assumono valutazioni di carattere empirico e utilitarista. Già il Lanson aveva indicato il rapporto della morale dell'Arouet con i dati dell'esperienza, Secondo questo interprete infatti, nel *Traité de* Métaphysique Voltaire avrebbe delineato una morale tutta sperimentale e positiva, in cui non sono né bene né male assoluti, né idee morali innate, mentre la virtù consiste nell'obbedienza alla legge, nella conformità delle nostre azioni al bene generale e a certi sentimenti naturali che, dalla comunità dell'organizzazione e dalle condizioni generali dell'esistenza, risultano comuni a tutti gli uomini (132). Riferendosi quindi all'*Essai* sur les *moeurs* il Lanson aveva anche aottolineato che è l'esperienza che per Voltaire rivela agli uomini le condizioni generali del 'bonheur' *e* del 'malheur' e pone, con la discriminazione fra azioni utili e dannose, i criteri del vizio e della virtù (133). A proposito degli scritti del periodo di Ferney, questo critico aveva infine notato che, nelle pagine dell'Arouet, per gli individui, come per l'umanità, la morale si svolge insieme alla ragione attraverso l'agire e sotto la pressione delle circostanze (134). Anche Crowley ha osservato che il sistema di etica immutabile, ispirato da Dio e accettato in tutto il mondo, non diviene

(129) R. DESNÈ, La filosofia francese del Settecento, in La filosofia *dell'Illuminismo, Storia* della filosofia a cura di F. Châtelet, v. 4°, Parigi, 1972, trad. ital. Milano, 1976, p. 68 e p. 72.

(130) R. FUBINI, Introduzione, cit., p. 88.

(131) R. POMEAU, La *religion* de Voltaire, nouvelle édition, Parigi, 1974, pp. *229* ss.

(132) G. LANSON, Voltaire, cit., pp. 67-68.

(133) G. LANSON, Voltaire, cit., p. 127.

(134) G. LANSON, Voltaire, cit., p. 178.

operante fino a quando l'uomo non ha sviluppato le qualità di ragione ([135]). Questa osservazione che suggerisce non più l'autoevidenza dei principi della legge naturale, ma la loro conoscibilità in rapporto al grado di civilizzazione conseguito, è ripresa e sviluppata da altri studiosi. Perkins osserva che nell'opera volterriana l'intelletto dell'uomo primitivo è incapace di percepire altri scopi che non siano quelli immediati delle sue emozioni e dei suoi bisogni. Egli non avrebbe pertanto una retta ragione capace di riconoscere una legge naturale universale, quale quella della santità dei contratti, della sicurezza della proprietà, della buona fede, ma avrebbe unicamente l'istinto di benevolenza e agirebbe seguendo soltanto una legge di comportamento che gli garantisca la sopravvivenza ([136]). Crocker scrive che, se pure la legge di natura immette un elemento aprioristico nel pensiero di Voltaire che forma una corrente ininterrotta per tutta la sua vita, questo è però vero soltanto in apparenza, perché il filosofo francese ammette anche che non abbiamo altra coscienza se non quella ispirata dal nostro tempo, dall'esempio, dal temperamento, dalle riflessioni, e che la nostra idea di giustizia deriva dall'utilità sociale degli atti in conformità alle leggi che noi abbiamo stabilito per questo fine. Conclude quindi l'autore osservando che per Voltaire l'universalità di certi principi deriva unicamente dal dato empirico che tutti gli uomini trovano utili e necessarie certe azioni per vivere insieme, e altre distruttrici, e che pertanto, nell'etica volterriana nessun atto ha un valore intrinseco ([137]). Anche Dieckman ha notato che la morale del filosofo di Ferney è aprioristica soltanto in superfice, ma che in profondità essa tende verso valori pragmatici, utilitaristici, antimetafisici e che, quando l'immutabilità della nostra natura morale è identificata con l'uniformità delle inclinazioni, istinti e appetiti, allora i 'termini aprioristici' divengono errati ([138]). Altri autori

---

([135]) F. CROWLEY, *Voltaire's* Poème sur *la* loi natureile, cit., p. 188.

([136]) M.L. PERKINS, Voltaire's *Principles* of political thought, in *Modern Language Quarterly*, 1956, dicembre, p. 293: « The notion of Qustice, which is independent of religion, law and convenant, must come later as a result of man's experience. Early man's intellect is incapable of perceiving ends other than those inspired by his own emotions and needs. He has no expansive sociableness, no right reason capable of finding the conditions consistents with a fixed law, such a sanctity of contracts, the security of property, and good faith, the self-evident value of which, according to the natura1 law theorists, is supposed to speak to the rationality of all men and bind their conscience. He has only his instinct of benevolence, a restraining rather than normalizing force. He acts by a behavoristic Iaw which permits bis survival ».

([137]) **L.G.** CROCKER, *Voltaire's Struggle* for *Humanism*, cit., pp. 153 ss.

([138]) H. DIECKMAN, *An interpretation of* eighteenth *century*, in *Modern Lan*guage Quarterly, June 1954, XV, pp. 306-307: « Voltaire's ethics, ... are in my opinion aprioristic and rational in appearance only. When the first law of society

hanno infine posto l'accento sulla scarsa attenzione che lo stesso Voltaire avrebbe prestato al fondamento teorico della legge naturale.

I1 filosofo francese infatti, secondo quell'orientamento pragmatico della sua opera tante volte sottolineato dai critici, sarebbe rivolto, piuttosto che a indugiare ad analizzare il concetto, ad avvalersene come ideologia. In questo senso P. Gay osserva che probabilmente l'uso che Voltaire fa della legge naturale si deve considerare retorico, tanto più che egli, come altri uomini politici, sapeva quello che voleva, e come realistico riformatore sociale, era impaziente di operare e sospettoso che le questioni teoriche lo distogliessero dall'azione (139). Infine Tarello scrive che del concetto di diritto naturale, immutabile nel tempo ed eterno, Voltaire si serve costruttivamente, pur senza farne una specifica analisi. Depurato dalle incrostazioni della superstizione e dell'ignoranza, *e* ridotto a un diritto residuale assai scarso, il diritto naturale volterriano, impiegato congiuntamente alla critica della legislazione vigente, serve per suggerire un modello per il diritto positivo, così che « alla ideologia di un diritto naturale universalmente valido e eterno, corrisponde l'ideologia di una codificazione innovatrice, preparata da un monarca anche contro la volontà del ceto giuridico, con contenuti ispirati da un diritto naturale borghese, a soggettività unica, e ispirato alla tutela delle proprietà e del commercio » (140).

Queste interpretazioni della legge naturale volterriana, proprio a causa del loro carattere non univoco, suggeriscono l'opportunità di svolgere su questo tema delle considerazioni ulteriori. Le divergenze dei critici trovano certamente una loro prima spiegazione nel carattere disorganico, polemico e talora propagandistico, dell'opera volterriana, per cui è innegabile in essa un ondeggiare di significati (141).

---

are likened to animal instincts, when the cause of preservation of human society is made subservient to 'needs', when the immutability of our moral nature is identified with the uniformity of inclinations, instincts, and appetites, then the term aprioristic becomes a misnomer ».

(139) P. GAY, *Voltaire's* Politics, cit., p. 346; Id., *Carl* Becker's heavenly city, in *Political* Science Quarterly, 1957, vol. 72, p. 192: « When Voltaire affirrne that some moral rules are universally accepted, and that this proves the existence of natural law, and when Voltaire says briskly that 'a day suffices for a sage to know the duties of man', he seems to be saying to his reader: 'You and I know what is wrong in this society; you and I know what evils must be rooted out and what institutions must be changed; to split hairs about the fundamentals of rnorals is to escape responsability, to substitute talk for action ».

(140) G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, cit., p. 304 *e* 317.

(141) Cfr., per es., A. BELLESORT, *Essai* sur Voltaire, cit., p. 331: « Il s'est tant répété; il s'est tant contredit! On ferait un livre des contradictions où le jette tantôt son inquietude nerveuse... »; R. NAVES, *L'homme* et l'oeuvre, Parigi, 1942, p. 147.

In secondo luogo Voltaire non si fa scrupolo di ricorrere a fonti eterogenee per seguire un programma eclettico che egli stesso espressamente indica come quello maggiormente idoneo per cogliere 'in tutte le sette' quanto sembra esservi di più verosimile (142). Inoltre, a causa della sua longevità, del suo temperamento inquieto, della sua operosità instancabile, il filosofo svolge la propria attività nell'arco di quasi sei decenni di un secolo il cui carattere di transizione è stato ripetutamente sottolineato. Come scrive P. Gay, pur persistendo le idee di fondo, quali la devozione alla scienza e l'ostilità alla chiesa, attraverso le tre generazioni di illuministi, da Montesquieu a d'Holbach, la critica si radicalizza, e se nella prima metà del secolo i filosofi *leaders* sono deisti e parlano il linguaggio della legge naturale, nella seconda metà sono atei e usano il linguaggio dell'utilitarismo (143). Come osserva Casini, anche presso i giureconsulti e i politici si riscontrano pertanto quelle medesime oscillazioni di significato con cui l'espressione 'legge di natura' è impiegata dagli uomini di scienza per indicare sia realtà metafisiche sia convenzioni soggettive, con la conseguenza che, intorno alla metà del secolo, la formula « legge naturale », così diffusa fra filosofi e scrittori, si può considerare veramente alla stregua di 'res nullius' (144).

Pur considerando dunque che i temi attinenti a questo argomento offrono grande difficoltà d'interpretazione, è tuttavia mio intento dare un contributo alla questione se anche per Voltaire, se non soprattutto per Voltaire, il concetto di legge naturale sia da considerarsi soltanto per l'impiego che egli ne fa, o anche nel suo significato filosofico. Come Perkins ha dimostrato che è possibile sostenere che esiste un fondamento coerente nel pensiero politico volterriano, si tratta di ricercare se è lecito, anche a proposito della legge naturale, delinearne un contenuto teorico, anziché considerarla alla stregua di un mero strumento retorico o ideologico. Il metodo eclettico, se è comune ad altri 'philosophes' (145), per Voltaire non significa soltanto rinvenire argomenti idonei a sostenere le proprie tesi per il conseguimento di risultati pratici, ma anche ricercare 'in buona fede' una risposta agli interrogativi sull'essere (146), così che non sembra

(142) VOLTAIRE, Sophronyme et Adélos (1776) M.XXV. 459, in *Dialogues philo*sophiques, cit., p. 391.

(143) P. GAY, *Enlinghtenment*. An interpretation, Londra, 1967, p. 18.

(144) P. CASINI, La *loi* naturelle: réflexion *politique* et sciences exactes, in *Studies* on Voltaire, cit., 1976, n. 151, p. 429.

(145) Cfr. Encyclopédie *ou* Dictionnaire *raisonné,* art. *Eclectisme* (Diderot); trad. ital. in Enciclopedia, a cura di P. Casini, Bari, 1968, p. 399.

(146) VOLTAIRE, Sophronyrne *et* Adélos, in *Dial.* phil., cit., p. 391. Come osserva Wazard, Voltaire « a examiné toutes les doctrines philosophiques, les anciennes et les modernes, parce qu'il avait le tourment du vrai »; P. HAZARD, *Voltaire* et Spinoza, in Modern Philology, 1941, n. 38, p. 351,

che esso comporti un'attenzione rivolta soltanto a finalità pragmatiche a scapito degli interessi teorici. Lo stesso Casini, pur non dedicando particolari osservazioni alla legge naturale volterriana, e notando che 'la singolare coerenza e efficacia della sua filosofia si rivela nell'azione', non ignora 'il dibattito teorico che rende intelligibile l'azione stessa' (147). Se il pensiero dell'Arouet 'ondeggia fra punti discordanti e insolubili aporie' secondo gli stati d'animo e le circostanze, esso colpisce anche, come è stato ripetutamente osservato, per la sua coerenza e non per le sue contraddizioni (148). Come per tutta la vita il filosofo di Ferney è ritornato sui medesimi problemi, alla ricerca di una risposta atta a soddisfare il suo bisogno di rigore intellettuale (149), ci si può domandare se egli non abbia proceduto anche nel senso di un sempre maggiore approfondimento della nozione di legge naturale, che egli propone per quarant'anni, senza cedimenti. Del resto, contro l'accusa di superficialità del pensiero filosofico dell'Arouet, come contro il rilievo sul suo esclusivo interesse per le applicazioni pratiche, la critica ha anche sottolineato l'attenzione e l'impegno con cui egli studiò le dottrine filosofiche dei suoi predecessori e contemporanei allo scopo di ridurre le conoscenze fisiche e metafisiche ad un « praticabile sistema di etica » (150).

Problema cruciale che si presenta in questa ricerca è quello di conciliare il carattere immutabile della *lex naturae* con la concezione dell'uomo che emerge nell'opera volterriana, poiché, dalle *Lettres philosophiques* agli scritti della vecchiaia, l'antropologia del filosofo francese si svolge intorno a temi che sembrano contraddirla. Ci si può riferire in proposito alla poligenesi delle razze per cui, già nel *Traité de Métaphysique*, all'osservatore sceso sul nostro pianeta non si presenta « l'uomo », ma appaiono gli individui delle varie razze (151), sulle cui irriducibili diversità Voltaire tornerà ad insistere dagli *Elements de la philosophie de Newton* alle *Questions sur l'Encyclopédie* per sostenere l'assurdità della tesi biblica di un'umanità discendente

(147) P. CASINI, Introduzione *all'illuminismo*. Da Newton a *Rousseau*, Bari, 1973, p. 257.

(148) R. NAVES, *Voltaire, l'homme et l'oeuvre*, cit., p. 147; J. SAREIL, De Zadig *à* Candide *ou la permanence* de la pensée de Voltaire, in The *romanic review*, 1961, dic., p. 271.

(149) J. SAREIL, op. cit., ivi: « spontanément Voltaire revient sur la question et y reviendra toujours jusqu'à ce qu'il ait obtenu une réponse qui satisfasse son besoin de rigueur intellectuelle et qui va toujours dans le sens d'un approfondissement des notions déjà admises ».

(150) VOLTAIRE, *Traité de métaphysique* (1734), I, ed. cit., pp. 159-161.

(151) Osserva Duchet che « il poligenismo si trova al centro dell'antropologia volterriana come l'idea di infinito si trova al centro della sua metafisica »; N. DUCHET, *Anthropologie* et histoire *au* siècle des *lumières*, Parigi, 1971, tr. it., Le origini *dell'antropologia*, Bari, 1976, vol. III, p. 85.

da un'unica coppia originaria. Oppure si possono sottolineare le difficoltà che l'Arouet, avendo fatto propria la teoria lockiana della conoscenza, incontra nell'affermare la capacità dell'uomo di attingere valori assoluti e, in quanto tali, irriducibili al mondo fenomenico dell'esperienza necessariamente frammentario e contingente. Si può inoltre ricordare che Voltaire, se pure nelle opere giovanili difende contro Federico di Prussia la tesi del libero arbitrio, in quelle della delle maturità si arrende alla negazione della libertà del volere; poiché proprio a questo periodo risale il suo maggior interesse per la morale, resta da considerare la contraddizione fra l'appellarsi alle pene e ricompense divine e negare all'uomo, insieme probabilmente all'immortalità dell'anima ([152]), anche la libertà di conformarsi o di disattendere alla legge naturale. Infine, nelle opere storiche, e particolarmente nell'*Essai sur les moeurs* in cui si propone di conoscere « les moeurs des hommes et les revolutions de l'esprit humain » ([153]), Voltaire, descrivendo la varietà dei gruppi sociali e il loro storico divenire, sembra contraddire alla tesi di un immutabile criterio di giustizia comune a tutti gli uomini.

Di fronte a queste problematiche ([154]), un'altra questione mi sembra tuttavia porsi come prioritaria, vale a dire quella del fondamento della legge di natura. Discuterne il carattere assoluto rispetto all'uomo, che ne è il destinatario, presume infatti che sia risolta la questione di quale ne sia la fonte, e ricercare quindi se il riferimento alla divinità fatto da Voltaire sia da considerarsi un luogo comune, o un espediente retorico, o non corrisponda piuttosto ad una sua sicura convinzione filosofica, così che sia possibile in primo luogo dimostrare che la legge naturale volterriana è la regola dell'ordine morale che trae il proprio fondamento assoluto dall'avere, come la legge newtoniana della gravitazione universale, la propria fonte oggettiva in Dio, Essere supremo trascendente l'uomo.

([152]) L'Arouet ritorna infinite volte su questo tema, interrogandosi sulla natura materiale o immateriale, di sostanza o di attributo, sulla mortalità *o* immortalità dell'anima umana. Accanto all'ipotesi lockiana che Dio possa aver attribuito il pensiero alla materia, già avanzata nelle Lettres *philosophiques* (lett. XIII, ed. cit., pp. 61 ss.), il tema della dipendenza dell'uomo da Dio interviene, negli scritti della vecchiaia, a dissolvere ulteriormente l'anima individuale assorbendola nel divino. Tuttavia, ancora nei Dialoghi d'Evemero, Voltaire ripete che l'uomo non è in grado di dare risposta a questi interrogativi.

([153]) VOLTAIRE, *Nouveau* plan d'une histoire de *l'esprit humain, Mercure de* Erance, *avril*, 1745; in Essai *sur les moeurs*, ed. cit., vol. 11, p. 816.

([154]) Sulle quali mi soffermerò nel proseguimento di questo lavoro.

Capitolo secondo

DIO FONDAMENTO DELLA LEGGE NATURALE

1. Voltaire contro l'ateismo

§ 1. I passi in cui Voltaire afferma che Dio ci ha dato il senso del giusto e dell'ingiusto, che la religione consiste nella giustizia, che il giusto e l'ingiusto sono sinonimi di bene e di male morale, conducono all'identificazione della legge naturale con da religione naturale e alla tesi del loro comune fondamento nella divinità (1). Può essere significativo in proposito anche ricordare che il *Poème sur la loi naturelle* si intitolava originariamente *Poème sur la religion nature&* (2); anche se poi Voltaire scriveva a Federico di Prussia che il vero scopo dell'opera era la tolleranza e che la religione era soltanto un pretesto (3), essa era in effetti dedicata, come osserva Condorcet, ad esporre i principi della morale che la ragione rivela come la sola legge generale che Dio, padre comune, ha dato a tutti gli uomini (4).

I1 porre un fondamento teologico alla legge di natura non disco-

---

(1) Cfr. per es. VOLTAIRE, Métaphysique de Newton (1740) M.XXII.419: « Je entends par religion naturelle les principes de la morale communs au genre humain »; Catéchisme de *l'honnête* homme (1763) M.XXIV.523, in *Dial.* Phil., cit., p. 136: (l'honnête homme) « Je vous propose la religion qui convient à tous les hommes... L'adoratian d'un Dieu, la justice, l'amour du prochain, l'indulgence pour tous les erreurs et la bienfaisance dans toutes les occasions de la vie »; nel Dictionnaire philosophique, artt. Dieu (1764), *Du juste* et de *l'injuste* (1765), *Théiste* (1765), ed. cit., pp. 169, 269, 400; Profession de foi des théistes (1768) M.XXVIII.55-56. Sull'argomento, v. R. POMEAU, La religion *de Voltaire,* cit., p. 232.

(2) Sui problemi inerenti al titolo del Poème e sulla sua ispirazione filosofica, cfr. F. CROWLEY, Voltaire's Poème sur la loi naturelle, cit., pp. 203 ss.

(3) Lettera del 25 agosto 1752, in *Voltaire's* Correspondance, ed. by T. Besterman, Ginevra, 1952, D.4995.

(4) CONDORCET, Vie de *Voltaire,* M.I.240: « Exposer la morale dont la raison révèle les principes à tous les hommes, dont ils trouvent la sanction au fond de leur coeur, et à laquelle les remords les avertit de obéir; rnontrer que cette loi générale est la seule qu'un Dieu, père commun des hommes, ait pu leur donner, puisqu'elle est la seule qui soit la même pour tous... ».

sta l'Arouet da quello che, intorno alla metà del secolo XVIII poteva considerarsi alla stregua di un luogo comune. Infatti i philosophes, mentre prospettavano la riabilitazione dell'ateismo non soltanto per quanto concerneva la sua non punibilità, già del resto sostenuta da Barbeyrac (5), ma anche nel senso indicato da Bayle, come da Shaftesbury, dell'ateo virtuoso (6), continuavano per lo più a mantenere la religione quale fondamento della morale e Dio quale garante della legge naturale (7). In questo senso i philosophes che rappresentavano la corrente tipica dell'illuminismo (8), non si distaccavano dall'inse-

---

(5) J. BARBEYRAC, Le droit de nature et des gens, III, IV, V, ed. Leida, 1759 (Francoforte, 1967), p. 393. Qui Barbeyrac distingue gli atei che cercano di fare proseliti da quelli che non tentano di propagare il proprio ateismo e, mentre per i primi giudica fondate le motivazioni addotte da Pufendorf per chiederne la punizione, per i secondi osserva che « si les athées soit de l'esprit que du coeur, ne se mèlent point de dogmatiser, à quoi bon & en vertu de quoi les puniroient-on précisement & directement parce qu'ils sont athées? ». Nel medesimo senso anche Id., Les devoirs de *l'homme* et du citoyen, I, IV, II, ed. Amsterdam e Leipzig, 1756, I, p. 118.

(6) P. BAYLE, Pensieri diversi sulla cometa (1682), trad. it., a cura di P. Casini, Bari, 1979, p. 323 e p. 325: «Anche fra gli atei si possono avere persone oneste nel commercio, caritatevoli verso i poveri, nemiche dell'ingiustizia, fedeli ai loro amici, alieni dall'offendere, indifferenti ai piaceri della carne, incapaci di fare torto a qualcuno»; Id., Dizionario storico critico (Ia ed. Londra 1710), art. Spinoza, tr. ital. a cura di G. CANTELLI, Bari, 1976, vol. II, pp. 355 ss. Sul problema ateismo-virtù nel secolo XVIII, cfr. per es.: P. HAZARD, La pensée européenne au XVIII siècle. De Montesquieu à Lessing, Parigi, 1963, pp. 121 ss.; J. EHRARD, L'idée de nature en France, Parigi, 1963, vol. I, p. 399 ss.; S. LANDUCCI, I filosofi e i selvaggi (1580-1780), Bari, 1972, pp. 185 ss.

(7) Cfr., per es., DIDEROT, *Essai* sur le *mérite* et la vertu. *Introduction,* in Oeuvres *complètes,* a cura di Assézat e Tourneaux, Parigi, 1875-77, vol. I, p. 12: « Le but de cet ouvrage est de montrer que la vertu est presque indivisiblement attachée à la connaissance de Dieu... point de vertu sans croire en Dieu »; Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné, ed. Ginevra, 1778; art. Loi *naturelle* (Diderot?); ed. cit., T. XX. pp. 300-302; *Droit* de la nature (Boucher d'Argis), t. XI, p. 424: « certaines règles de justice & d'équité, que la raison naturelle a gravées dans nos coeurs ou pour mieux dire que Dieu a gravées dans nos coeurs »; art. Naturelle loi (De Jaucourt), ed. cit., pp. 773-775: « On définit loi naturelle, une loi que Dieu impose à tous les hommes & et qu'ils peuvent découvrir par les lumières de leur raison, en considérant attentivement leur nature et leur état ».

(8) Secondo la tesi di Cassirer per cui d'Holbach resterebbe un isolato secondo l'orientamento genuino dell'illuminismo. Tale affermazione è criticata dal Roggerone, ma anche nelle pagine di quest'ultimo rimane, se pure in rapporto di antitesi essenziale, la distinzione fra illuminismo tipico e contro-illuminismo in cui rientrano autori che, come La Mettrie, D'Holbach, Helvétius, attaccano il concetto di legge naturale come frutto dell'immaginazione e dell'abitudine e fanno aperta professione di materialismo. Cfr. E. CASSIRER, La filosofia dell'illuminismo, cit., p. 87; G. ROGGERONE, *Controilluminismo.* Saggio su La Mettrie *e Helvétius,* Lecce, 1974, pp. 6 ss.

gnamento né dei gesuiti, né di un Domat, né dei deisti inglesi (9), e nemmeno si allontanavano dalle tesi dei giuristi della scuola del diritto naturale, per cui l'idea di una legge di natura passava necessariamente per l'idea di Dio (10), secondo un ragionamento che, come osserva Ehrard, si può considerare ormai banale (11). Tuttavia, per quanto riguarda Voltaire, il fondamento teologico della legge di natura apre un problema vastissimo per gli interrogativi non ancora risolti, dopo due secoli di dibattiti, sul Dio del filosofo francese (12).

Un eminente studioso di Voltaire come Besterman ritiene che l'Arouet manifesti sovente il suo scetticismo sull'esistenza dell'Essere supremo. Egli osserva infatti che Voltaire non è affatto ossessionato dall'idea di Dio e, dopo aver indicato 'lo spettro amplissimo' dei significati attribuiti al termine 'deismo', sostiene che dal *Traité* de *Métaphysique* (1734) alla lettera a Spallanzani del giugno 1776, Voltaire mantiene tutt'al più una posizione agnostica. Besterman conclude affermando che « se ci fosse qualche filosofo di mente rigorosissima a sostenere che questo tipo di agnosticismo è indistinguibile dall'ateismo, non sarei certo io a contraddirlo » (13). Gli argomenti di Besterman si basano principalmente sul *Traité* de *Métaphysique, a* proposito del quale egli osserva che l'affermazione volterriana secondo cui 'l'opinione che Dio esiste presenta delle difficoltà, ma nell'opinione contraria si riscontrano delle assurdità, equivale a considerare la fede in Dio come una convenienza filosofica, e costituisce 'appena un passo impercettibile dall'ateismo' (14). Lo studioso si riferisce quin-

---

(9) P. BUFFIER, Observations sur quelques ouvrages *dénommés* de morale, in *Traité* de la *société* civile, cit. da J. EHRARD, *L'idée* de nature *en* France, cit., I, p. 401, n. 1; J. QOMAT, *Traité* des lois (1689-94), ed. 1777, I, 1; Id.; Les lois *civiles*, ed. 1777, I, 2: « Les règles du droit naturel sont celles que Dieu même a établies »; SHAFTESBURY, Saggio sul merito e *la virtù* (1699); trad, ital. a cura di P. Casini, Bari, 1962, in Saggi morali, pp. 97 ss.

(10) U. GROZIO, Le droit de *la* guerre et de la *paix*, trad. par J. Barbyerac, I,I,X, ed. Parigi, 1867, vol. I, pp. 75-76: « Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire, et que, conséquernment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne »; PUFENDQRF, *Le* droit de nature *et* de gens, II, IV, III; J. BARBEYRAC, Le droit de la nature et des gens, *Préface du* traducteur, ed. cit., I, p. XIII: « Il est certain que la morale est la fille de la religion, qu'elle marche d'un pas égal avec elle »; BURLAMAQUI, *Principes du* droit naturel et *politique*, Genève, 1767, Iere partie, ch. IX.

(11) J. EHRARD, L'idée de nature en *France*, cit., I, p. 401.

(12) R. POMEAU, La *religion* de Voltaire, cit., *Introduction*, pp. 7 ss.

(13) T. BESTERMAN, Voltaire, cit., pp. 177-191; Id., *Voltaire's* God, in *Studies on* Voltaire, cit., 1967, LV, pp. 23-42. 11 testo riproduce la relazione tenuta al 2° Congresso internazionale sull'Illuminismo svoltosi a St. Andrews nel 1967.

(14) T. BESTERMAN, Voltaire, cit., p. 187; cfr. *Traité* de *Métaphysique*, ch. II, in *Mélanges*, cit., p. 170.

di all'art. Dieu del Dictionnaire philosophique, per cui non abbiamo un'idea adeguata della divinità e ci trasciniamo di « supposizione in supposizione », e alla lettera a Federico di Prussia in cui Voltaire osserva che l'esistenza dell'Essere supremo è probabilissima, ma che della medesima non vi è alcuna prova (15). Besterman cita quindi una nota in cui Voltaire scrive che Dio non può essere né provato né negato 'in forza della ragione (16), una lettera a Diderot in cui il filosofo francese sostiene che è quanto mai impertinente voler capire che cosa Dio sia e perché abbia creato ciò che esiste, ma appare temerario negare che esista (17), e infine la già citata lettera a Spallanzani in cui Qoltàire si pronuncia su questioni biologiche inerenti alla generazione spontanea (18). D'altra parte Besterman ritiene anche che la professione di fede teista da parte dell'Arouet sia finalizzata all'opportunità di mantenere nel popolo e nei prindipi la fede in un Dio che punisce e che ricompensa. In questo senso l'affermazione contenuta nell'*Essai* sur *les* moeurs secondo cui non credere assolutamente in alcun Dio sarebbe uno spaventoso errore morale, un « errore incompatibile con saggio governo » corrisponderebbe alla verità ultima delle convinzioni volterriane e si troverebbe sostanzialmente ripetuta nell'art. *Athée-Athéisme* del Dictionnaire philosophique e nella Correspondance (19). Queste tesi di Besterman sono state recentemente criticate dal Gargett come pedanti e non concludenti, in quanto dagli stessi passi citati, l'ateismo volterriano non risulta così evidente come l'Autore sembra sostenere, né è d'altronde lecito affermare la miscredenza dell'Arouet in base alle sue insistenze sull'utilità della religione e alla sua battaglia condotta con tanta enfasi contro l'ateismo (20). Ma già Pomeau, nel suo fondamentale studio su « La religion de Qoltaire », pubblicato nel 1956 aveva dimostrato come 'Dio fosse il problema ultimo del filosofo francese, sia quando nella giovinezza combatteva il dio tiranno sia quando nella vecchiaia combatteva lo « infâme » (21). Nella nuova edizione dell'opera del

---

(15) T. BESTERMAN, op. cit., pp. 187-188; cfr. art. *Dieu-Dieux*, Dict. *phil.*, cit., p. 168; Lettera dell'aprile 1737, Best D.1320.

(16) T. BESTERMAN, ivi; cfr. Notebooks, cit., I, p, 88.

(17) T. BESTERMAN, ivi; cfr. Lettera del 10 giugno 1749, Best D.3940.

(18) T, BESTERMAN, ivi; cfr. Lettera del 6 giugno 1776, Best 19016.

(19) T. BESTERMAN, Voltaire, cit., p. 189; art. *Athée-Athéisme*, in Diction. *phil.*, cit., p. 43; per la Correspondance, cfr. per es. lettera del 1 novembre 1770 a Louis François Armand de Plessis duc de Richelieu, Best 15714; lettre à Condorcet, 16 novembre 1773, Best 17537. GUILLEMIN conclude pertanto che Besterman fa propria la tesi di Voltaire 'athée en fait', in *Studies* on Voltaire, cit., 1967, LV, p. 23.

(20) G. GARGETT, *Voltaire and Protestantism*, in Studies on Voltaire, cit., 1980, 188, pp. 454-455.

(21) Cfr. N. MATTEUCCI, Studi *su* Voltaire, in *Il* Mulino, 1957, pp. 144-146.

1969, Pomeau aveva quindi preso posizione in merito alle osservazioni di Besterman circa lo scarso spazio dedicato da Voltaire al problema di Dio, affermando che esse potevano valere nella *Correspondance,* perché questa, come per la maggior parte degli uomidi, è dedicata agli intrighi, al denaro, nel migliore dei casi alla letteratura, ma che nel complesso delle Oeuvres è evidente l'importanza che la religione ha per il filosofo francese (22). Quanto poi all'agnosticismo di Voltaire, Pomeau evidenziava l'equivoco di usare nei confronti dell'Arouet un termine che avrebbe fatto la sua apparizione soltanto più di un secolo dopo la sua morte, e riaffermava che Dio appartiene alla visione del mondo volterriana (23). Alla tesi dell'ateismo del filosofo di Ferney, sostenuta nel nostro secolo anche da altri critici, quali ad esempio Mornet, Havens, Guillemin (24), si sono opposti, oltre Pomeau, numerosi studiosi che, pur rilevando l'ispirazione stoica e non cristiana dell'immagine, comune del resto ai « philosophes » del « Dieu-horloger » (25), o sottolineandone il carattere meccanico-matematico sul modello newtoniano (26), hanno affermato la sincerità della fede deista dell'Arouet (27). Altri critici hanno poi messo in rilievo la religiosità o persino un certo misticismo di Voltaire (28), nonché il profondo senso di dipendenza dalla divinità che egli dimostra nelle opere della maturità e della vecchiaia, fino ad affermare che, « se è Dio che agisce in noi », alla fine l'Arouet è, in modo generale,

---

(22) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., Postface, pp. 473 ss. Sul problema dell'ateismo nella Corrispondenza, cfr. A. ARNOLD, *Voltaire* and the *problem* of atheism. The testimony of correspondance, in *Neophilologus,* 1984, LXVIII, pp. 504-512.

(23) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 478.

(24) D. MORNET, Les origines *intellectuelles* de la revolution *française* (1715-1787), Parigi, 1934, p. 86; GUILLEMIN, Dieu et Voltaire, in La Table ronde, 1958, febbraio; G.R. HAVENS, *Voltaire's* pessimistic revision of the *conclusion* of *his Poème* sur *le* désastre de Lisbonne, in Modern Language Notes, 1929, XLIV, pp. 489-492. Sugli studiosi che nel secolo XIX e XX hanno sostenuto l'ateismo di Voltaire, cfr. R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., pp. 8 ss.

(25) Cfr. per es. P. GAY, *Carl Becker's* heavenly city, in Political Science Quarterly, 1957, 72, p. 189; E. ROVILLAN, *Rapports* probables entre le Zadig de *Voltaire* et la pensée stoicienne, in PMLA, 1952, n. 357, pp. 374-389.

(26) W. BARBER, *Voltaire* and *Newton,* in Studies on Voltaire, cit., 1979, 179, pp. 199 ss.

(27) Cfr. per es.: G. LANSON, Voltaire, cit., pp. 63-64; R. NAVES, *Voltaire l'homme* et l'oeuvre, cit,, p. 130; A. BELLESORT, *Essai* sur Voltaire, cit., pp. 339-340; J. CARRÈ, La consistance de *Voltaire* le philosophe, cit., p. 35; E. BERL, Préface à Mélanges, cit., pp. XXVII-XXX; I.O. WADE, The intellectual *development* of *Voltaire,* cit., p. 721; R. FUBINI, Introduzione a Scritti politici, cit., p. 15; G. BENELLI, *Voltaire metafisico,* cit., p. 217.

(28) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p, 421: « Il y a dans le théisme de Voltaire, un mysticism des Lumières ».

« uno con Malebranche » (29). Recentemente Benelli, esaminando gli scritti che segnano le tappe del pensiero filosofico volterriano, ha osservato che il rispetto per la gnoseologia lockiana non impedisce a Voltaire la preminenza, sugli altri, del problema di Dio. Così il tema dell'essere necessario, già posto come prioritario e fondamentale per lo studio dell'uomo nel *Traité de métaphysique* e nella *Métaphysique de Newton,* torna come imprescindibile punto di riferimento nel *Dictionnaire philosophique* e nel *Le philosophe ignorant,* mentre nelle *Questions sur l'Encyclopédie* e in *Il faut prendre parti* il filosofo di Ferney si premura di prendere le distanze dalle posizioni filosofiche spinoziane, per ribadire la irrinunciabile validità delle cause finali e per riconoscere un Dio dotato di volontà (30).

§ 2. Senza presumere di addentrarmi in un problema tanto complesso quale sembra essere quello del Dio di Voltaire, vorrei richiamare l'attenzione su alcune prese di posizione che sembrano in proposito significative. In primo luogo si può ricordare quella in merito all'ateismo della setta dei *Lettrés* della Cina, che si riferiva ad una questione sollevata dalle relazioni di viaggi e dibattuta in Francia fin da quando Bayle, contro la tesi dei gesuiti, aveva sostenuto l'ateismo del popolo cinese (31). Dedicando nel 1737 l'*Ode sur la superstition* alla marchesa du Châtelet, l'Arouet aveva aderito alla tesi di Bayle, opponendo al fanatismo dei popoli europei l'ateismo dei saggi dell'oriente (32). Successivamente però egli mutava opinione e già nei due capitoli dell'*Essai sur les moeurs* pubblicati sul *Mercure de France* nel *1745,* sosteneva la tesi del deismo dei 'Lettrés' della Cina (33). Tale cambiamento di prospettiva corrispondeva in realtà, come os-

(29) JAMES, *Voltaire* and Malebranche. From *sensationalism* to « Tout *en Dieu* », in Modern Language Review, 1980, n. 75, pp. 282-290.

(30) G. BENELLI, *Voltaire* metufisico, cit., pp. 281-283.

(31) P. BAYLE, Continuation des pensées diverses, in Oeuvres diverses, La Haye, 1737, pp. 343-344. Sul dibattito in Francia in merito alla Cina, v. PINOT, La Chine et la transformation de l'esprit philosophique en France (1640-1740), Parigi, 1932. Cfr. P. HAZARD, La crise de la conscience européenne. De *Montesquieu* à Lessing, cit., pp. 19 ss.; J. EHRARD, *L'idée* de nature en France, cit., I,, p. 404.

(32) VOLTAIRE, Ode sur la superstition (1737) M.VIII.428. Secondo; Mason Voltaire non avrebbe peraltro derivato direttamente da Bayle la sua tesi sull'ateismo dei cinesi. Cfr. H.T. MASON, Pierre Bayle and Voltaire, Oxford, 1963, p. 81, n. 3.

(33) VOLTAIRE, *Nouveau* plan *d'histoire* de l'esprit *humain,* Le Mercure de France, avril 1745 e juin 1746; Cfr. *Essai* sur *les* moeurs, ed. cit., I, pp. 70-71 e p. 219. Voltaire aveva tolto dall'*Ode* sur la superstition la strofa dedicata al' Lettrés cinesi fin dal 1742, discostandosi in questo modo anche dalla posizione presa da J. LOCKE. Cfr. Essay on *human* understanding, in Works, Londra, 1823 (1963), vol. IV, pp. 61-62.

serva Ehrard, all'evoluzione del dibattito che, intorno agli anni '40, e sulla scia dell'opera di P. de Halde, si orientava in Francia verso l'immagine di una Cina spiritualista e deista (34). Tuttavia non sembra che il mutamento di opinione da parte di Voltaire si possa considerare alla stregua di un semplice caso di 'conversione' al prevalere, intorno alla metà del secolo, della tesi dei gesuiti. Troppo a cuore gli sta infatti la tesi della purezza della religione dei cinesi, i cui 'lettrés' sono stati « les plus anciens théistes de la terre » (35), e di cui fa uno dei suoi argomenti preferiti a favore della virtù e del deismo nel teatro (36), nel Dictionnaire philosophique, nei *Dialogues*, fino alle *Questions* sur *l'Encyclopédie* e alle opere più tarde (37).

La questione della Cina implicava peraltro la più ampia problematica della possibilità di una società di atei, e quindi del consenso universale come prova dell'esistenza di Dio. A proposito della prima, occorre riconoscere che nell'art. *Athée-Athéisme* del Dictionnaire philosophique, Voltaire non soltanto concorda con Bayle nell'ammetterne la possibilità, ma suggerisce anche l'esempio del popolo romano, per osservare che i vincitori e i legislatori dell'universo conosciuto formavano visibilmente una società di atei (38). Si può tuttavia osservare in proposito che l'ateismo dei romani è qui ricondotto al non credere all'immortalità dell'anima (39), problema questo su cui Voltaire non volle mai pronunciarsi in maniera definitiva e la cui soluzione non è comunque da lui ritenuta essenziale al deismo. Inoltre, se sempre nel medesimo articolo, Voltaire concorda ancora con Bayle nel preferire l'ateismo che non si oppone ai crimini al fanatismo che li fa commettere, egli riconduce subito tale osservazione alla denuncia delle stragi di S. Bartolomeo (40), e la collega dunque direttamente alla battaglia per la tolleranza religiosa che consegue non dall'ateismo, ma dall'universalità della religione naturale che è oggetto della pro-

---

(34) J. EHRARD, *L'idée* de nature en France, cit., I, p. 409. Sull'atteggiamento incerto tenuto dall'*Encyclopédie*, cfr. Art. *Athéisme* (abate Yvon), ed. cit., t. III, pp. 806-807.

(35) VOLTAIRE, Profession de foi des tkéistes (1768) M.XXVII.60.

(36) Cfr. per es. *L'orphelin* de la Chine (1755) M.V.291.

(37) VOLTAIRE, *Catéchisme* ckinois (1764)) in Diction. pkil., cit., pp. 64 ss. *Dieu* et *les hommes* (1768) M.XXVILI.135-137; Entretiens ckinois (1770), in *Dial. phil.*, cit., pp. 234 ss.; art. *Dieu-Dieux*, in *Questions sur l'Encyclopédie*, M.XVIII. 357 ss., sect. I. Secondo Mason, negli ultimi anni della sua vita, Voltaire sarebbe tornato a dubitare della fede deista dei cinesi, cfr. H.T. MASON, *Pierre Bayle* and *Voltaire*, cit., p. 84, n. 6.

(38) VOLTAIRE, art. *Athée-Athéisme*, in Diction. pkil., ed, cit., pp. 40-41. Cfr. P. BAYLE, Pensieri diversi sulla cometa, trad. it., cit., p. 322.

(39) VOLTAIRE, art. *Athée-Athéisme*, cit., p. 41.

(40) VOLTAIRE, art. *Athée-Athéisme*, cit., p. 42.

fessione di fede teista (41). Del resto, qui come altrove, Voltaire si riferisce a quell'ateismo speculativo, di un Anassagora, di un Aristotele, di un Bayle, di un Vanini, di uno Spinoza, che proprio dei filosofi, non ha conseguenze pratiche nella condotta di vita, e si distingue quindi dall'ateismo che comporta la dissolutezza e pone in pericolo la civile convivenza (42). Tale atteggiamento che riconosce la possibilità dell'ateo virtuoso, corrisponde, come si è visto, ad una posizione comune ai *philosophes,* ma, come osserva Ehrard, l'omaggio così reso agli uomini illustri, è raramente diretto all'ateismo come sistema (43). La medesima tesi era del resto anche sostenuta nell'art. *Athéisme* dell'*Encyclopédie,* in cui l'abate Yvon, dopo aver ammesso la possibile coesistenza di ateismo e virtù, conclude trattando dei pericoli dell'ateismo pratico per la società civile, non diversamente da come Voltaire termina l'art. *Athée-Athéisme* del *Dictionnaire philosophique* (44). Inoltre, la compatibilità fra ateismo e virtù appare ancora più limitata nelle pagine volterriane, in quanto è unicamente riferita alla « tranquilla apatia della vita privata », mentre più volte viene ribadito che il non credere in alcun Dio conduce ai crimini nella tempesta della vita pubblica (45). Non sembra dunque che la posizione di Voltaire su questi temi sia né particolarmente originale né particolarmente significativa, e del resto è ben nota la polemica che, a proposito dell'ateismo, lo mise in contrasto, a partire dagli anni

---

(41) VOLTAIRE, art. *Théiste,* in *Diction. phil.,* cit., pp. 399-401; *Profession de foi des théistes* (1748) M.XXVII.71-72.

(42) VOLTAIRE, *Lettres philosophiques* (1733), let. XIII, ed. cit., p. 69; *Traité de métaphysique* (1734)) ch. IX, in *Mélang.,* cit., p, 107; *Le philosophe ignorant* (1766), in *Mélang.,* cit., p. 901; *Lettres* à *M.A.M. Le prince de X sur Rabelais et sur d'autres auteurs accusés d'avoir mal parlé de la religion chrétienne* (1767), in *Mélang.,* cit., p. 1223. Sui pericoli dell'ateismo pratico, cfr. *Histoire de Jenny* (1775) M.XXI.523, in *Romans et contes,* cit., p. 493.

(43) J. ERHARD, *L'idée de nature en France,* cit., I, p. 399.

(44) *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné,* art. *Athéisme,* t. III, p. 809. Mason osserva che forse l'articolo dell'Encyclopédie servì a Voltaire per la stesura dell'art. *Athée-Athéisme* del *Dicfionnaire* e sottolinea come Voltaire giunga, comunque, a conclusioni distanti da quelle di Bayle, MASON, *Voltaire and Bayle,* cit., pp. 80-81. Anche BENELLI nota che a proposito di virtù e ateismo Voltaire finisce col dare torto a Bayle sui punti fondamentali, op. cit., pp. 208-209. Sui punti di convergenza e di contrasto fra Bayle e Voltaire in merito. al problema, v. anche 1.O. WADE, *The intellectual development of Voltaire,* cit., pp. 649-650.

(45) VOLTAIRE, *Homélies prononcées* à *Londres en 1765* (1767, *Ière Homélie,* M.XXVI.229: « Une société particulière des athées, qui ne disputent de rien, et. qui perdent doucement leurs jours dans la volupté, peut durer quelque temps sans trouble; mais si le monde était gouverné par les athées, il faudrait autant être sous l'empire immédiat de ces êtres infernaux qu'on nous peints acharnés. contre leurs victimes ».

'60 con Diderot e con il barone d'Holbach (46).

In merito poi alla questione del riconoscimento di un Essere supremo da parte di tutte le nazioni, l'Arouet descriveva nell'*Essai sur* Zes moeurs popoli non civilizzati dell'Africa, dell'America che non riconoscono alcuna divinità (47). Riprendendo però l'argomento nell'art. Athée-Athéisme del *Dictionnaire philosophique* egli fa proprie quelle medesime obiezioni che i gesuiti opponevano agli attacchi contro la prova del consenso universale, osservando che questi popoli primitivi non sono da considerarsi atei, ma soltanto degli enfants (48); d'altra parte egli scriveva anche che la fede in un unico Dio è antica come il mondo (49), e ancora a proposito dell'America, osservava che quasi tutte le popolazioni avevano un Dio protettore, perché non è per via di una ragione coltivata che si comincia col riconoscere una sola divinità (41). Riguardo poi ai popoli civilizzati dell'antichità, in Dieu et les hommes Voltaire scriveva che non è mai esistita una nazione riunita sotto delle leggi che non abbia riconosciuto un Dio, e, come successivamente farà nelle *Homélies* prononcées *à* Londres, nelle Questions *sur l'Encyclopédie* e in altri scritti, passa in rassegna caldei, cinesi, persiani, fenici, egiziani, quegli stessi romani di cui aveva sostenuto l'ateismo, per affermare che tutti, pur nella varietà dei loro culti e delle loro superstizioni, hanno riconosciuto un unico essere supremo (52). Ancora più tardi, nell'*Histoire* de *l'établissement* du *christianisme* (1777), mentre rinviene il tesimo professato in Cina, in Russia, negli altri Paesi del nord, osserva che in tutti gli stati che egli ha percorso, ha sempre incontrato « dieci teisti contro un ateo fra coloro che pensano » (52). Sembra dunque che sia lecito conclu-

---

(46) Per quanto riguarda Diderot, J. Fabre ha specificato le varie ragioni che dividevano i due uomini, J. FABRE, *Lumières* et rornantisrne, cit., p. 193. Fra questa figurava anche, da parte di Diderot, il mancato riconoscimento dell'essere supremo.

(47) VOLTAIRE, Essai sur Zes rnoeurs (1756), ed. cit., I, pp. 306, 343, 356.

(48) VOLTAIRE, art. Athée-Athéisrne (1764), in Diction. *philos.*, ed. cit., p. 43: « Ce sont des enfants; un enfant n'est ni athée ni théiste; il n'est rien »; art. *Athéisme*, in Questions sur *l'Encyclopédie*, M.XVII. 463: « Pour les peuples entièrement sauvages on a déjà dit qu'on ne peut les compter ni parmi les athées ni parmi les théistes. Leur demander une croyance, ce serait autant que leur demander s'ils sont pour Aristote ou pour Démocrite... ».

(49) VOLTAIRE, *Profession* de foi des théistes (1768) M.XXVII.55-56.

(50) VOLTAIRE, art. *Religion* (1764), in Diction. *philosoph.*, ed. cit., pp. 361-362; Essai sur Zes *moeurs* (1756), ed. cit., I, pp. 18 ss. Riguardo ai popoli del nuovo mondo, il rapporto fra grandezza d'animo ispirata dalla religione e virtù umana, è raffigurato in *Alzire*, M.III.369; in *Romans* et contes de *Voltaire*, cit.

(51) VOLTAIRE, Dieu et Zes *hommes* (1769) M.XXVIII.134; *Homélies* prononcées *à* Londres (1767)) cit., p. 326; art. Dieu, in Questions sur *l'Encyclopédie*, M.XVIII.357 ss.

(52) VOLTAIRE, *Histoire* de *l'établissement* du *christianisme*, M.XXXI.114.

dere, insieme a Pomeau, che il filosofo francese, anche a costo di contraddirsi, e di discostarsi da J. Locke, oltre che da Bayle, porta a sostegno del suo teismo l'argomento del consenso universale (53).

§ 3. Nelle sezioni aggiunte all'art. *Dieu* nelle *Quesfions sur la Encyclopédie* Voltaire considera Spinoza e il barone d'Holbach quali rappresentanti dell'ateismo moderno. Nei riguardi del primo denuncia l'oscurità di pensiero, rilevandone quindi la scarsa pericolosità, perché « ha scritto in cattivo latino e non ci sono dieci persone in Europa che abbiano letto la sua opera dal principio alla fine » (54), ma soprattutto cerca di attribuirgli l'ammissione delle cause finali *e* il riconoscimento di una legge naturale, proveniente da Dio, sia pure questo identificato con la natura, che è guida della condotta razionale dell'uomo (55). Al secondo, più pericoloso perché più chiaro e quindi leggibile da chiunque, l'Arouet oppone invece la critica alla teoria della generazione spontanea, oggetto della già ricordata lettera a Spallanzani, in cui ribadirà la fede in un Dio onnipotente (56). Ma soprattutto esprime il proprio rifiuto nei confronti del relativismo morale, per cui l'assassinio di un amico, di un fratello, le stragi di S. Bartolomeo e d'Irlanda non costituirebbero crimini esacrabili, e del determinismo per cui sarebbe inutile, e forse ingiusto, domandare a un uomo di essere virtuoso, se non può esserlo senza rendersi infelice (57).

Queste pagine dell'art. *Dieu-Dieux* appaiono particolarmente significative non soltanto perché Voltaire cerca in esse di demolire due sistemi filosofici atei, ma anche perché dimostra di assumere in proposito posizioni divergenti da quelle dei *philosophes* suoi contemporanei. L'atteggiamento che prende nei confronti del filosofo olandese è infatti simile a quello degli Enciclopedisti nel denunciare l'oscurità, e quindi la scarsa 'incisività del suo pensiero (58), ma sembra del

---

(53) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 366; cfr. anche S. LANDUCCI, I filosofi e i selvaggi, cit., pp. 268 ss.

(54) VOLTAIRE, art. *Dieu,* sect. III, in *Questions sur l'Encyclopédie,* M.XVIII. 367.

(55) VOLTAIRE, art. *Dieu,* sect. III, cit., M.XVIII.366: « profession de foi de Spinoza: si je concluais aussi que l'idée de Dieu comprise sous celle de l'infinité de l'univers, me dispense de l'obéissance, de l'amour et du culte, je ferais encore un plus pernicieux usage de ma raison; car il m'est évident que les lois que j'ai reçues, non par le rapport ou l'entremise des autres hommes mais immédiatement de lui, sont celles que la lumière naturelle me fait connaitre pour véritables guides d'une conduite rationnable ».

(56) VOLTAIRE, art. *Dieu-Dieux,* sez. IV, M.XVIII. 372 ss.

(57) VOLTAIRE, art. *Dieu-Dieux,* sect. IV, in *Quest. sur l'Encycl.,* cit., p. 372.

(58) Encyclopédie *ou* Dictionnaire raisonné, art. Spinoza (Diderot), « Très peu de personnes sont soupçonnées d'adherer à sa doctrine et parmi ceux que

tutto originale nel non limitarsi alla raffigurazione di Spinoza come ateo moderno, per attribuirgli invece l'ammissione di una suprema intelligenza ordinatrice (59). Queste che Voltaire esprime ora si possono considerare come il punto di arrivo delle sue riflessioni sul filosofo di Amsterdam che, come è stato ripetutamente sottolineato, proprio sul problema di Dio, erano mutate da quando egli, attraverso il *Dictionnaire historique et critique,* era venuto, negli anni giovanili, in contatto con la filosofia spinoziana (60). Dopo assersi infatti, per lungo tempo, limitato a considerare Spinoza come l'erede della fisica cartesiana che conduceva all'ateismo (61), nonché a ripetere l'apprezzamento di Bayle per l'ateo virtuoso (62), senza rivelare peraltro un particolare interesse per il filosofo olandese (63), verso la metà degli anni '60 aveva dimostrato nei confronti del medesimo un nuovo impegno, e si era dedicato «con tutta l'attenzione di cui era capace» (64), allo studio della sua opera. Nel *Philosophe* ignorant egli aveva ancora rappresentato Spinoza come ateo, ma, assumendo una posizione già diversa da quella di Diderot nell'*Encyclopédie,* aveva attribuito ai

---

l'on soupçonne, il y en a peu qui l'ont étudiée, et entre ceux-ci il y en a peu qui l'aient comprise et qui soient capables d'en tracer le vrai plan et de développer le fils de ses principes. Les plus sincères avouent que Spinoza est incomprehensible, que sa philosophie sur tout est pour eux un énigme perpétuelle...». Sull'argomento, cfr. P. VERNIERE, Le spinozisme et *l'Encyclopédie,* in Revue d'histoire *littéraire* de France, 1951, n. 51, pp. 347-358.

(59) Cfr. Encyclopédie..., art. *Athée* (abate Yvon) e Athéisme (abate Yvon), ed. cit., III, pp. 803-807.

(60) SU Voltaire e Spinoza, v. P. VERNIÈRE, Spinoza et la *pensée française* avnnt la revolution, Parigi, 1954, vol. 2°; P. HAZARD, *Voltaire* et Spinoza, cit.; H.T. MASON, Pierre Bayle and Voltaire, cit., pp. 104 ss.; I.O. WADE, *The intellectua2* development *of* Voltaire, cit., pp. 693 ss.; E. JAMES, *Voltaire* and the Ethics of Spinoza, in Studies on Voltaire, cit., 1984, n. 228, pp. 67-87.

(61) VOLTAIRE, *Métaphysique* de *Newton* (1740) M.XXII.404, ch. P: «Se dis que le système de Descartes a produit celui de Spinoza». Sulle implicazioni ateistiche della fisica cartesiana, v. A. VARTANIAN, *Diderot* et Descartes, *Princenton,* 1953, trad. ital., Milano, 1963.

(62) Come osserva Vernière, l'evocazione di Spinoza come simbolo dello ateo virtuoso costituisce uno dei motivi ricorrenti nell'opera di Voltaire, cfr. P. VERNIÈRE, op. cit., vol. II.

(63) Came nota Wade, i libri di Spinoza acquistati da Voltaire e i *Note*books del periodo 1735-1750 denotano un interesse per il pensiero di Spinoza, mentre il Tractatus è fra le fonti del deismo critico del periodo di Cirey, I.O. WADE, The intellectual *development* of Voltaire, cit., p. 694. Secondo James, l'interesse di Voltaire per Spinoza cresce già d'intensità all'epoca di Zadig, la cui questione centrale è se l'universo è dominato dalla provvidenza o è soggetto al fato, mentre nel *Poème* sur la *loi naturelle* è contenuto, a proposito dei rimorsi, un riferimento ben preciso ai contenuti dell'*Ethica,* E. JAMES, *Voltaire* and the Ethics of Spinoza, cit., p. 71.

(64) VOLTAIRE, Le système *vraisemblable* (1770) M.XXXI.167.

« nuovi spinozisti » l'ammissione di una suprema intelligenza (65). Negli scritti successivi egli veniva quindi ad esprimere sempre più apertamente le proprie riserve sull'ateismo del filosofo olandese. Nella *Lettera à* M. le *prince* de X, l'Arouet, pur sottolineando ancora che Spinoza non credeva in alcun Dio, osservava anche come nel Tractatus *theologico-politicus* non fossero contenuti i germi dell'ateismo, comparsi soltanto nelle opere postume, mentre Spinoza aveva parlato ovunque di un essere infinito (66); nelle *Homélies* prononcées *à Londres* Voltaire scriveva quindi che Spinoza, pur avendo il torto di riconoscere un'unica sostanza, ammetteva un'intelligenza universale (67). Ancora nel L'ABC egli annotava che Spinoza riconosceva 'une intelligence qui anime le monde', e in una lettera a M.me du Deffand del 1769 l'Arouet affermava che « ce Spinoza admettait, avec toute l'antiquité, une intelligence universelle » (68), mentre nel Système *vraisemblable* sosteneva che il filosofo olandese « admet nettement une intelligence suprême », e, pur avendo in merito idee contraddittorie, « il ne nie point l'existence de Dieu » (69). Secondo Hazard, se è difficile dire quali siano state le cause che negli anni '60-'70 hanno risvegliato l'interesse di Voltaire per Spinoza, questo sembra

---

(65) VOLTAIRE, Le *philosophe* ignoranf (1766), in Mélang., cit., p. 880: « Mais au fond Spinoza ne reconnait point un Dieu, il n'a probablement employé cette expression, il n'a dit qu'il faut servir et aimer Dieu que pour ne point affaroucher le genre humain. I1 parait athée dans toute la force de ce terme »; p. 881: « Les spinozistes modernes répondent: 'Ne nous affarouchez pas des conséquences que vous nous imputez; nous trouvons comme vous une suite d'effets admirables dans les corps organisés, et dans toute la nature. La cause éternelle est dans l'intelligence éternelle que nous admettons, et qui, avec la matière constitue l'universalité des choses' ». Cfr. Encyclopédie, art. *Spinozis*te (Diderot), trad. ital., in Enciclopedia, cit., p. 893.

(66) VOLTAIRE, *Lettres à* M. le prince de X (1767), in Mélang., cit., pp. 1273-1274: « Ce livre (Tractatus theologico-politicus) est si loin de le athéisme qu'il y est souvent parlé de Jésus Christ comme de 'envoyé' de Dieu... Peu de gens ont remarqué que Spinoza dans ce funeste livre, parle toujours d'un être infini et supreme: il annonce Dieu en voulant le détruire; mais le fait est qu'il n'en (de Dieu) reconnait point du tout et qu'il ne s'est servi de ce mot sacré que pour ne pas trop affaroucher les hommes ».

(67) VOLTAIRE, *Homélies* prononcées *à* Londres (1767), cit., M.XXVI.317: « Aussi Spinoza qui raisonnait rnéthodiquement, avouait-il qu'il y a dans le monde une intelligence universelle, Cette intelligence existe nécessairement avec la matière: elle en est l'âme, l'une ne peut être sans la autre. L'intelligence universelle brille dans les astres, nage dans les éléments, pense dans l'homme, végète dans les plantes.., ».

(68) VOLTAIRE, L'ABC (1768), in *Dialog. phil.*, cit., p. 338; Lettera a M.me du Deffand del 3 aprile 1769: « Ce Spinoza admettait, avec toute l'antiquité, une intelligence universelle ».

(69) VOLTAIRE, Le système *vraisemblable* (1770) M.XXXI.163 ss. « I1 admet nettement une intelligence universelle; il ne nie point l'existence de Dieu ».

comunque riportarsi « all'inquietudine filosofica » che caratterizza Voltaire soprattutto negli anni delle vecchiaia (70). Per Vernière esso è piuttosto legato al fatto che, non essendo più necessaria una politica di prudenza, Voltaire poteva richiamarsi apertamente al filosofo olandese nella sua lotta contro l'*Infâme* (71). Questo articolo *Dieu-Dieux* sembra indicare che esse siano invece verosimilmente collegate alla crescente esigenza di opporsi al materialismo e all'ateismo di Diderot e d'Holbach, e quindi, in definitiva, di fronte all'ipotesi di un mondo di materia e movimento costituitosi a caso (72), di ribadire la presenza di un ordine fisico e morale retto da una legge naturale che ha il suo fondamento nella divinità. In questo senso è significativo che Voltaire, intorno agli anni '70, cerchi di attribuire a Spinoza anche l'ammissione delle cause finali, così che se ancora nel *Philosophe ignorant*, e nelle *Lettres* a M. le prince *de X*, nelle *Homélies prononcées* à Londres egli rimprovera al filosofo olandese di non aver riconosciuto dei disegni nell'universo (73), annotando Diderot afferma che Spinoza ammette « la pensée avec la matière » e « qu'il admet des desseins » (74). Nell'art. Causes finales delle Questions sur *l'Encyclopédie* egli scrive quindi che il filosofo olandese è costretto a riconoscere « une intelligence qui préside à tout » (75), così come nel citato art. Dieu-Dieux cerca di attribuirgli il riconoscimento di un Dio non più meccanico, ma che regge l'universo ed è soggetto di amore (76). Pomeau ha osservato che Voltaire, comprendendo fra i primi, contro l'interpretazione ateistica, che nell'*Ethica* il nome di Dio non è una vana parola, ha presentito il misticismo spinoziano (77). Da parte sua invece James ha sostenuto che questa attribuzione a Spinoza dell'eterna intelligenza ordinatrice è frutto (di un fraintendimento dell'*Ethica*, che Voltaire conosceva soltanto nella *Réfutation* di Boulain-

(70) P. HAZARD, *Voltaire* et Spinoza, cit., p. 359 e p. 363.

(71) P. VERNIERE, Spinoza et la pensée *française* avant *la revolution*, cit., II, p. 507.

(72) Come osserva James, l'interesse per Spinoza riemerge intorno al 1765: « possibly by the coming into prominence of materialistic doctrines, misleadingly described as neo-spinozist, of which Diderot was to be the most distinguished exponent », E. JAMES, *Voltaire* and the *Ethics* of Spinoza, cit., p. 72.

(73) VOLTAIRE, Le philosophe ignorant (1766), in Mélanges, cit., p. 881; *Lettres à* M. *le* prince de X, X, in *Mélanges*, cit., p. 1274; *Homélies* prononcées a Londres (1767), M.XXVI.317: « Ils (Spinoza e altri filosofi) sont forcés de reconnaître une intelligence supreme; mais ils la font aveugle et purement mécanique. Ils ne la reconnaissent point comme un principe libre, indépendant et puissant ».

(74) *Corpus* des notes *marginales* de Voltaire, Berlino, 1979, III, p. 136. Cfr. N. TORREY, *Voltaire's reaction* to Diderot, in PMLA, 1935; L, pp. 1107-43.

(75) VOLTAIRE, art. Causes finales, M.XVIII.98; art. Athéisme, M.XVII.464.

(76) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, cit., sez. III, p. 366.

(77) R. POMEAU, La *religion* de Voltaire, cit., p. 414.

viller ([68]). Quello che, ci sembra, importa qui sottolineare è che lo Arouet, anche se non sempre in maniera conseguente ([79]), tenta di distinguere la tesi del filosofo d'i Amsterdam da quelle dei nuovi sostenitori dell'ateismo, che pure ad esse si richiamavano, così da togliere a questi ultimi il sostegno di un rapporto col sistema spinoziano che è « mieux lié, mieux raisonné mille fois que celui da Straton et d'Epicure » e che quindi è « le plus dangereux, le plus pernicieux de tous » ([80]).

Quanto al barone d'Holbach, la sezione IV dell'art. *Dieu-Dieux* che gli era dedicata riproduce l'opuscolo su Dio scritto da Voltaire nell'estate del 1770, dopo esser venuto a conoscenza della pubblicazione del *Système de* la ***nature*** ([81]). Anche se, secondo Naville, si tratta di una scrittura frettolosa e alquanto superficiale, « che non contiene niente di più quanto *già* non si legga nella tambureggiante corrispondenza di quell'anno » ([82]), essa presenta un certo interesse perché sintetizza le ragioni dell'avversione dell'Arouet al nuovo ateismo fondato sulla biologia e sul determinismo. Voltaire critica d'Holbach per aver negato la distinzione fra ordine e disordine fisico e morale ([83]), per aver sostenuto che la materia eterna e necessaria, attraverso le pro-

---

([78]) E. JAMES, *Voltaire* and the Ethics of Spinoza, cit., p. 74 e p. 82. Secondo James i nuovi spinozisti di cui parla Voltaire non possono che identificarsi con lo stesso Boulainviller, nella cui Réfutation des erreurs de *Benoît* de Spinoza (1731) sono presenti tendenze deistiche e anche cristiane.

(79) Nelle stesse Questions sur *l'Encyclopédie,* Voltaire non manca di definire ancora ateo il filosofo di Amsterdam per citarlo come esempio di ateo virtuoso, cfr. art. Dieu-Dieux, cit., sect. V., p. 376 ss.

([80]) Cfr. art. Dieu-Dieux, loc. cit.: « Spinoza du moins avouait une intelligence agissante dans ce grand tout qui constuait la nature; il y avait de là de la philosophie. Mais je suis forcé de dire que je n'en trouve aucune dans le nouveau système »; Lettera a *M.me* du *Deffand* del 3 aprile 1769: « Je sens si bien que le siècle de Louis XIV est si prodigeusement supérieur au siècle présent, que les athées de ce temps-ci ne valent pas ceux du temps passé. Il n'y en a aucun qui approche Spinoza qui admettait, avec toute l'antiquité, une intelligence universelle; il faut bien qu'il y en a une, puisque nous avons de l'intelligence... Nos athées modernes substituent à celà je ne sais quelle nature incompréhensible, et je ne sais quels calculs impossibles. C'est un galimatias qui fait pitié »; Liberté d'imprimer (1765), M.XIX.586.

([81]) VOLTAIRE, Dieu, réponse au *Système* de la nature, 10 agosto 1770, d'après Dupan.

([82]) P. NAVILLE, *D'Holbach* e la filosofia scientifica del XVIII secolo, Parigi, 1967, trad. ital. Milano, 1976, p. 102. Da una lettera a Grimm risulta per la prima volta che Voltaire ha letto il Système de *la* nature che aveva cominciato a circolare, anonimo, alla fine dell'inverno. L'11 agosto: annunciava a d'Alembert di aver fatto pubblicare il suo opuscolo su Dio.

([83]) VOLTAIRE, Dieu-Dieux, cit., sect. IV, loc. cit.: « N'est-ce pas la régularité ordinaire de la nature qui fait l'ordre, et l'irrégularité qui est le désordre?... Point d'effet sans cause, mais c'est un effet très désordonné.., Reste à décou-

prie forme e combinazioni è sufficiente a spiegare l'universo (84), per aver aderito alle tesi di Nehedam sulla generazione spontanea (85) e soprattutto lo critica per aver fatto del materialismo un sistema, mentre « tutti i sistemi non sono che sogni » (86). Egli ancora rimprovera al barone di aver sostenuto che dalla negazione delle idee innate consegue la negazione dell'esistenza di Dio (87), di aver affermato che, essendo l'uomo forzato ad amare il suo benessere, consegue che egli deve amare il vizio se questo può renderlo felice (88), e di avere infine scritto che l'esistenza del male dimostra l'inesistenza di Dio (89).

Tutti questi argomenti esprimevano le ragioni dell'opposizione di

---

vrir, si l'on peut l'origine de ce désordre; mais il existe». Cfr. D'HOLBACH, Sistema della natura, trad. it. a cura di A. Negri, Torino, 1978, p. 131: « è facile concludere... che (l'ordine e il disordine) non esistono realmente in una natura ove tutto è necessario, che segue leggi costanti e costringe tutti gli esseri a seguire, in ogni istante della loro durata, le regole che derivano dalla loro esistenza ».

(84) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.; cfr. D'HOLBACH, Sistema della natura, cit., p. 681: « È al movimento soltanto che sono dovuti i mutamenti, le forme, le modificazioni della materia. È attraverso il movimento che tutto ciò che esiste si produce, si altera, e si distrugge ».

(85) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.; cfr. D'HOLBACH, op. cit., pp. 104-105. Sugli esperimenti di Nehedam, per cui da un miscuglio d'acqua e farina si sarebbero spontaneamente generati dei piccoli esseri acquatici, cfr. J. ROGER, Les sciences de *la* vie au siècie des *lumières*, Parigi, 1963, pp. 494 ss.; A. VARTANIAN, Diderot e Descaries, cit., pp. 232 ss.

(86) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.: « Comment un germe pervient à la vie? L'auteur et le lecteur n'en savent rien. De là deux volumes du *Système*; et tous les systèmes du monde ne sont-ils pas des rêves? ».

(87) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.: « en vérité, de ce que nous n'avons point d'idées innées, comment s'en suit qu'il n'y a point un Dieu? Cette conséquence n'est-elle pas absurde? Y-a-t-il quelque contradiction à dire que Dieu nous donne des idées par nos sens? N'est-il-pas au contraire de la plus grande évidence que s'il est un être tout-puissant dont nous tenons la vie, nous lui devons nos idées et nos sens comme tout le reste? »; cfr. D'HOLBACH, op. cit., pp. 214-215.

(88) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.: « Cette maxime est encore plus exécrable en morale que les autres ne sont fausses en physique... La proposition de l'auteur serait visiblement la ruine de la société »; cfr. D'HOLBACH, op. cit., p. 203: « Se l'uomo, secondo natura, è indotto a desiderare il suo benessere, è indotto ad amarne i mezzi... poichè il vizio lo rende felice, deve amare il vizio ».

(89) VOLTAIRE, art. Dieu-Dieux, loc. cit.: « Enfin sa grande obiection est dans les malheurs et dans les crimes du genre humain...; mais j'ose dire que quand il nous est prouvé qu'un vaste édifice... est bâti par un architecte quel qu'il soit, nous devons croire à cet architecte, quand même l'édifice serait teint de sang, souillés par nos crimes, et qu'il nous écraserait par sa chute ». Cfr, D'HOLBACH, *Système* de la nature, cit., p. 517: « La provvidenza divina non si abbandona al sonno durante i contagi, le pesti, le guerre, i disordini, le rivoluzioni fisiche e morali di cui la razza umana è continuamente vittima? ».

Voltaire non soltanto a d'Holbach ma anche agli indirizzi materialistici e sistematici che i *philosophes* del 'controilluminismo' assumevano nella seconda metà del secolo XVIII. In merito alle critiche alla biologia e alla fisica, Voltaire, che, come scrive Vartanian, continuò per tutta la vita ad essere partigiano delle cause finali e non si sentì mai a suo agio con l'indirizzo non finalistico della nuova scienza (90), riassume qui gli argomenti della fissità delle speci, della necessità dei germi per la generazione (91), in una parola dell'ordine dell'universo retto direttamente da una suprema intelligenza quale origine degli esseri esistenti, che già aveva espresso nel Traité de Métaphysique, nel *Discours en* vers sur *l'homme,* nel Philosophe ignorant, nei *Colimaçons* de R.P. *l'Escarbotier* (1768), nelle *Singularités* de la nature (1768), nel *L'ABC* (1768), nella Corrispondenza, e su cui ancora ritornerà nelle Lettres de Memnius *à Cicéron* fino ai Dialoghi di Evemero (92). Si tratta, in una parola dei temi che, come scrive Roger, egli ripete per ben tredici anni e in più di venticinque opere, così da porsi contro la nuova scienza e la nuova biologia di Diderot *e* del barone d'Holbach l'avversario « le plus rédoutable et le plus obstiné que les Haller, les Bonnet, les Spallanzani » (93). Circa poi la critica a d'Holbach per aver preteso di dare una risposta certa al problema della vita e di avervi costruito un sistema, Voltaire non fa che riprendere qui quell'argomento dell'incapacità dell'uomo di rispondere agli interrogativi sull'essere, già espresso dalle Lettres *philosophiques,* al *Discours en* vers sur *l'homme,* al Philosophe *ignorant,* e ripetuto infinite volte in tutta la sua opera, che, se può ritrovare le proprie radici nel pensiero di un Pascal o di un Montaigne, esprime soprattutto quel senso del mistero di Dio come limite alla conoscenza scientifica (94), per cui il pensiero volterriano sull'ordine dell'universo, rimandando a Dio, rinvia all'*Inconnu,* così che, come scrive Pomeau,

---

(90) A. VARTANIAN, Diderot et Descartes, cit., p. 83.

(91) J. ROGER, Les sciences de la *vie au* siècle des *lumières,* cit., p. 735.

(92) VOLTAIRE, Traité de Métaphysique, ch. IL, in Mélang., cit., p. 162; *Discours* en vers sur *l'homme,* IV discours, in Mélang., cit., pp. 224-25; Le *philosophe* ignorant, in *Mélang.* cit., p. 872; *Colimaçons* de ***R.P.*** *L'Escarbotier,* M.XXVII.213 ss.; Singularité de la nature, M.XXVII.125 ss.; *L'ABC,* 17 entret., in *Dialog. phil.,* cit., pp. 338-340; Lettres de *Memnius à* Cicéron, III let., M. XX VIII. 440-441: « Quiconque dit que la corruption produit la génération est un rustre, et non pas un philosophe: c'est un ignorant qui n'a jamais fait d'expérience... Mais qui a fait ces astres, cette terre, ces animaux, ces végétaux, ces germes, dans les quels un art si merveilleux éclate? I1 faut bien que ce soit une intelligente prodigeusement au-dessus de la nôtre puisque elle a fait ce que nous pouvons à peine comprendre; et cette intelligence, cette puissance, c'est ce que j'appelle Dieu »; *Dialogues d'Evhémère,* IX *dial.,* in *Dial. phil.,* cit., pp. 442 ss.

(93) J. ROGER, Les sciences de *la* vie au siècle des *lumières,* cit., p. 748.

(94) J. ROGER, Les sciences de la vie au siècle des *lumières,* cit., p. 732.

« le univers mecanicien de Voltaire baigne dans le mystère, et son théisme recèle un mysticisme » (95).

Venendo quindi alle tesi contro l'esistenza di Dio con cui d'Holbach dimostra, a differenza dei suoi 'contemporanei francesi un « materialismo dogmatico e uno zelo che eccede anche il suo materialismo » (96), Voltaire riprende e sviluppa qui le critiche già intraprese nei confronti di *Le christianisme clévoilé* con cui il barone aveva sferrato il suo primo attacco contro la religione (97). Alle affermazioni per cui questa è nociva al benessere dello stato, avversaria al progresso dello spirito umano, opposta agli interessi di una morale da cui la politica non può essere disgiunta (98), Voltaire aveva innanzitutto rep icato con note marginali nel testo. Soffermandosi su queste pagine che, come scrive Venturi, toccavano le sue solide convinzioni, l'Arouet, che pure approvava l'attacco al clero e al cristianesimo, nonché la critica all'esegesi biblica, per la quale rivendicava anzi l'esigenza di una più severa analisi razionale, respingeva l'ateismo. come una filosofia da lui aborrita e interamente opposta ai suoi principi (88). All'autore de *Le christianisme dévoilé* ancora aveva risposto nelle *Lettres* à *M.le prince de X* per affermare che, malgrado gli errori e le intolleranze delle religioni, nessun pretesto può giustificare l'ateismo, e che, anche quando tutti i cristiani si fossero sterminati per dispute teologiche, ugualmente occorrerebbe « guardare il sole e riconoscere l'essere eterno, perché, se gli uomini sono dei mostri, Dio é Dio » (100). Ora, di fronte al *Système de la nature* rivolto non soltanto a negare il concetto di Dio, ma anche a respingere dogmaticamente e sistematicamente il principio che la religione sia necessaria a mantenere ordine e virtù nella società, nonché a combattere il deismo e le varie forme di religione naturale, non meno che le religioni soprannaturali, Voltaire, « allarmato », non fa che ripetere ancora una volta, anche di fronte al discredito della Chiesa e del clero, l'esistenza di una intelligenza suprema (101). Più sorprendente è la critica a d'Holbach per aver sostenuto il determinismo

(95) R. *POMEAU, La religion de Voltaire,* cit., p. *412.*

(96) *V. TOPAZIO, Holbach's moral code: social and humanistic,* in *Studies on Voltaire,* cit., p. *1615;* Id.,*D'Holbach apostle of atheism,* in *Modern Language Quarterly, 1956,* september, p. *252.*

(97) *Le christianisme dévoilé, 1761,* attribuito a Boulanger.

(98) *Le christianisme dévoilé, epistola dedicatoria.* Cfr. *P.* NAVILLE, op. cit., p. *290.*

(99) F. *VENTURI, Postille inedite di Voltaire a Boulanger e al barone de Holbach,* in *Studi francesi, 1958,* n. 2, p. *236.* Per le note al *Christianisme dévoilé* redatte nel *1766,* cfr. *M.XLVI.534.*

(100) *VOLTAIRE, Lettres* à *M.le prince de X,* in *Mélanges,* cit., p. *1257.*

(101) *V. TOPAZIO, Holbach's moral code: social and humanistic,* cit., p. 1615.

morale, in quanto lo stesso Voltaire, fin dalle *Lettres philosophiques* aveva aderito all'epistemologia lockiana, fatta propria anche dal barone, per cui le idee derivano dalle sensazioni, e la volontà è determinata dalle rappresentazioni del piacere e del dolore collegate all'azione. Su tali argomenti, come sul problema del male, si ritornerà nella prosecuzione di questa ricerca; quello che importa qui sottolineare è che queste critiche a d'Holbach dimostrano ancora una volta che Voltaire, come non trae dalla negazione delle idee innate una prova contro l'esistenza di Dio, così non fa derivare dalla teoria della determinazione della volontà la negazione della distinzione fra vizio e virtù. Se, come osserva Topazio, d'Holbach fu soprattutto influenzato dalle soluzioni radicali dei ;discepoli di Locke, quali Toland, Collins, Woolston, Annet ([102]), l'Arouet, che parimenti si ispirò ai loro scritti per quanto concerne la critica alle chiese, al vecchio e nuovo testamento ([103]), da un lato rimane fedele alle conseguenze non ateistiche della gnoseologia lockiana ([104]), e dall'altro non esita ad andare anche contro il filosofo inglese, pur di mantenere, sul modello della distinzione fra ordine e disordine nel mondo fisico, la discriminazione fra bene e male nel mondo morale.

2. Il Dio di Voltaire

§ 1. La battaglia di Voltaire contro l'ateismo è stata interpretata da Besterman come finalizzata all'opportunità politica di lasciare al principe e al popolo la fede in un Dio che punisce e che ricompensa ([105]). Fra gli studiosi che hanno condiviso questa tesi, Waldinger ne ha in part colare sottolineato una ragione nell'avversione dell'Arouet verso il dispotismo cui avrebbe condotto la combinazione di ateismo e potere ([106]). Tuttavia Pomeau ha ancora rilevato come le prove dell'insincerità di Voltaire si sono ricercate nei testi anti-d'Holbach, vale a dire in quelli successivi al '65, in cui i temi del Dio vendicatore e remuneratore sono ripetuti insistentemente, mentre negli scritti anteriori essi compaiono di rado, o non compaiono affatto

([102]) V, TOPAZIO, *D'Holbach* apostle of atheisrn, cit., p. 252.

([103]) N. TORREY, *Voltaire* and the english deists, New Havens, 1930, pp. 199 ss.

([104]) J. LOCKE, Vindication of the « reasonableness of Christianity », *from* M. *Edward's* Reflections, Londra 1695: contro le accuse di ateismo mossegli dall'Edwards, Locke afferma qui che l'esistenza di Dio come fondamento di ogni morale e di ogni religione, non è stata mai da lui messa in dubbio. Cfr. M. SINA, L'avvento della ragione, Milano, 1976, p. 399, n. 192.

([105]) Th. BESTERMAN, Voltaire·s God, cit.; D. MORNET, Les *origines intellectuelles* de la Revolution *française*, cit., p. 86.

([106]) R. WALDINGER, *Voltaire* and Reform in the Light of French Revolution, Genève-Parigi, 1959, p. 34.

prima del 1752 (107). D'altra parte si può anche osservare che il problema di Dio è presente in tutta l'opera volterriana, anche in quella non destinata alla pubblicazione, come il Traité de Métaphysique o gli appunti dei Notebooks e dei *Marginalia*, in cui, come scrive Gargett, numerose note interessanti riguardano l'esistenza di Dio (108), mentre, anche negli scritti posteriori al '65 l'argomento dell'utilità sociale non è il solo ad essere fatto valere. Nel Dictionnaire *philosophique* Dio non è soltanto il creatore che ricompensa del bene **e** punisce del male compiuti, « che ha dato all'uomo la nozione di giustizia », ma è anche l'Essere supremo che « a formé tous **les êtres** étendus, végétants, sentants et réflechissants, qui perpétue leur espèce », è « l'essence supreme, l'éternel géomètre qui a tout rangé avec ordre, poids et mesure » (109). Nel *Philosophe* ignorant e nei Dialoghi Dio rimane l'intelligenza suprema, l'artefice delle leggi meccaniche e geometriche che regolano l'universo, l'Essere eterno e necessario, il supremo architetto, l'« horloger », che ha formato gli esseri intelligenti (110); in una parola rimane il Dio la cui esistenza era stata conclusivamente provata dai segreti della natura scoperti da Newton, la cui filosofia, che conduceva 'inevitabilmente' al riconoscimento di un Essere supremo che ha creato e ordinato tutte le cose, aveva suscitato l'entusiasmo di Voltaire fin dal suo soggiorno inglese (111). Anche dopo il 1765, accanto alle osservazioni In merito all'utilità sociale della religione (112), rimangono dunque fermi gli argomenti co-

(107) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 398, n. 49.

(108) G. GARGETT, *Voltaire* and *Protestantism*, cit., p. 466. Non mi sembra condurre a conclusioni diverse l'osservazione fatta da Alatri in merito alla prudenza di Qoltaire anche negli scritti personali non destinati alla pubblicazione; P. ALATRI, Diderot, *Voltaire* e il partito filosofico, cit.

(109) Artt. *Dieu* (1764), Theiste (1765), Fin, causes *finales* (1764), ed. cit., pp. 168-169, 399-400, 200-201.

(110) VOLTAIRE, Le *philosophe ignorant* (1766), in *Mélan.*, cit., p. 872; *Dialogues* entre Lucrèce et Posidonius (1756), *L'ABC* (1768), *Dialogues* de *Evhémère* (1777), 2° dial., in *Dialog. phil.*, cit., pp. 38, 337, 405.

(111) VOLTAIRE, Métaphysique de Newton (1740), M.XXI.403: « Newton était infiniment persuadé de l'existence d'un Etre supreme »; Art. Athée, in Questions sur *l'Encyclopédie* (1770) M.XVII.458, sect. II: « La philosophie de Newton, qui admet et qui prouve la matière finie et le vide, prouve aussi démonstrativement un Dieu ». Come nota Vartanian, Voltaire fu quindi l'apostolo della teologia naturale newtoniana in Francia; A. VARTANIAN, Diderot *et* Descartes, cit., p. 83. Sugli aspetti religiosi della filosofia di Newton, cfr. A. KOYRE, Sens et porté de la *synthèse* newtonienne, in Etudes newtoniennes, Parigi, 1963, trad. it., Torino, 1983, pp. 223; M. SINA, L'avvento della ragione, cit., pp. 435-436; sul newtonianesimo e i philosophes, v. anche P. CASINI, Introduzione *all'illuminismo*, Bari, 1980, vol. I; Id., Newton e la coscienza europea, Bologna, 1983.

(112) Come osserva Pomeau, nel contesto storico del secolo XVIII, l'argomento dell'utilità sociale della religione non aveva il significato odierno di scandalo, ad esso ricorrevano gli spiritualisti, l'assemblea del clero, lo stesso

smologici della contingenza del mondo e delle cause finali, e Dio rimane il fondamentale principio metafisico che l'Arouet, fin dalle Remarques sur *Pascal*, aveva posto a garanzia non soltanto della giusta relazione fra gli uomini, ma anche di ogni altro problema metafisico e morale ([113]). Alla *boutade* de *L'ABC* per cui « je veux que mon procureur, mon tailleur, mes valets, ma femme croient en Dieu, et je serai rnoins volé et moins cocu », corrispondono le affermazioni che « toute la nature crie qu'il existe » ([114]), mentre la conoscenza dell'Essere che fa del bene agli onesti e punisce i malvagi va di pari passo con quella che l'« homme ne s'est fait de lui-même », e che « nous dépendons d'un être supérieur, quel qu'il soit » ([115]). Sembra dunque fondata la tesi di Gay, per cui, se l'affermazione di Voltaire sul carattere essenziale della fede nell'Essere supremo era in parte dovuta all'utilità, per altra parte era dovuta al fatto che era vera, perché egli credeva in Dio e il suo sentimento religioso, pur essendo tutt'altro che semplice era autentico ([116]).

Clarke. Con il medesimo Voltaire si rifaceva dunque ad un argomento tradizionale; R. POMEAU, La *religion* de VoZtaire, cit., p. 398.

([113]) I.O. WADE, The *intellectual development* of Voltaire, cit., pp. 587-604.

([114]) VOLTAIRE, *L'ABC* (1768), *XVII* Entr., in *Dial. philos.*, cit., p. 344; v. anche art. *Athéisme*, in *Questions* sur *l'Encycl.*, M.XVII.463: « Il est très vrai que par tout pays la populace a besoin du plus grand frein, et que si Bayle avait eu seulement cinq à six cents paysans à gouverner, il n'aurait pas manqué de leur annoncer un Dieu rémunérateur et vengeur »; art. Dieu, in Diction. *phi*-Zosoph., ed. cit., p. 168 (Logomachos): « Qui t'a dit qu'il y a un Dieu? »; (Dondindac): « la nature entière »; Lettres de Memnius *à Cicéron* (1771) M.XXVII. 442: « Je ne dois admettre que ce qui m'est prouvé; et il m'est prouvé qu'il y a dans la nature une puissance intelligente... Les arbres, les plaintes, tout ce qui jouit de la vie, et surtout l'homme, la terre, la mer, le soleil, et tous les astres, m'ayant appris qu'il y a une intelligence active, c'est à dire un Dieu... »; art. *Religion*, in Questions *sur l'Encyclopédie* (1770) M.XVIII.342: « Je méditais cette nuit; j'étais absorbé dans la contemplation de la nature; j'admirais l'immensité, les cours, les rapports de ces globes infinis que le vulgaire ne sait admirer. J'admirais encore plus l'intelligence qui préside à ces vastes ressorts. Je me disais... il faut être stupide pour n'en pas reconnaitre l'auteur; il faut être fou pour ne pas l'adorer ».

([115]) VOLTAIRE, *Dieu et Zes hommes* (1769) M.XXVIII.135.

([116]) P. GAY, *Enlightenment. An interpretation*, cit., p. 397: « But a belief in God was essential, partly because an atheist king, like an atheist merchant or an atheist servant, would feel liberated from all contraints with disastrous consequences to himself and his society, but partly also because it was true. Voltaire... believed in God. His religious feeling was anything but simple... But is was authentic »; I.O. WADE, The *intellectual development* of Voltaire, cit., p. 721: « The essential fact fos him was that God is the supreme maker of everything and is announced by everything he makes ». Come osserva dunque anche Condorcet, « Voltaire a paru constamment persuadé de l'existence d'un être supreme, sans se dissimuler la force des objections qu'on oppose à cette opinion », CONDORCET, Vie de VoZtaire, M.I.291.

Voltaire ammette l'impossibilità di dimostrare scientificamente l'esistenza di Dio, e considera anzi assurdo ogni tentativo in tale senso. Questo argomento dell'incapacità dell'uomo riguarda peraltro propriamente soltanto la natura dell'Essere supremo e, mentre nel 1742 l'Arouet già oppone alla pascaliana pretesa insufficienza delle prove su Dio l'evidente proposizione che « se esisto qualcosa esiste da tutta l'eternità » ([117]), la dimostrazoine che c'è un Dio è continuamente presente nelle pagine filosofiche volterriane ([118]). In effetti è proprio nelle opere della maturità che Voltaire ripetutamente *so*stiene che la ragione è fondamento di ogni teismo, che credere in un Essere supremo, eterno, necessario, intelligente non è questione di fede, ma di ragione ([119]). Se poi, come osserva Condorcet, in *Il faut prendre* parti Voltaire esprime forse le prove più convincenti che « sia stato fino ad ora possibile raccogliere sull'Essere supremo » ([120]), non sembra nemmeno del tutto esatta l'osservazione di Curtis secondo cui, dopo Candide, l'Arouet rinuncia ad ogni metafisica e ad ogni trascendenza ([121]). Quanto all'inconoscibilità degli attributi divini, non sembra che essa costituisca, come suggerisce Besterman. un argomento decisivo per sostenere l'agnosticismo volterriano. Per l'Arouet l'incomprensibile deve essere ammesso una volta che sia provata la sua esistenza ([122]), ed è inoltre possibile citare nei suoi scritti innumerevoli passi in cui l'inconoscibilità della natura di Dio da parte dell'uomo appare come la necessaria conseguenza dell'infinita distanza che separa quest'ultimo dall'essere supremo, così che è preferibile fermarsi alla dimostrazione della sua esistenza, piuttosto che cadere in errore cercando di definirla ([123]). Le relazioni fra uomo e uomo

---

([117]) VOLTAIRE, *Remarques* sur les pensées de *Pascal* (1742), rem. LXIX. Come osserva Wade, l'affermazione dell'insufficienza delle prove sull'esistenza di Dio era uno degli aspetti del pensiero di Pascal che più irritavano Voltaire; I.O. WADE, The *intellectual development* of Voltaire, cit., p. 585.

([118]) M. SINA, L'unti-Pasca2 de *Voltaire*, Milano, 1970, p. 114; R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., pp. 426-427.

([119]) VOLTAIRE, *Homélies* prononcées à Londres (1767))*Ière Homél.*, M.XXVI. 315; Profession de foi des théistes (1768) M.XXVII.55; art. Foi nel Diction. phil. (1765), II, ed. cit., p. 203; Histoire de *l'établissement* du *Christianisme* (1777), M.XXXI.115.

([120]) CONDORCET, Vie de Voltaire, cit., M.I., pp. 291-292.

([121]) J. CURTIS, La providence: *vicissitudes* du Dieu voltairien, in Studies on Voltaire, cit., 1974, 118, p. 48.

([122]) VOLTAIRE, Traité de *Métaphysique* (1734), in Mélang., cit., p. 168; Métaphysique de Newton (1740) M.XXII.407; *Dialogues entre Lucrèce* et *Posidonius*, 1 entr., in *Dialog. Philos.*, cit., p. 38.

([123]) VOLTAIRE, Traité de *métaphysique*, loc. cit.: « J'aime mieux m'arrêter que m'égarer; son existence m'est démontrée; mais pour ses attributs et son essence, il m'est, je crois, démontré que je ne suis pas fait pour les comprendre »; Traité de *métaphysique*, loc. cit.: « La philosophie vous montre bien

non hanno in effetti alcuna proporzione con quella fra Dio e la creatura umana (124), piccola cosa sperduta nello spazio (125), essere miserevole « né entre l'urine et des escréments, escrément lui-meme » che può permettersi soltanto di sottomettersi e di adorare, ma non di parlare di Dio (126), così che mentre l'Arouet esalta la grandezza dell'Essere supremo a scapito della piccolezza dell'uomo (127), il suo Dio rimane inesprimibile nelle parole del linguaggio umano (128). In altri luoghi poi l'esistenza di Dio appare tale da annoverarsi fra le verità evidenti, che non necessitano di dimostrazione, perché è naturale riconoscere che c'è un Dio dal momento che si aprono gli occhi (129), perché i disegni di questa intelligenza suprema scaturiscono da tutte le parti « et vous devez les apercevoir dans un brin d'herbe comme dans les cours des astres » (130). Pomeau, oltre a dimostrare l'equivoco di definire agnostico l'atteggiamento del filosofo francese, ha anche indicato come il Dio eterno artefice dell'ordine, corrisponda a un bisogno spirituale e teorico, oltre che pragmatico di Voltaire, e ha

---

qu'il y a un Dieu; mais elle est impuissante à nous apprendre ce qu'il est, ce qu'il fait, comment et pourquoi il le fait. Il me semble qu'il faudrait être Dieu-même pour le savoir ».

(124) VOLTAIRE, *Homélies* prononcées à Londres (1767) M.XXVI.329: « Les rélations de l'homme à l'homme n'ont aucune proportion avec la rélation de la créature à l'Etre supreme; l'infini les sépare... »; Dialogues entre Lucrèce et Posidonius, in *Dial.* phil., cit., p. 42: « C'est précisement parce que cet Etre supreme existe que sa nature doit être incompréhensible: car s'il existe, il doit y avoir l'infini entre lui et nous ».

(125) Fra i numerosi passi in cui Voltaire esprime questa piccolezza dell'uomo di fronte all'universo, cfr. per es.: *Traité* sur la tolérance (1763), in *Mélanges*, cit., p. 653: « ce petit globe n'est qu'un point dans l'éspace, aussi que tant d'autres globes; nous sommes perdus dans cette immensité. L'homme haut environ cinq pieds, est assurément peu de chose dans la création ».

(126) VOLTATRE, *Les* adorateurs (1769), in *Dialog.* philosoph., cit., p. 357: (second adorateur): « Je l'adore avec vous; je reconnais en lui la cause, la fin, l'enveloppe et le centre de toutes choses; mais je crains, en parlant, de lui faire quelque offense, si pourtant le fini peut outrager l'infini, si un être misérable qui est à peine un mode de l'être, un embrion né entre l'urine et des escréments, escrérnent lui-meme forrné pour engraisser le fange dont il sort, peut faire injure à l'Etre éternel »; Le philosophe ignorant (1766), in *Mélang.* cit., p. 896: « de tous les systèmes que les homrnes ont inventé, quel sera donc que je embrasserai? Aucun, sinon celui d'adorer ».

(127) R. POMEAU, La *religion* de *Voltaire*, cit., pp. 419 ss.

(128) P. GAY, *Voltaire's politics*, cit., p. 242.

(129) VOLTAIRE, Dialogue du douteur et de l'adorateur, in *Dial.* phil., cit., p. 138: (le douteur): « Comment me prouverez-vous l'existence de Dieu? (l'adorateur): « Cornment on prouve l'existence du soleil, en ouvrant les yeux »; *Histoire* de *l'établissement* du christianisme, cit., M.XXXI.113: « I1 est naturel de reconnaître un Dieu dès qu'on ouvre les yeux: l'ouvrage annonce l'auteur ».

(130) VOLTAIRE, Dialogues entre Lucrèce et Posidonius (1756), in *Dial.* phii., cit., p. 41.

fatto valere anche le motivazioni non razionali che hanno sostenuto quello che Berl definisce « il suo inquieto teismo » (131). Pomeau ha quindi indicato come l'affermazione che « se Dio non esistesse occorrerebbe inventarlo » costituisce un nodo ideologico in cui la preoccupazione politica si mescola al problema del male, così che sarebbe un abbassare ingiustamente le preoccupazioni volterriane il non seguirlo sul piano metafisico su cui conduce il dibattito (132). Anche Gay ha rilevato che 'A' *l'auteur du livre* des trois *imposteurs*' contiene il più famoso e il più misconosciuto degli epigrammi volterriani, perché la consueta facilità di espressione ha dato qui risultati sfortunati, così che « si Dieu ne existait pas » è un irreale in quanto Voltaire ritiene dimostrata la esistenza dell'eterno geometra (133). Per questa via si comprende come, contro l'interpretazione di Besterman, altri critici abbiano visto anche quello dell'esistenza di Dio come il problema fondamentale di Voltaire (134), o abbiano parlato di un Voltaire ossessionato dalla idea di Dio, su cui dall'*Epître* à Uranie non cessa di interrogarsi (135). Si spiega inoltre la fermezza con cui il filosofo di Ferney ha difeso il suo teismo contro gli esponenti più avanzati dall'*Encyclopédie,* fino al punto di vedere strumentalizzati i propri scritti dal partito ecclesiastico contro i philosophes, e di sopportare di essere chiamato « esprit faible » da Diderot (136); si chiariscono altresì le ragioni per cui, se tanto violenta è stata la sua campagna contro l'*infâme* (137), non meno aspra e ostinata è stata quella contro l'ateismo.

---

(131) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 426. E. BERL, Préface *à Mé*langes, cit., p. XXIX.

(132) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 403.

(133) P. GAY, *Enlightenment.* An interpretation, cit., p. 397; Id., *Voltaire's po*litics, cit., pp. 265-266; cfr. anche A. BELLESORT, Essai sur Voltaire, cit., p. 342: « Si Dieu n'existait pas il faudrait l'inventer... n'implique pas une doute sur l'existence de Dieu... ».

(134) I.O. WADE, The *intellectual* development of Voltaire, cit., p. 721.

(135) E. BERL, Préface à Mélanges, cit., p. XXIX: « Voltaire a été obsédé par Dieu, il a cru en Dieu sincèrernent et gravément ».

(136) VOLTAIRE, Lettres de Memnius *à* Cicéron (1771) M.XXVIII.440.3ª let.: « ... il existe un Dieu. Bien de philosophes me siffleront, ils m'appelleront esprit faible; mais comrne je leur pardonne leur témérité, je les supplie de me pardonner ma faiblesse ». Scrive BELLESORT (Essai sur Voltaire, cit., p. 340): « Voltaire est resté attaché à la croyance en Dieu, non sans un cetain courage car ses amis les philosophes tenaient pour l'athéisme, et son déisme lui valut l'honneur d'être traité de bigot »; R. NAVES, *Voltaire l'homme* et l'oeuvre, cit., p. 340: « il est un domain où avec une insistance sans faiblesse, il a maintenu sa thèse contre les plus militants des encyclopédistes, au point de se faire appeler cause-finalier et d'encourir le reproche de 'capucinade', ce qu'il est bien dûr, comme il dit avec un sourir de bonornie ». Cfr. R. POMEAU, op. cit., p. 391.

(137) Come osserva Hazard, la polemica ebbe carattere tanto violento che suoi amici, quali Genovesi e Verri, lo abbandonarono, accusandolo di eccitare

§ 2. L'idea di Dio non rimane statica nell'opera volterriana, ma si trasforma lungo il corso della vita del filosofo, così che « le vicissitudini del Dio di Voltaire rappresentano le stesse variazioni dell'uomo alle vicende della propria esistenza » (138). È stato ripetutamente osservato che, con il trascorrere degli anni, e con il venir meno dell'ottimismo cosrnico, di fronte al male fisico e morale, l'immagine di Dio si fa più remota, mentre diminuisce nell'opera dell'Arouet il ruolo della provvidenza (139). Tuttavia, se una sofferta partecipazione all'umano soffrire subentra alla filosofica accettazione 'dei limiti che ad ogni creatura sono assegnati nel suo ordine (140), Voltaire non si leva contro la provvidenza nemmeno quando angosciosamente si interroga sul 'perché' degli innocenti e malvagi sepolti insieme nel terremoto di Lisbona (141). Del resto, come osserva Fubini, è proprio in relazione

---

gli animi alla violenza, P. HAZARD, La crise de la conscience européenne, cit., pp. 400-401. Sul significato dell'*infâme* varie sono peraltro le interpretazioni. Secondo Naves, esso si identifica con il fanatismo che è il principio proprio di ogni religione, in quanto dalla pretesa di sapere deriva la superbia della certezza, R. NAVES, o ; ~ cit., p. 128. Per Pomeau, esso rappresenta invece una di quelle realtà emozionali che non possono essere definite, e che via via si identificano con il giansenismo, con l'anima atroce di Calvino, con il fanatismo, con la teologia, con il cristianesimo, R. POMEAU, op. cit., pp. 304-315. Alcuni autori hanno tuttavia sottolineato come esso non si identifichi con la religione in se stessa: P. GAY, *Voltaire's Politics*, cit., p. 240; R. WALDINGER, op. cit., p. 30; A. BELLESORT, op. cit., p. 334. Anche Tarello osserva che l'attacco di Voltaire contro le forme istituzionali della religiosità non tocca invece la religiosità in quanto tale. « Voltaire non fece mai professione di ateismo, e quando nella maturità la questione si pose in termini di battaglia culturale, fece professione di teismo », G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, cit., p. 306, n. 136.

(138) J.L. CURTIS, La *providence:* vicissitudes *du* Dieu voltairien, cit., p. 130.

(139) J.L. CURTIS, op. cit., p. 78; R. NAVES, *Voltaire l'homme* et *l'oeuvre*, cit., p. 131.

(140) Cfr. VOLTAIRE, *Discours* en vers sur *l'homme* (1737), 6° disc., in *Mél.*, cit., p. 234: « Contentons-nous des biens bornés qui nous sont destinés / Passegers comme nous et comme nous bornés... / Et sachant qu'ici la félicité pure / Ne fut jamais permise à l'humaine nature ».

(141) VOLTAIRE, Poème sur le désastre de Lisbonne (1756), in *Mélang.*, cit., p. 309: « Ce monde, ce théâtre et d'orgueil et d'erreur / Est plein d'infortunés qui parlent de bonheur. / Tout se plaint, tout gémit en cherchant le bien-être; / Nul voudrait mourir, nul voudrait renaître; / Nos chagrins, nos regrets, nos pertes sont sans nombre / ... Humble de mes soupirs soumis dans ma souffrance, / Je ne m'élève point contre la Providence ». Sulla reazione di Voltaire al terremoto di Lisbona, v. G.R. HAVENS, *Voltaire's* pessimistic *revision* of the *conclusion* of *his* Poème sur le désastre de Lisbonne, in: *Modern* language notes, dicembre 1929, XLIV, p. 492; Th. BESTERMAN, *Voltaire* et le désastre de Lisbonne: *ou la mort* de *l'optimisme*, in Studies on Voltaire, cit., 1956, II, pp. 7-24; C. Rosso, *Kant*, Voltaire, *optimisme* et *tremblement* de terre, in AA.VV., *Voltaire* und Deutschland, cit., pp. 373-383.

alla crisi degli anni '50 e '60 che Voltaire afferma con maggior insistenza la propria concezione deista (142), mentre, come pure è stato rilevato, quello che l'Arouet ridicolizza è il provvidenzialismo, non la provvidenza come ordine divino dell'universo fisico e morale (143). Nel Dictionnaire philosophique il problema del male resta insolubile per chiunque cerchi in buona fede una risposta (144), ma Voltaire. mentre sospende il giudizio sul perché Dio permetta che il mondo sia pieno di sciocchezze, calamità e errori (145), ancora ribadisce che il teista non è turbato nella sua fede dalle difficoltà contro la provvidenza, perché queste sono appunto delle difficoltà e non delle prove (146). Successivamente nelle Homélies prononcées à Londres, nella Risposta all'« auteur du livre des trois imposteurs » nelle Questions *sur l'Encyclopédie*, nei Dialogues, il male rimane ancora inspiegabile di fronte alla bontà e all'onnipotenza di Dio, ma Voltaire permane nel non contraddire l'esistenza dell'Essere supremo (147). Infine, nei Dialoghi *d'Evemero,* egli ritorna un'ultima volta sull'argomento per ripetere che Dio esiste anche se noi soffriamo senza conoscerne il perché, così come tutta la natura obbedisce alle sue leggi, anche se noi non sappiamo come, *e* arriva a concludere che sarebbe contraddittorio che il male non fosse nel mondo in quanto esso è parte dell'ordine necessario delle cose che un Dio onnipotente, ma sottoposto egli stesso alle proprie leggi. non può mutare (148). Dunque, se anche lo stesso Vol-

---

(142) R. FUBINI, Introduzione, cit., p. 15.

(143) VOLTAIRE, art. Providence (1771), in Questions sur *l'Encyclopédie,* M. XX.294: (Métaphysicien) « Je crois la Providence générale, ma chère soeur, celle dont est émanée de toute éternité la loi qui règle toute chose... point qu'une providence particulière change l'économie du monde pour votre moineau ou pour votre chat ». Cfr. anche, *Dialogue* entre un *brachmane* et un *jésuite* (1756), in *Dial.* philosoph., cit., pp. 33-34. Cfr. R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 307; J.L. CURTIS, *La* Providence. Vicissitudes du Dieu voltairien, cit., p. 78.

(144) VOLTAIRE, art. Bien (Tout est) (1764), in Dict. phil., ed. cit., pp. 58-59: « L'origine du mal a toujours été un abime dont personne n'a pu voir le fond... La question du bien et du mal demeure un chaos indébrouillable pour ceux qui cherchent de bonne foi ».

(145) VOLTAIRE, art. Nécessaire (1765), in Diction. phil., cit., pp. 3303331.

(146) VOLTAIRE, art. Théiste (1765), in Diction. phil., cit., p. 399.

(147) VOLTAIRE, *Homélies* prononcées à Londres, cit., *Ière Hom.,* M.XXVI. 318; *Epître à* l'auteur du Zivre des trois imposteurs (1769) M.X.420; Art. Athéisme, sect, II (1771), in Questians sur *l'Encyclopédie,* M.XVII.468; *Les* adorateurs (1769), in *Dialog.* philos., cit., pp. 359 ss.

(148) VOLTAIRE, Dialogues *d'Evhémère* (1777), in *Dialog.* phil., cit., pp. 405-406, 2° dial.: (Evhémère): « Je remarque d'abord que je n'ai pu acquérir l'idée d'un Dieu qu'après avoir acquis l'idée d'un être nécessaire existant par lui-même, par sa nature, éternel, intelligent, bon et puissant. Tous ces caractères, qui me paraissent essentiels à Dieu, ne me disent pas qu'il a fait l'impossible. Il n'empêchera jamais que les trois angles d'un triangle ne soient égaux à deux droits.

taire riconosce di essere sempre stato spaventato dall'argomento del male come obiezione all'esistenza di Dio (149), la consapevolezza dell'umano soffrire non comporta, nemmeno nelle opere più tarde, la negazione del supremo artefice dell'ordine. Se si può quindi essere d'accordo con Curtis nel ritenere che dopo il terremoto di Lisbona il filosofo attribuisce sempre maggior spazio all'azione dell'uomo, vedendo nel « cultiver notre jardin » l'unica risposta da opporre all'incalzare del male (150), non per questo si può convenire anche nell'avanzare l'ipotesi che « si l'on déterrai tous les êtres innocents et méchants, qui furent ensevelis à Lisbonne, on trouverait parmi eux le Dieu de Newton de Voltaire » (151). Anche se con *Candide* il filosofo pone il suo « ultimo granello a di speranza in una filosofia dell'azione al cui centro è l'uomo, e se rinuncia ad Interrogarsi sul trascendente (152), *o*, come sottolinea Wade, lascia la scienza per la morale (153), l'Arouet permane, anche nei suoi ultimi scritti, nel porre Dio come fonte e come fondamento della legge naturale che guida l'azione razionale dell'uamo.

Nemmeno Voltaire si lascia tentare dall'accettare la risposta che al problema dell'umana sofferenza può offrire il manicheismo. In realtà egli ritorna più volte sull'ipotesi di un dualistico principio del bene e del male, e questa, che già si affaccia nelle *Lettres philosophiques e* nell'*Henriade* (154), diviene più inquietante in *Zadig*, e si ritrova proposta con maggiore insistenza nei momenti di pessimismo, particolar-

---

I1 ne pourra faire que deux propositions contradictoires s'accordent. I1 était probablement contradictoire que tous les animaux vécussent toujours et procréassent toujours; l'univers n'aurait pu les nourrir. Ainsi la mort, qu'on regarde comme le plus grand des maux, était aussi nécessaire que la vie ». La medesima rassegnazione di fronte al male come ordine necessario delle cose, è presente già nelle Questions sur *l'Encyclopédie*, cfr. Causes finales (1770) M.XVIII. 105; Changements arrivés dans *le globe* (1770) M.XVIII.128-129.

(149) VOLTAIRE, Dialogues *d'Evhémère* (1777)) 2° dial., in *Dial. phil.*, cit., p. 404.

(150) Secondo Torrey, l'invito all'impegno sociale sarebbe successivo all'epoca del Candide, la cui conclusione sarebbe da interpretarsi in senso letterale, N. TORREY, Candide's garden and the Lord's vineyard, in Studies on *Voltaire*, cit., 1963, XXVII, pp. 1657-1666.

(151) J.L. CURTIS, op. cit., p. 61.

(152) J.L. CURTIS, op. cit., p, 74.

(153) I.O. WADE, The *intellectual development* of Voltaire, cit., p. 733.

(154) VOLTAIRE, Lettres philosophiques, let. XXV (1734))ed. cit., IV, pp. 145-146; Henriade (1737) M.VII.207. Ancora una volta Voltaire era messo dalla lettura di Bayle, che nell'art. Pauliciens del Dizionario storico-critico aveva indicato la soluzione manichea come, razionalmente parlando, più persuasiva di quella ortodossa dell'unico primo principio infinitamente buona e potente; cfr. P. BAYLE, Dizionario storico-critico, ed. cit., vol. p. I, p. 43.

mente durante la crisi degli anni '59-'60 ([155]). Tuttavia, se anche in questo periodo l'ipotesi manichea svolge ruoli importanti in ***Candide e*** in altri racconti ([156]), essa è già respinta nel *Poème sur le désastre de Lisbonne, e* viene quindi definita assurda nelle pagine del *Dictionnaire philosophique* ([157]). La soluzione al problema del male offerta dalla tesi del duplice principio è quindi ancora rifiutata nel *Philosophe ignorant,* nelle *Lettres de Memnius à Cicéron,* in *Il faut prendre parti e* in altri scritti filosofici ([158]), mentre d'altro lato, Voltaire ripetutamente sottolinea la fede teista in un unico Dio onnipotente ([159]). Come osserva Mason, se anche il principio dualistico attrae talvolta Voltaire quando scrive i racconti, non sussiste alcun dubbio su quello che rimane in merito il suo fondamentale atteggiamento filosofico. Oltre ad essere in contrasto con i sistemi di Malebranche e di Spinoza, da cui si sente attratto particolarmente negli anni della vecchiaia, l'ipotesi di un indipendente principio del male ripugna intellettualmente al filosofo di Ferney perché è contraddittorio, perché compromette l'armonia dell'universo, perché, postulando un male irriducibile, urta

---

([155]) Su Voltaire e il manicheismo, v. H.T. MASON, Pierre Bayle and *Voltaire,* Oxford, 1963; Id., *Voltaire* and *Manichean* Dualism, in Studies on Voltaire, cit., 1963, XXVI, pp. 1143-60; I.O. WADE, The intellectual development of Voltaire, cit., pp. 632 ss.

([156]) VOLTAIRE, Candide (1759), Le songe de *Platon* (1756), M.XXI.133, Le Blanc *et* le *Noir* (1764) M.XX.223; cfr. H.T. MASON, *Voltaire* and *manichean dualism,* cit., pp. 1150 ss.

([157]) VOLTAIRE, Poème sur *le* désastre de Lisbonne, in Mélanges, cit., p. 307: « de l'Etre tout parfait le mal ne pouvait naitre; / Il ne vient point d'autrui, puisque Dieu seul est rnaitre »; art. Bien (Tout est) (1764), in Diction. *phil.,* ed. cit., p. 56: « parmi les absurdités dont ce monde regorge, et qu'on peut mettre au nombre de nos maux, ce n'est pas une absurdité légère que d'avoir supposé deux êtres tout-puissants, se battants à qui des deux rnettrait plus du sien dans le monde... ».

([158]) VOLTAIRE, Le philosophe ignorant (1766), in Mélang. cit., pp. 876-77: « Une grande partie des homrnes, voyant le mal physique et le mal moral répandus sur ce globe, irnagina deux êtres puissants, dont l'un introduisait tout le bien, et l'autre tout le mal. S'ils existaient, ils seraient nécessaires; ils seraient éternels, indépendants, ils occuperaient tout l'espace; ils existeraient donc dans le même lieu, ils se pénétreraient donc l'un l'autre... Il est donc une puissance unique, éternelle, à qui tout est lié, de qui tout dépend... »; Lettres de *Memnius à Cicéron,* cit., 3ª lett., M.XXVIII.449: « Il me semble que je vois deux charlatans en plein rnarché, dont l'un distribue des poisons, et l'autre des antidotes »; *Il faut* prendre parti ou le principe d'action (1772) M.XXVIII.518: « Il faut que le principe soit unique. Une uniformité constante dans les lois indique un seul moteur »; Tout en Dieu (1769) M.XXVIII.101: « Il n'y a que l'absurdité du manichéisme qui sauve Dieu de l'imputation du mal »; Homélies *prononcées à Londres* (1767), M.XXVI, I hom., p. 319.

([159]) VOLTAIRE, art. Credo (1769) e art. Théiste (1765), in Diction. *Phil.,* ed. cit., pp. 153 e 399; *Profession de* foi des théistes (1768) M.XXVII.55.

contro la visione ottimistica della natura umana, perché inoltre, richiamandosi all'esistenza del diavolo, essa si collega alla dottrina cristiana del peccato originale e, svalutando quindi le speranze umane verso il progresso, perpetua l'ignoranza e la superstizione (160). Si può dunque in definitiva concludere che, come sottolinea Wade (161), Voltaire respinge l'ipotesi manichea perché contraria al principio delle cause finali e all'affermazione dell'ordine fisico e morale retto da una sola legge universale e garantito da un unico artefice supremo (162).

Come mantiene l'unicità, così Voltaire conserva la trascendenza di Dio. Già nel Traité de Métaphysique egli scrive che Dio ha potuto creare spirito e materia senza essere né spirito né materia, e non soltanto esprime la propria ironia di fronte alla tentazione spinoziana di identificare Dio con la natura, ma anche espressamente dichiara di respingere come assurda l'ipotesi panteistica (163). Nella Métaphysique *de* Newton, entrando nella polemica Ira Clarke e Leibniz circa la definizione di spazio e tempo come entità reali o come semplici relazioni percepibili fra i fenomeni, Voltaire prende posizione a favore della tesi newtoniana e, definendo spazio e durata come proprietà infinite dell'Essere necessario e infinito, ribadisce che la materia esiste soltanto in virtù della libera volontà del creatore e, non essendo né infinita né necessaria, non è una proprietà essenziale di Dio, né Dio stesso (164). Nel *Poème* sur la *loi* naturelle, egli avanza già l'ipotesi 'filosofica' dell'eternità della materia (165), su cui si interrogherà nei *Dialogues* entre *Lucrèce* et *Posidonius* (166), nel *Dictionnaire philo*sophique (167), nel Philosophe ignorant (168), pur ribadendo sempre l'impossibilità per l'uomo di dare ad essa una risposta definitiva. Negli

---

(160) H.T. MASON, *Voltaire and manichean dualism*, cit., pp. 158 ss.

(161) I.O. WADE, *Tke intellectual development of Voliaire*, cit., p. 746.

(162) VOLTAIRE, *Il faut prendre parti ou le principe d'action*, cit., p. 518: « Je me confirrne qu'il ne peut exister qu'un seul principe, un seul moteur, dès que je fais attention aux lois constantes et uniforrnes de la nature entière ».

(163) VOLTAIRE, *Traité* de *Métaphysique* (1734), in *Mélang.*, cit., pp. *168* e 175.

(164) VOLTAIRE, *Métapkysique de Newton* (1740) M.XXII.407-410. Sull'argomento *v.* W.H. BARBER, *Leibniz in France from Arnaud to Voltaire. A study on French reactions to Leibnizisme*, 1670-1760, Oxford, 1955, pp. 186 ss. Sulla polemica fra Clarke e Leibniz, cfr. *Tke Leibniz-Clarke Correspondance*, ed. H.G. Alexander, Manchester, 1956.

(165) VOLTAIRE, *Poème sur la loi naturelle* (1752), Ière partie: « Soit que un être inconnu, par lui seul existant, ait tiré depuis l'univers du néant; / soit qu'il aît arrangé la matière éternelle... », in *Mélanges*, cit., p. 275; cfr. nota di Voltaire, pp. 1383-84.

(166) VOLTAIBE, *Dialogues entre Lucrèce et Posidonius* (1756), in *Dial. phil.*, cit., pp. 36 ss.

(167) VOLTAIRE, art. *Matière* (1764), in *Dict. pkil.*, cit., p. *298.*

(168) VOLTAIRE, *Le philosophe ignorant* (1766), in *Mélang.*, cit., p. 889.

scritti successivi, gli argomenti per cui non vi è alcuna verosimiglianza che la materia, così com'è oggi e come era ieri, abbia cominciato ad esistere in un qualche momento, che nulla deriva dal nulla, che Dio eterna intel genza, ha creato l'ordine « ab aeterno » e ha eternamente agito, vengono proposti con sempre maggiore insistenza nelle pagine volterriane [169]; sembra così palese che l'Arouet ha abbandonato l'ipotesi creazionista per quella dell'eternità della materia, anche se, ancora nei *Dialoghi* d'Evemero, questi risponderà che « mon système sur les ouvrages de Dieu, c'est l'ignorance » [170]. Tuttavia, anche se Dio non è più il creatore, rimane « l'être intelligent » che ha formato il disegno ammirabile di ogni cosa [171], che ha « arrangé cette matière... comme l'argile sous la roue du poitier » [172], rimane il « fabricateur éternel » che con le sue leggi regge tutto l'universo [173]. Se nel *Philosophe ignorant* Voltaire ancora dichiara l'incapacità dell'uomo di sapere ce questa intelligenza divina è qualcosa di assolutamente distinto dall'universo o se lo pervade [174], negli scritti successivi egli giunge a definire Dio come anima del mondo [175], come il tutto di cui tutti gli esseri fanno parte [176]. Tuttavia, anche quando, sotto la crescente influenza di Malebranche e di Spinoza, arriva a concepire il mondo fisico e delle idee come assorbiti in Dio [177], e Dio

---

[169] VOLTAIRE, L'ABC, 17 *entr.* (1768), in *Dial. phil.*, cit.: « Voudriez-vous que l'éternel géomêtre eut été engourdi une éternité entière? Ce ne serait pas la peine d'être géomètre et architecte pour passer une éternité sans combiner et sans bâtir. Son essence est de produire, puisqu'il a produit, il existe nécessairement; donc tout ce qui est en lui est essentiellement nécessaire... Dieu est agissant: donc il a toujours agi; donc le monde est une érnanation éternelle de lui-meme; donc quiconque admet un Dieu doit admettre un monde éternel »; *Il faut prendre parti ou le principe d'action* (1772) M.XXVIII.522: « Le principe de la nature étant nécessaire et éternel et son essence étant d'agir, il a donc agi toujours... le monde, son ouvrage, sous quelque forme qu'il paraisse, est donc éternel comme lui ».

[170] VOLTAIRE, *Dialogues d'Evhémère* (1777), VI dial., in *Dial. phil.*, cit., p. *425.*

[171] VOLTAIRE, *Dialogues entre Lucrèce et Posidonius* (1756), in *Dial. phil.*, cit., p. 38.

[172] VOLTAIRE, art. *Matière* (1764), in *Dict. phil.*, ed. cit., p. 299.

[173] VOLTAIRE, *Sophronime et Adélos* (1776), in *Dial. phil.*, cit., p. 393.

[174] VOLTAIRE, *Le philosophe ignorant* (1766), in *Mélang.*, cit., pp. 390-91.

[175] VOLTAIRE, *Lettres de Memnius* à *Cicéron* (1771). 443: « La nature m'a dit: tu me demandes où est ce Dieu; il ne peut être que dans moi, car s'il n'est pas dans la nature, où serait-il? Dans les espaces imaginaires? Il ne peut être une substance à part; il m'anime, il est ma vie. Ta sensation est dans ton corps, Dieu est dans le mien ».

[176] VOLTAIRE, art. *Idée* (1771), in *Questions sur l'Encyclopédie,* M.XIX.399: « Dieu étant le principe universel de toutes choses, toutes existent donc en lui et par lui ».

[177] VOLTAIRE, *Tout en Dieu* (1769) M.XVIII.91: « Tout se meut; tout respire

come il primo principio della natura che anima ogni esistenza, e da cui noi dipendiamo non perché è al di fuori, ma perché è presente nel mondo (178), egli ancora esprime il proprio rifiuto per la formula « deus sive natura » del filosofo olandese, così che Dio non è l'universalità delle cose, ma queste emanano da lui come i raggi emanano dal sole (179). Anche se questa teoria dell'emanazione, su cui il filosofo ritorna in altri scritti (180), con l'immagine che la esprime, sono giudicate insufficienti dallo stesso Voltaire (181), questi, anche nelle opere più tarde, respinge l'ipotesi di un Dio come forza diffusa in tutti gli esseri, giudicando tale sistema, non fondato su alcuna antecedente verità, come prodotto dall'immaginazione e dal delirio, e ribadisce la tesi della trascendenza di Dio rispetto al mondo (182).

---

en Dieu ». Sull'argomento, v. I.O. WADE, The intellectual *development* of Vof taire, cit., pp. 717 ss.; E. JAMES, *Voltaire* and Malebranche: from *sensationalism* to 'Tout en Dieu', in Modern Language Review, 1980, n. 75, 2°, pp. 282-290; Id., *Voltaire* and the Ethics of Spinoza, cit., pp. 67 ss.

(178) VOLTAIRE, *Il* faut prendre parti ou le principe *d'action* (1772), M.XXVIII. 521-522: « S'il anime toute existence, il est donc dans toute existence... Il est dans tout ce qui est... Ainsi notre dépendance du grand Etre ne vient point de ce qu'il est présent hors du monde, mais de ce qu'il est présent dans le monde ».

(179) VOLTAIRE, *Tout* en Dieu (1769) M.XXVIII.98: « Ici on ne fait Dieu l'universalité des choses; nous disons que l'universalité des choses émane de lui, et (nous nous servons) encore de l'indigne comparaison du soleil et de ses rajons ». Come sottolinea James il rifiuto del panteismo è proprio una delle motivazioni che rendono Voltaire ostile al sistema di Spinoza propriamente inteso, così che, contrariamente che per il filosofo di Amsterdam, per Voltaire « God remains the great organising intelligence and transitive cause of nature », E. JAMES, *Voltaire* and the Ethics of Spinoza, cit., p. 84.

(180) VOLTAIRB, *L'ABC,* 17 entret. (1768), in *Dial.* phil., cit., p. 341; Les *adorateurs* (1769), in *Dial.* phil., cit., p. 353; Lettres de *Memnius* à Cicéron (1771), cit., p. 448. Come osserva James, Voltaire si ispirò al neoplatonismo per questa sua teoria dell'emanazione, E. JAMES, *Voltaire and* Malebranche, cit., p. 290, n. 1.

(181) VOLTAIRE, *Tout* en Dieu (1769) M.XXVIII.98: « On peut objecter que le rajon est tiré de la même substance du soleil, qu'il est une émanation et que si les productions de Dieu sont des émanations de lui-meme, elles sont des parties de lui-même. Ainsi nous retomberions dans la crainte de donner une fausse idée de Dieu, de le composer de parties, et même de parties désunies, des parties qui se combattent. Nous répondrons ce que nous avons déjà dit, que notre comparaison est très imperfaite, et qu'elle ne sert qu'à former une faible image d'une chose qui ne peut être représentée par des images ». Sulla inconsistenza della teoria dell'emanazione per sfuggire al panteismo, v. I.O. WADE, The intellectuai development of Voltaire, cit., p. 711: « He maintains, none too clearly, that his doctrine of immanence, can never condemned as Spinozistic because God, for him, is not all phenomena but simply the source whence all phenomena flow. This distinction is a bit too subtle to have any reality ». Cfr, anche E. JAMES, *Voltaire and* the Ethics of Spinoza, cit., p. 83.

(182) VOLTAIRE, Dialogues *d'Evhémère* (1777), in *Dial.* philos., cit., pp. 403-404.

Conclusione

Ripetutamente si è osservato che nelle pagine di Voltaire rimane indifferente l'uso dei termini deismo e teismo (183), e in effetti non sembra significativo il confronto dei significati con cui le due espressioni sono impiegate dal filosofo francese (184). Rimane tuttavia il fatto che il termine « teismo » impiegato per la prima volta nella *Métaphysique de Newton* nel 1740, e quindi alternativamente al primo, viene ad esso definitivamente sostituito dopo il 1752 (185). Non mi sembra sufficiente ricercare le ragioni di questo cambiamento nella prudenza (186), o nella raffinatezza linguistica (187), in quanto esso sembra piuttosto, come osserva Ehrard, da attribuirsi ad una esigenza di chiarezza (188). Nell'uso indicalo dai contemporanei i significati dei due termini non coincidono. Secondo Diderot e l'abate des Prades, il deista è colui che è prossimo ad ammettere la rivelazione e già ammette l'esistenza di Dio (189). Più dettagliatamente Lefranc de Pompignant spiega che si è dato il nome di teista a colui che crede non soltanto nell'esistenza di Dio, ma anche nell'obbligazione di rendergli un culto, nella legge naturale di cui è fonte, nel libero arbitrio dell'uomo, nell'immortalità dell'anima, nelle pene e nelle ricompense nell'altra vita, mentre si è conservato il nome di deista a colui che, limitandosi ad ammettere l'esistenza di Dio, pone tutto il resto nel rango degli errori e dei problemi (190). Ora, se in base a quest'ultima definizione Voltaire rimane deista, particolarmente nelle opere della maturità, in cui

---

(183) Cfr. per es. J.-R. CARRÈ, La consistance de *Voltaire* le pkilosophe, cit., p. 60; Th. BESTERMAN, Voltaire, cit., p. 182; R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., pp. 428 ss.; J.L. CURTIS, La providence: vicissitudes *du* Dieu voli-airien, cit., p. 20.

(184) VOLTAIRE, *Défense* de *Milord Bolingbroke* (1752) MXXIII.551: il deista è l'adoratore di Dio che non va alla messa né alla predica, che insegna la virtù, che tratta gli uomini come fratelli, che è della medesima religione di Socrate ». Nell'art. *Théiste,* del *Dictionnaire* philosophique, « le théiste est un homme fermement persuadé de l'existence d'un être aussi bon que puissant, qui a formé tous les êtres étendus, sentaizts, réflechissants, qui perpétue leur éspèce, qui punit sans cruauté et récompense avec bonté les actions vertueuses », in Dict. *phil.,* ed. cit., p. 398.

(185) VOLTAIRE, Métapkysique de Newton (1740) M.XXII.404: « ... je n'ai vu... aucun newtonien qui ne fût théiste dans le sens le plus rigoureux ».

(186) Th. BESTERMAN, Voltaire, cit., p. 182.

(187) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 476.

(188) J. EHRARD, *L'idée* de nature en *France,* cit., I, p. 456.

(189) DIDEROT, Essaì sur le *mérite* et *la* vertu, discours préliminaire, in Oeuvres *complètes,* cit., I, p. 13; Abate de Prades. *Apologie,* 1772, vol. II, p. 60.

(190) Lefranc de POMPIGNANT, Questions diverses sur Z'incredulité, Parigi, 1751, p. 3. Sulle definizioni di teismo, cfr. L. STEPHEN, History of Englisk tkougkt *in the eighteenth* century, 1876, 3ª ed., 1902, vol. I.

nega il libero arbitrio e, probabilmente con l'immortalità dell'anima, anche i premi e le pene ultraterreni, nelle medesime è anche teista, in quanto ribadisce Dio come fonte della legge naturale. Come osserva Lanson, se nel periodo di Cirey Voltaire aveva assegnato all'Essere supremo il ruolo di verità prima della fisica, così che esso si installava nell'animo come la nozione di atomo, senza che si facesse questione di pene e di ricompense, nel periodo di Ferney, egli ne fa il fondamento della morale (191). Si può anche aggiungere che, attraverso quest'ultima, il Dio inconoscibile, rivela all'uomo qualcosa della propria essenza (192). Come scrive Gay, un Dio che impone la tolleranza non può essere considerato alla stregua di una pura astrazione metafisica (193). Dio è necessario e eterno, Dio agisce, Dio è giusto, Dio esige che l'uomo sia buono e virtuoso, che operi per il bene comune (194). La legge morale che Dio ha impresso nel cuore degli uomini non impone soltanto la tolleranza, ma la *bienfaisance,* la libertà, la riforma del diritto. Essa soprattutto impone all'uomo di agire per rendere migliori le condizioni della propria esistenza, e, nel Dio che diviene fondamento di una morale che chiede l'azione, si esprime, come ha scritto Pomeau l'autentico carattere del deismo volterriano, che è teismo (195).

---

(191) G. LANSON, *Voltaire,* cit., pp. 63-64 e p. 243.

(192) R. POMEAU, La religion de Voltaire, cit., p. 406: « En tout cas il prépare la synthèse kantienne, qui mettra en forme le pragrnatisme voltairien, authentifiant l'existence de Dieu et l'immortalité de l'âme comme postulats de la raison pratique ».

(193) P. GAY, Voltaire's Politics, cit., p. 243.

(194) VOLTAIRE, art. *Théiste* (1765), in Dict. phil., cit., p. 398; *Catéchisme de l'honnête homme* (1763), in *Dialog.* Phil., cit., p. 98; art. Foi, in Dict. phil., cit., p. 203; *Profession* de foi des théistes (1768) M.XXVII.68; Les *adorateurs* (1769) e *Dialogues d'Evhémère* (1777), in *Dial. phil.,* pp. 346 ss., e p. 404: « ...la force secrète dont vous parlez ne peut subsister que dans un être assez puissant et assez intelligent pour former des animaux intelligents; que dans un être nécessaire, puisque sans son existence il n'y aurait rien; dans un être éternel, puisque existant par lui-meme, on ne peut assigner de moment ou il n'a existé, dans un être bon puisque étant la cause de tout, rien ne peut avoir fait entrer le mal dans lui... D.

(195) W. BOMEAU, *Voltaire* par *lui-même,* Parigi, 1956.

SOMMARIO

Voltaire ripropone in tutta la sua opera la legge naturale come criterio universale di giustizia che non soltanto si identifica con la religione naturale, con il bene morale, ma che anche costituisce il modello e il criterio di valutazione del diritto positivo. La legge naturale, che si prospetta dunque come necessaria premessa all'analisi del pensiero giuridico di Voltaire, è stata oggetto di divergenti interpretazioni da parte dei critici che l'hanno definita come principio a priori e autoevidente della giustizia, come regola pragmatica dell'utile, come espediente retorico, come ideologia ai fini della codificazione borghese. In una riconsiderazione della medesima alla luce del pensiero filosofico dell'Arouet e del suo fondamento metafisico, si ritiene che la legge naturale volterriana tragga in primo luogo–il carattere oggettivo dall'avere la propria fonte nell'Essere supremo che non si identifica con la natura ma la trascende ed è l'unico principio dell'ordine morale come di quello fisico. Contro Diderot e D'Holbach, Voltaire sostiene dunque una legge naturale eteronoma, assoluta e universale in quanto fondata sul suo sincero teismo.

SUMMARY

Throughout all Voltaire's work the main theme is that of natural law as the universale criterion of justice, a law which not only identifies itself with natural religion, with moral good, but also constitutes the model for and the criterion of evaluating positive right. Natural law, which is the necessary premise to the analysis of Voltaire's juridical thought, has been given different interpretations by critics, who have variously defined it as an a priori and self-evident principle of justice, a pragmatic rule of utility, a rhetorical expedient, and as an ideology for middleclass codification. Re-analysing natural law in the light of Arouet's philosophical thought and metaphysical principles it is argued that the objective character of Voltaire's natural law is mainly due to its having originated from God who is not identified with nature, but trascends it, and is the one principle of moral as well as of cosmological order. In contrast to Diderot and d'Holbach, Voltaire supports a heteronomous, absolute and universal law based on his sincere theisrn.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.
Nuova Serie - Vol. I (1987)

WANDA FORMIGONI CANDINI

Paolo e Labeone: un contrasto apparente

1. Come è noto, nel Digesto incontriamo 25 frammenti la cui inscriptio contiene riferimenti ad un'opera in 8 libri Paolo (1), con la quale il giurista riprende e commenta delle massime formulate circa due secoli prima da Labeone (2), conosciute con il nome di

(1) Per un quadro generale del giurista e della sua opera cfr.: SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, Firenze 1968 (trad. it. dell'ed. ingl., Oxford 1953), p. 194 ss.; KUNKEL, Herkunft und *sozialle* Stellung der romischen Juristen, Weimar 1967, p. 244 ss.; fra gli ultimi: MASCHI, La conclusione della giurisprudenza classica *all'età* dei Severi. *Iulius* Paulus, in ANRW, 11/15, Berlin-New York 1976, p. 657 ss. Il Maschi distingue nella complessa ed articolata produzione letteraria di Paolo fra opere di selezione di casi risolti dal tribunale imperiale, letteratura istituzionale, regulae, definitiones, opere di commento al diritto privato, libri di istruzioni per magistrati, letteratura problematica, opere monografiche. L'Epitome dei Pithanà viene collocata fra le opere di commento a singoli giuristi, come il commento Ad Vitellium *libri IV* o Ad *Masu*rium Sabinurn libri XVI o quello che Paolo avrebbe fatto ad Alfeno Varo, opere con le quali, secondo Maschi, andrebbe vista qualche analogia, non fosse altro perché in esse, come per l'Epitome dei Pithanà, il testo commentato rimane separato dal commento. Nel Digesto è possibile rintracciare, come si è accennato, anche una serie di note che Paolo avrebbe fatto a scritti di Papiniano, Giuliano, Cervidio Scevola: mentre per Maschi esse confermerebbero la versatilità di Paolo, SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, cit., p. 392, dubita fortemente della loro autenticità, riconoscendovi evidenti segni di interventi postclassici, analoghi a quelli che, d'altronde, gli fanno dubitare anche dell'autenticità del commento Ad *Vitellium* e Ad *Masurium* Sabinum. Interessanti, sotto un profilo generale, sono le osservazioni su Paolo che da ultimo fa POLACEK, Punti di vista. La forma come conseguenza della volontà nel diritto romano, in Labeo, 28 (1982), p. 181.

(2) SuI contributo di Labeone come giurista: SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, cit., p. 185 ss.; KUNKEL, *Herkunft* und *soziale* Stellung, cit., p. 32 ss.; fra gli ultimi BRETONE, TALAMANCA, Il diritto in Grecia e a Roma, Bari 1981, p. 157 ss. Per una letteratura più specifica rinviamo alla nota seguente.

Pithanà (3). A questi passi introdotti da *Labeo libro ... a Paulo epi-*

(3) Conosciuta quasi esclusivamente attraverso l'epitome che il giurista Paolo ne fa — gli unici altri due passi che vi accennano sono D.46.4.8.2 (*Ulp.* 48 ad Sab.) e D.50.16.246 pr. (Pomp. 16 epist.) —, quest'opera di Labeone esce dagli schemi seguiti, in genere, dalla giurisprudenza del suo tempo. Avanzano l'ipotesi di un'opera didattica per studenti: STEIN, Regulae iuris. From Juristic Rules to *Legal Maxims*, Edinburgh 1966, p. 80; SCHMIDLIN, *Die römischen* Rechtsregeln. *Versuch* einer Typologie, Köln-Wien 1970, p. 127; più recentemente anche Horoi, Pithanà und Regulae. *Zum* Einfluss der Rheiorik auf die juristische *Regelbildung*, in ANRW, II/15, Berlin 1976, p. 112 ss. BRETONE, Ricerche *labeoniane*, in La parola del passato, 150 (1973), p. 177, parla invece di un « ideale interlocutore » al quale Labeone suggerirebbe in un ideale colloquio regole utili per l'agire giuridico. TALAMANCA, infine, I « Pithanà » di *Labeone* e la *logica* stoica, in IURA, 26 (1975), p. 38, pensa che si tratti di un tentativo più o meno cosciente di condurre un discorso con operatori del diritto. Un'attenzione particolare merita anche il titolo che Labeone vi assegna: Πιθανά. Già nella scelta di questo termine, la cui accezione più generica è « cose convincenti », « persuasive », è manifesto un interesse di Labeone (vivo comunque anche nella giurisprudenza della tarda repubblica) verso la cultura ellenistica ed in particolare verso il sapere stoico, dove il termine pithanòn ricorre spesso. Questo non esclude la possibilità che il giurista augusteo, scrivendo i *Pithanà*, intendesse operare una sorta di simbiosi fra diritto e filosofia. V.: STEIN, *Lo* svolgimento storico della nozione di « *regula* iuris » in diritto romano, in Antologia giuridica romanistica ed antiquaria, I, Milano 1968, p. 100 ss.; SCHMIDLIN, *Die römischen* Rechtsregeln, cit., p. 123 ss., Horoi Piihanà und *Regulae*, cit., p. 112 ss.; SCHIAVONE, Studi *sulle* logiche dei giuristi romani, Napoli 1971, p. 64 ss.; CANNATA, Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, I, Torino 1976, p. 48 nt. 7; TONDO, Note esegetiche sulla giurisprudenza romana, in IURA, 30 (1979), p. 51 ss.; BRETONE, TALAMANCA, Il diritto in Grecia e a Roma, cit., p. 157. Secondo BRETONE, Ricerche labeoninne, cit., p. 177 ss. e p, 182, ricondurre il pithanòn labeoniano solo al contesta stoico è comunque « frettoloso », mentre una miglior comprensione di esso si ha attraverso una più ampia visione del fenomeno filosofico greco. TALAMANCA, I « Pithanà » di *Labeone* e la logica stoica, cit., p. 5 e 21, dubita anche che si debba necessariamente ricorrere alla filosofia, seppure parte integrante della sua cultura, per comprendere il reale significato che Labeone attribuisce a ciò che chiama pithanòn. Quale che sia la ragione che spinge Labeone alla scelta del termine pithanòn, rimane il fatto che, sia che gli si assegni un contenuto tecnico-filosofico, sia che lo si intenda, come nella tradizione della Vulgata, col significato di « verisimilia » oppure — come vuole PERNICE, Marcus *Antistius* Labeo. *Römisches Privatrecht im* ersten Jahrhundert der *Kaiserzeit*, I, Halle 1873, p. 36 — di « probabilia », nel senso di « quae aliis probantur », il suo contenuto può essere pienamente compreso solo quando lo si metta a confronto con ciò che con esso si esclude e cioè « il certo », « l'incontestabile »: di un'affermazione, infatti, qualificata come pithanòn si potrà pensare che è convincente, verosimile, ma mai che è indiscutibile o assolutamente certa, e ciò nonostante le si possa riconoscere un alto grado dì attendibilità. La scelta stessa del titolo è, dunque, problematica e aggiunge a quello che i Pithanà possono suscitare, quando li si osserva carne espressione letteraria, un interesse del tutto nuovo, questa volta rivolto ai loro contenuti, più precisamente a ciò che quell'opera può aver rappresentato per Labeone stesso: nel qualificare, infatti, come Pithanà il suo lavoro di sintesi si può riconoscere l'implicita ammissione di aver formulato

tomatorum, ne vanno poi aggiunti altri otto (4) che, seppure sembrino escerpiti dall'opera originaria (Labeo libro ... *Pithanòn*), in realtà provengono anch'essi dall'epitome (5).

Fin da una prima lettura di questi complessivi 33 frammenti, l'impressione che si trae è di trovarsi davanti ad un'opera interessante ed unica, la cui originalità traspare già dallo schema espositivo che per essa sceglie Paolo. Alla massima, breve e concisa, segue *PAULUS* e la nota: questa costruzione, in cui il testo commentato è rigorosamente tenuto distinto dal commento (6), già denota un certo distacco fra il pensiero di Labeone e quello di Paolo; ciò che tuttavia rende tale distacco più sensibile, è la costante presenza di avverbi avversativi (*immo*, immo *contra*, minime, ecc.) collocati immediatamente dopo il pithanòn. La contrapposizione fra massima e nota è inequivocabile e non vi sono dubbi sul fatto che Paolo sottopone i singoli pithanà ad una analisi critica.

Nulla di strano in ciò, se la dottrina poi non avesse colto nell'Epitome due contraddizioni di natura diversa: una sostanziale, che riguarda cioè il merito dei commenti, ossia il fatto che essi deluderebbero ogni aspettativa di chi cerchi nei loro contenuti una spiegazione dei « no » costantemente fatti seguire alla massima; una di carattere più generale, che nasce dal notare come la stima che in genere Paolo manifesta nei confronti del pensiero di Labeone (7), mal

---

massime che, per quanto plausibili e convincenti, non possono dirsi comunque incontestabili e indiscutibili. Se poi quel titolo nasca solo dalla presa di coscienza di un risultato di cui Labeone prende atto, oppure corrisponda ad un preciso disegno che il giurista si era proposto, non si può dire; ciò che è certo è che nell'assegnare a quelle brevi massime il nome pithanà egli stabilisce fra il tono sicuro e perentorio con cui le fornula ed il valore che ad esse riconosce una oggettiva antinomia.

(4) D.19.1.53; D.33.7.29; D.19.2.62; D.18.4.25; D.19.1.54; D.16.3.34; D.40.7.42; D.26.8.22.

(5) Cfr.: LENEL, Paling., I, p. 528, nt. 3; BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae* supersunt, II, Lipsiae, 1898, p. 149; PERNICE, Labeo, cit., p. 35. Dello stesso parere sono SCHULZ, *Storia* della giurisprudenza romana, cit., p. 368 e BRETONE, Ricerche labeoniane, cit., p. 170.

(6) Questa tecnica espositiva non è molto frequente nel panorama della letteratura giurisprudenziale, In Paolo, oltre che nell'Epitome, la incontriamo nei libri ad *Plautium* in D.20.4.13; D.35.1.43; D.34.2.8; D.34.3.18; D.35.1.44.; D.35.2.49 e nei libri ad *Neratium* in D.7.8.23; D.16.1.31; D.35.1.96; D.46.2.32; D.47.19.6; D.15.1.56; D.17.1.61; D.35.1.97; D.40.2.24; D.24.1.63; D.33.7.24; D.45.1.140.

(7) Nei 2094 passi di Paolo ordinati dal LENEL nella sua Palingenesia, 352 riportano citazioni di giuristi che Paolo stima particolarmente, Il nome di Labeone ricorre 87 volte (e solo in D.9.3.6, D.30.5, D.50.1.5 non aderisce esplicitamente al suo pensiero), superato solo da quello di Giuliano, alla cui dottrina Paolo fa cenno 108 volte; seguono poi, fra i giuristi più citati, Pomponio (70 volte), Sabino (54 volte), Cassio (43 volte) e Proculo (42 volte).

si concili con questo suo atteggiarsi in modo così critico solo verso i Pithanà.

Le spiegazioni che nel tempo si sono date al rilievo di queste contraddizioni sono diverse, ma tutte in sostanza concordi nel vedere nel commento di Paolo la ferma volontà di contrapporre la propria opinione a quella del suo illustre predecessore, dunque di interrompere quel profondo legame con il pensiero di Labeone, che pur altrove è innegabile.

Il primo storico ad esprimersi in tal senso fu Pernice (8) che nella sua articolata indagine sul pensiero di Labeone, riconosceva, occupandosi dei Pithanà, come fosse naturale per Paolo giudicare alcune di quelle brevi massime scarsamente efficaci sotto un profilo scientifico; ma l'a. aggiungeva anche che la scarsa incisività di molte sue obiezioni ad altre massime mal si conciliava con il rifiuto che si intuiva dalla presenza di *immo*, minime, immo contra ecc., dunque che dovevano riconoscersi in molti commenti toni duri, polemici, viziati, a volte, anche da malafede.

Sebbene nell'esprimere un tale giudizio Pernice sottolineasse la necessità di uno studio più attento dei contenuti dell'Epitome, di fatto, la dottrina a lui successiva non ne ha accolto il suggerimento e, non trovando, nell'opera di Paolo in discorso, sufficienti motivazioni, non ne ha approfondito la conoscenza, mentre si è allineata sulle posizioni del Pernice acquisendole come un dato di fatto.

Così, sia che all'Epitome si accenni solo come frutto dell'operosità del giurista severiano, sia che ci si occupi di qualche suo passo in relazione alla soluzione di problemi specifici, sia, infine, che parlarne sia prodromico ad un discorso sui Pithanà, è opinione ormai consolidata che la contrapposizione critica tra massima e commento dipenda da una revisione eccessivamente severa di Paolo nei confronti di un pensiero dal quale vuole prendere le debite distanze (9).

---

(8) PERNICE, *Labeo*, cit., p. 36. In realtà già POTHIER nella sua prefazione alle Bandette (Le Pandette di Giustiniano, trad. it., I, Venezia 1833, p. LI) notava la singolarità dell'Epitome, ma sbrigativamente concludeva come in essa dovesse riconoscersi solo una sorta di «coda» a quell'antico antagonismo che aveva contrapposto sabiniani a proculiani.

(9) Fra gli studi, meno recenti, che giungono a tale conclusione occupandosi della giurisprudenza dell'età dei Severi, dunque di Paolo come giurista del suo tempo, si possono ricordare, ad esempio: COSTA, Storia delle fonti del diritto romano, Torino 1909, p. 109; BONFANTE, *Storia* del diritto romano, I, Milano 19585, p. 426, FERRINI, I libri ad *Plautium* di Paolo, in Mem. Acc. Sc. Lett. Ar. di Modena, 10 (1894), anche in Opere di C. Ferrini, II, Milano 1929, p. 223. Fra gli studi più recenti citiamo: CANNATA, La giurisprudenza romana, Torino 1974, p. 40 nt. 4; MASCHI, La conclusione della giurisprudenza classica *all'età* dei Severi, cit., p. 681; TONDO, *Note* esegetiche sulla giurisprudenza romana, cit., p. 60. Delle ricerche invece dedicate a singoli istituti, in cui questo o quel passo dell'Epitome è occasione di considerazioni di carattere generale

Non credo che leggendo l'Epitome possano esservi dubbi sugli intenti critici che ispirano il commento (10). Spiegarne tuttavia le ra-

---

sull'opera di Paolo, si possono ricordare: MEYLAN, La loi 23 *D.46.4* et la notion de biiatéraiité du contrat de vende chez Labéon, in St. Riccobono, IV, Palermo 1936, p. 288; oppure NICOSIA, Studi *sulla* « deiectio », Milano 1965, p. 178 s.; SANTORO, Studi sulla « condictio », in Ann. Sem. Giur, Palermo, 32 (1971), p. 279; o ancora ROBBE, La differenza sostanziale fra « res nullius » e « res nullius *in* bonis » e la distinzione delle « res » *pseudo-marcianea,* Milano 1979, p. 710. Tutti, come si è detto, sono d'accordo nell'individuare un atteggiamento più o meno ostile di Paolo verso il pensiero di Labeone. Ad analoghe conclusioni, infine, giunge anche chi si interessa espressamente dei Pithanà. Le opinioni avanzate da questi ultimi autori sulle ragioni che possono aver spinto Paolo ad assumere un atteggiamento così apertamente critico sono comunque più motivate.. Così: FITTING, Alter und Folge der Schriften der *römischen* Juristen von Hadrian bis Alexander, Halle a. S. 1908², p. 89; BERGER, s.v. *Iulius* (n. 382), in RE, X, 1, col. 723; THOMAS, Pithanòn Labeonis a Paulo Epitomatorum Libri, VIII, in Daube noster. Essays in legal History for David Daube, Edinburgh-London 1974, p. 323; questi autori sospettano dell'Epitome come di un lavoro che nasconderebbe il desiderio di Paolo di mettersi in mostra attaccando uno di quei giuristi che la fama rendeva intoccabili. In BRETONE, Ricerche labeoniane, cit., p. 172 si parla, poi, di una critica inspiegabile, fine a se stessa. Più moderato, ma sostanzialmente analogo, è il giudizio di TALAMANCA, I « Pithanà » di *Labeone* e la logica stoica, cit., p. 8 e p. 36, che, condividendo la tesi del PERNICE, vede nell'impegno critico di Paolo una sorta di esercizio volto a individuare le massime che davano adito a maggiori dubbi,

(10) La mancanza di un confronto diretto con l'opera di Labeone non consente purtroppo di stabilire con certezza se l'Epitome appartenga a quei commenti in cui il testo del giurista epitomato sia il risultato di una riduzione riassuntiva, una riformulazione di passi scelti o una semplice loro riproduzione. Le abitudini di Paolo di rispettare le opere a cui si accostava costituiscono in sè un valido indizio per supporre che egli non ne abbia alterato l'ordine sistematico, né i contenuti. Per ciò che riguarda il primo punto, giungono a questa conclusione FERRINI, I libri ad *Plautium* di Paolo, cit., p. 207, e SCHERILLO, Il sistema civilistico, in St. Arangio Ruiz, IV, Napoli 1953, p. 448. SCHERILLO, comunque, Note critiche su opere della giurisprudenza romana, in IURA, 3 (1952), p. 185, afferma anche che l'ampiezza dei Pithanà non è facilmente determinabile sulla base del commento di Paolo che, in genere, è ben più ampio dell'aforisma commentato. Per ciò che riguarda il secondo punto, se cioè Paolo abbia in qualche misura cambiato il contenuto dei singoli pithanà, lo escludono: PERNICE, Labeo, cit., p. 35; JÖRS, s.v. Antistius (n. 34), in RE, I, 2, col. 2551; BERGER, s.v. Iulius (n. 382), cit., col. 723 s.; BRETONE, Ricerche labeoniane, cit., p. 172; SCHMIDLIN, *Horoi,* Pithanà und *Regulae,* cit., p. 111 s.; TALAMANCA, I « Pithanà » di *Labeone* e *la* logica stoica, cit., p. 3. Di diverso avviso è THOMAS, Pithanòn Labeonis a Paulo Epitomatorum libri VIII, cit., p. 317 ss., secondo cui Paolo avrebbe alterato il testo originale di Labeone. A proposito di quest'ultimo a., va ricordato che, riprendendo un sospetto già avanzato da WIEACKER, Textstufenklassischer Juristen, Göttingen 1960, p. 144, egli avanza anche l'ipotesi che Paolo non si sia servito del testo originale dei Pithanà, ma di una edizione successiva o di una raccolta tratta dai Posteriores e curata da un anonimo. Negano decisamente una tale possibilità: TALAMANCA, I « Pithanà » di *Labeone e* la logica stoica, cit., p. 3 nt. 9; BRETONE, Tecniche ed ideologie dei giuristi romani, Nota bibliografica, Napoli 1982, p. 361, ritenendo insostenibile e indimostrabile un tale assunto.

gioni ripiegando sbrigativamente sull'idea di un rifiuto della massima, dettato da mutamenti di umore di Paolo verso Labeone, appare poco convincente e riduttivo. Una simile interpretazione non può che suscitare perplessità quando non sia sorretta da una verifica puntuale dei contenuti dell'Epitome, dal vaglio di ogni altra sua possibile spiegazione che tenga conto, ad esempio, del contesto storico-giuridico in cui matura l'opera, delle ragioni che possono aver spinto Paolo ad occuparsi dei *Pithanà* nonostante la loro stesura risalisse a quasi due secoli prima.

Supporre che l'Epitome rappresenti una frattura netta fra il pensiero di Paolo e quello di Labeone, fra l'altro, contrasta con almeno quattro commenti di Paolo nei quali è possibile riconoscere una chiara adesione proprio a quanto Labeone stesso, in altri luoghi, ha insegnato.

2. Il primo testo che presenta questa peculiarità è D.8.5.21 con cui si apre l'Epitome:

> D.8.5.21 (Lab. 1 pith. a Paul. epit.) — Si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest. PAULUS: immo puto fdcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres et inventam ducere liceret.

In assenza d'acqua, sostiene Labeone, per quanti indizi vi siano della sua presenza (nondum apparet), non si può costituire un iter ductus.

Con estrema incisività Labeone formula un criterio che preclude la costituzione di una servitù di acquedotto. Tanto in iter (11), come in ductus (12) è sembrato di potere riconoscere una menda postclassica, ma di ciò è lecito dubitare visto che oltre ad iter aquae (13) in

(11) SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù in diritto romano*, Napoli *1947*, p. *81*.

(12) CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura della servitù d'acqua in diritto romano*, Milano *1966*, p, 84 ss.

(13) *Iter aquae* è terminologia tipica della giurisprudenza tardorepubblicana. A partire dal lavoro di CAPOGROSSI COLOGNESI *(Ricerche sulla struttura della servitù d'acqua in diritto romano*, cit.), la tendenza prevalente degli studiosi è quella di ritenere che in età labeoniana la servitù di acquedotto si trovi in una fase di transizione in cui essa si configura solo come il diritto di far giungere l'acqua, scaturita da un *fons* di proprietà del titolare della servitù stessa, al fondo dominante attraversando il fondo servente. La concezione arcaica secondo cui il titolare di tale servitù era anche proprietario del canale in cui l'acqua scorreva sarebbe già stata superata, ma non si sarebbe ancora giunti a quella classica in cui la *servitus* di *aquaeductus* è intesa come un *ius in re aliena* comprensivo tanto della presa quanto della sua conduzione. La *ratio* del *pithanòn*, dunque, starebbe nella conoscenza da parte di Labeone di una servitù che non è ancora quella che conoscerà Paolo (CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura della servitù d'acqua in diritto romano*, cit., p. 158 ss.; CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano 1981, p. 105 ss.).

Labeone ricorre anche l'uso di espressioni quali *ductus aquarum* (14) o *aquae ductus* (15) che lasciano intendere una ampiezza ed incertezza. terminologica tale da giustificare anche l'esprimersi, per la stessa. servitù, in termini di *iter ductus* (16).

I1 commento di Paolo inizia con *irnrno puto idcirco id falsum esse...* (17) a cui segue l'affermazione della possibilità di costituire una. servitù di *quaerere aquam et inventam ducere.*

L'incisività della locuzione avversativa che segue il *pithanòn* non deve trarre in inganno su ciò che il commento intende negare *(falsum esse).* Posto che la servitù di ricerca e conduzione dell'acqua è una servitù diversa *dall'aquaeductus,* risulta evidente, confrontandone i rispettivi contenuti e scopi, come *immo puto idcirco id falsurn esse* contenga solo un giudizio negativo di Paolo sulla capacità del criterio formulato nel *pithanòn* di valere per una *servitus* in cui l'assenza d'acqua è proprio il presupposto che ne consente la costituzione.

L'osservazione di Paolo potrebbe anche apparire banale, eccessiva la contrapposizione fra *pithanòn* e commento, incongruo che Paolo privilegi, rispetto ad una analisi sostanziale della massima, una valutazione sulla sua estensibilità: eppure è proprio quest'ultimo innegabile dato di fatto che rivela la ragione del suo atteggiamento critico.

Ciò che per lui è motivo di perplessità non è evidentemente il contenuto della massima — su cui non ha nulla da ridire — ma come essa è espressa. Nel *pithanòn* si parla a tal proposito di *iter ductus,* ma riconoscere il1 questa terminologia, oggettivamente incerta e desueta se confrontata con quella adottata dalla giurisprudenza classi-.

---

(14) *D.43.20.1.12* (*Ulp. 70 ad ed.).*

(15) *D.8.3.24 (Pomp. 33 ad Sab.).*

(16) Questa possibilità non è esclusa neppure da CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura della servitù d'acqua in diritto romano,* cit., p. *84,* e dai *CORBINO, Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù,* cit., p. *105* ss.

(17) In questa locuzione la dottrina in genere vede un secco rifiuto della. massima; in altri termini, *immo puto idcirco id falsum esse* indicherebbe la volontà di Paolo di negare il contenuto del *pithanòn.* In tal senso si esprimono: GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di un edificio futuro,* in Studi Ratti, *IV,* Milano *1934,* p. *47* s. *e Le servitù prediali in diritto romano,* Torino *1969,* p. *138;* CIAPESSONI, *Servitus personae et usus personae,* in Studi per il XIV centenario della Codificazione di Giustiniano, Pavia *1934,* p. *928* nt. 77; *GUARNERI CITATI, Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano,* in *BIDR, 43* (1935), p. *97* e *Esegesi minime in tema di servitù,* in *SDHI, 2* (1936), p. *357;* SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù in diritto romano,* Napoli *1947,* p, *81* s.; *BIONDI, Le servitù prediali in diritto romano,* Milano *1954,* p. *215.* Se si suppone che Paolo neghi la validità di quanto Labeone sostiene, commento e massima appaiono difficilmente comprensibili. L'opinione degli autori citati ci sembra che trascuri di approfondire il reale rapporto fra rnassima e commento troppo condizionati dalla presenza di *immo... falsum esse.*

ca, una servitù di acquedotto, non è facile; facile, invece, può essere scorgervi un generico riferimento ad una servitù il cui scopo fosse di vincolare il fondo ad un percorso nel quale incanalare l'acqua: se l'acqua non è materialmente presente nel fondo, si leggerebbe così nel *pithanòn*, è preclusa la costituzione di qualsiasi servitù diretta ad assoggettare il fondo quando l'acqua mancasse, ancorché fosse prevedibile la sua presenza. Come questo non sia esatto tuttavia è dimostrato proprio dalla possibilità di costituire una *servitus* di *quaerere aquam et inventam ducere*.

Proprio a causa di una terminologia giudicata potenziale occasione di equivoci, dunque, si può spiegare la reazione di Paolo alla massima; prova ne sia che è lo stesso Paolo a richiamare l'attenzione sul fatto che Labeone, per primo, ha riconosciuto la possibilità di costituire una *servitus* di *quaerere aquam et inventam ducere:*

> D.8.3.10 (Paul. 49 ad ed.) — Labeo ait talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aeque liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? et si, ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

Il passo, benché discusso (18), se confrontato con il *pithanòn* di D.8.5.21, può confermare indirettamente che il criterio enunciato da quest'ultimo si riferisce solo alla servitù di acquedotto; più significativo, invece, è ciò che si intuisce dal confronto con quanto afferma Paolo nel commento: in D.8.5.21 l'ammissibilità della *servitus* di *quaerere aquam et inventam ducere* è data per scontata, quando, in D.8.3.10, è presentata ancora come problematica. Paolo, dunque, ha evidentemente accolto, perché le condivide, le direttive di Labeone (19).

---

(18) Cfr. Index itp. In particolare dubitano, fra gli altri, della autenticità di D.8.3.10: GUAIRNERI CITATI, Esegesi minime in materia di servitù, cit., p. 356, e GROSSO, Le servitù prediali in diritto romano, cit., p. 138, ritenendo improbabile che fin dal tempo di Labeone fosse possibile conoscere una servitù così complessa quale quella di ricerca e di conduzione d'acqua. Più convincenti, comunque, a mio avviso, rimangono gli argomenti portati a favore della tesi opposta da CAPOGROSSI COLOGNESI, Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua, cit., p. 171 ss. Certo rimane il fatto che non si può dubitare di D.8.3.10 sulla base di quanto Labeone sostiene nel pithanòn di D.8.5.21: in quest'ultimo egli espone un criterio che ritiene valido per un istituto (la servitù di acquedotto), nel primo stabilisce l'ammissibilità di un istituto diverso (la servitù di *quaerere aquam* et inventam ducere); lo riconobbe BUONAMICI, *Recitatio solemnis*, in Archivio Giuridico, 77 (1906), p. 345, e lo ammise BIONDI, Le servitù prediali in diritto romano, cit., p. 216.

(19) Lo stesso LENEL in Palin., I, col. 229. nt. 2, annota: « Hanc notam Paulus ab ipso Labeone petiit ».

3. I1 secondo passo che consente di escludere un atteggiamento preconcetto di Paolo verso la dottrina di Labeone è:

> D.22.3.28 (Lab. 7 pith. a Paul. epit.) — Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit id opus factum esse. PAULUS: immo cum in arbitrio (20) quaeritur, memoria facti operis extet nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita, quod Graece dici solet « ἐν πλάτει » (enim potest hoc memoria non teneri intra annum): puta factum, cum interim nemo sit corum, qui meminerit, quibus consulis id viderit, sed cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret.

Nel pithanòn Labeone afferma che all'arbiter obbligato a decidere sulla vetustas di un'opera si dovrà chiedere, in sostanza, di indagare se vi sia qualcuno che ricordi quando quel lavoro è stato fatto (21).

Il tenore della nota (22), e soprattutto la presenza di *immo* subito dopo il pithanòn, inducono ad aspettarsi un giudizio negativo sulla massima: Paolo obietta che stabilire la vetustas di un opus richiede un'indagine ben più complessa ed articolata di quanto non possa essere raccogliere dai singoli informazioni; essa dovrà infatti essere il risultato di una valutazione complessiva dell'arbiter nella quale si devono far confluire indizi di varia natura tanto oggettivi quanto

---

(20) MOMMSEN, nell'ed. *maior,* sostituisce ad « arbitro » della 1. Fl., « arbitrio ».

(21) Stabilire i criteri da seguire nel riconoscere in un opus il carattere di vetus rientra nella più ampia problematica dell'esperibilità di una actio aquae pluviae arcendae: SCHÖNBAUER, Die « actio aquae pluviae arcendae », in ZSS, 54 (1934), p. 253 ss.; SARGENTI, *L'«* actio aquae pluviae arcendae », Milano 1940, p. 90; DERINE, *A' propos du* nouveaux regime des eaux privées crée par Justinien, in RIDA, 5 (1958), p. 449 ss. Legittimato ad esperire questa azione, come si sa, è chi ha subito, o teme di subire, un danno in seguito a variazioni apportate al decorso naturale delle acque, sia che voglia difendersi dall'esistenza di un opus che gli causa un danno, sia che voglia ripristinarne il buon funzionamento; lo precisa SITZIA, in Ricerche in tema di « actio aquae pluviae arcendae » dalle *XII* Tavole *all'epoca* classica, Milano 1977, p. 82. Presupposto oggettivo è l'esistenza dunque di un opus manufactum, tuttavia quando l'opus è conseguenza dell'esistenza di una servitus, oppure sia stato autorizzato da una *lex* agri *o* quando detto opus esista da tempo immemorabile, l'actio aquae pluviae arcendae non è esperibile (SARGENTL, op. cit., p. 83).

(22) SARGENTI, *L'«* actio aquae pluviae arcendae », cit., p. 90, definisce il commento di Paolo « verboso ».

soggettivi, tutti comunque volti ad accertare, a ritroso, se vi sia memoria dell'opus.

Eppure, se Paolo nel commento dimostra di considerare il *pithanòn* riduttivo, forse anche banale davanti ad un problema in realtà complesso, leggendo un altro suo testo ci si rende conto come ciò evidentemente non incrina una sua più profonda adesione a quanto Labeone in ordine allo stesso problema aveva detto ([23]):

> D.39.3.2.8 (Paul. 49 ad ed.) — Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum esse, hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

Di fronte a questo passo, le cui assonanze con il commento di D.22.3.28 sono così evidenti, non si può parlare di una critica al pensiero di Labeone, perché esso è ormai pensiero di Paolo; la critica è solo verso quella breve sintesi, incapace di esprimerlo.

4. A conclusioni pressoché analoghe si giunge leggendo **D.6.1.78,** passo che presenta una certa discontinuità fra massima e nota, così da rendere meno immediato il rapporto di consequenzialità che lega il criterio fissato da Labeone e le riserve che su esso Paolo mostra di avere:

> D.6.1.78 (Lab. 4 pith. a Paul. epit.) — Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. PAULUS: immo quaeritur: huius fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit? perceptionem fructus accipere debemus non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere

([23]) Tuttavia, NÖRR, Die Entstehung *der* « longi temporis praescriptio », Köln-Opladen 1969, p. 53, individua nel passo gli estremi per riconoscervi due diversi punti di vista della giurisprudenza intorno ai requisiti dell'opus: secondo alcuni sarebbe stata sufficiente la non sopravvivenza di chi aveva conoscenza diretta della realizzazione dell'opus; secondo altri, tra cui Paolo, sarebbe stato sufficiente la non sopravvivenza di chi aveva udito da altri notizie in ordine alla realizzazione dell'*opus*. TALAMANCA, poi, I « *Pithanà* » di *Labeone* e la logica stoica, cit., pur riconoscendo che « le precisazioni di Paolo trovano rispondenza nella stessa opera labeoniana (p. 37 nt. 104) », giunge ad affermare che: « la critica di Paolo sembra invertire nel suo complesso la decisione di Labeone » (p. 36 nt. 103). Come ciò possa essere non è ben chiaro. Le parole di Paolo, in realtà, ripropongono proprio il pensiero di Labeone; v. SITZIA, Ricerche in tema di « actio aquae *pluviae* arcendae » dalle XII Tavole all'epoca classica, cit., p. 108.

se fructus desierint: veluti si olivae uvae lectae, nondum autem vinum oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

Supporre che Labeone, con il pithanòn, volesse semplicemente cogliere l'assenza di un obbligo nell'ex possessore (24) che non aveva raccolto frutti, è troppo banale. La massima, in realtà, contiene una riflessione ben più originale ed incisiva: posto, infatti, che l'ampiezza di un obbligo di restituire i frutti (ad esempio in rapporto al fatto che sia o non sia avvenuta la contestazione della lite), dipende, ovviamente, dall'esistenza dell'obbligo stesso, dal fatto cioè che dei frutti siano stati acquisiti, Labeone crede di poter individuare un comportamento capace di escludere l'esistenza, in capo al possessore di un fondo, di un dare *oportere,* dunque di un obbligo di restituire, e ciò a prescindere dalla qualità del possesso, sia esso cioè di buona come di cattiva fede (25). Tale comportamento, secondo il giurista, consiste nel non cogere: se all'ex possessore verrà dunque contestata la mancata restituzione di frutti, non si potrà dar luogo ad alcuna azione si *fructum* non coegit (26).

La riserva di Paolo si spiega con le difficoltà che comporta lo stabilire, sotto un profilo pratico, un comportamento definito con non *cogere* ed il discorso si sposta sul quando un possessore fa suoi i frutti. Essi si acquisiscono, precisa il giurista, non solo a raccolto con-

---

(24) Secondo BETTI, *La « condictio » dei « fructus » contro il possessore di mala fede,* in Atti Acc. Torino, 55 (1919-20), p. 97, *possideres* presuppone che Labeone si stia riferendo ad un possesso già concluso.

(25) Quando Labeone scrive il *pithanòn* si è ancora lontani dal ritenere che al possessore di mala fede incomba l'obbligo di restituire i frutti che, pur non raccolti, avrebbe potuto o dovuto raccogliere.

(26) Questa non è l'interpretazione che in genere la dottrina dà del *pithanòn:* in esso si tende a scorgere la fissazione di un criterio utile per la quantificazione dei frutti da restituire. Ma poiché nella massima non si fa cenno alla buona o cattiva fede del possesso, esistono nella dottrina pareri discordi sulle intenzioni di Labeone. Così, ad esempio, prima per MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza dei diritti reali sulla cosa fruttifera,* Sassari 1896, p. 57 ss., poi per BETTI, *La « condictio » dei « fructus » contro il possessore di mala fede,* cit., p. 96 ss., nella massima ci si riferirebbe ad un possesso di mala fede. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede,* in BIDR, 45 (1938), p. 214 ss., è di parere opposto, cioè, a suo avviso, il *pithanòn* si occupa di un possessore di buona fede. Ancora diversa è l'opinione di DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede,* in St. Scorza, Roma 1940, p. 299 ss. (ora in *Diritto romano e società romana,* Roma 1981, pp. 457-483) e di SANTORO, *Studi sulla « condictio »,* cit., p. 451 ss., che parlano di un possessore di mala fede. Si distingue da ogni altra indagine quella del LENEL, *Textkritische Miszellen,* in ZSS, 39 (1918), p. 154 ss., il quale sostenne che Labeone non avesse bisogno di specificare la natura della *possessio* in quanto il *pithanòn* si sarebbe riferito alla responsabilità per frutti dedotta nella *cautio pro praede vindiciarum.*

cluso (*perfecti collecti*), ma fin da quando sono cominciate le operazioni del raccolto (*sed etiam* coepti); le uve e le olive raccolte, ad esempio, benché non ancora vino e olio, sono già del possessore: questo, termina Paolo, deve essere ritenuto aver percepito i frutti subito.

Il fatto di fissare il comportamento che consente al possessore l'acquisto dei frutti, definisce anche quello che lo esclude, dunque, in sostanza, scopo del commento è chiarire come vada inteso non cagere.

Dove poi il giurista abbia tratto il suo pensiero e come la necessità di chiarire il contenuto di cogere determini la sua riserva sulla forma del *pithanòn*, è provato da:

> **D.7.4.13** (Paul. 3 ad Sab.) — Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuraii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint (27).

Per Labeone, ci informa il testo, la *perceptio* dei frutti non va rapportata esclusivamente al risultato finale a cui mira il possessore, ma avviene fin da quando egli pone in essere un comportamento utile al perseguimento di quel fine: non cogere, dunque, per Labeone significa escludere qualsiasi atto dell'ex possessore diretto a conseguire un'utilità dal fondo. E Paolo nel commento di D.6.1.78 dimostra di conformarsi proprio a questo indirizzo.

5. L'ultimo passo di cui ci vogliamo occupare è D.19.1.53 pr. dove le analogie con i precedenti sono evidenti:

> D.19.1.53 pr. (Lab. 1 Pith.) — Si mercedem insulae accessuram esse emptori dictum est, quanti insula locata est, tantum emptori praestetur. PAULUS: immo si insulam totam uno nomine locaveris et amplioris conductor locaverit et in vendenda insula mercedem emptori cessuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulae conductor debebit.

---

(27) I punti di contatto fra D.1.6.78 e D.7.7.13 sono evidenti e non possono essere casuali: lo afferma sia ARU, *Sull'acquisto* dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede, cit., p. 207 s., che SANTORO, Studi sulla «condictio», cit., p. 279. Constatare questo, comunque, ha avuto quale effetto quello di consolidare l'idea che la critica di Paolo si spieghi solo con un atteggiamento polemico fine a se stesso, tipico dell'Epitome (v. nota 9).

Supposta la vendita di un edificio in costanza di un contratto di locazione, Labeone decide che al compratore spetterà un canone pari a quello già fissato dal venditore (28).

L'osservazione di Paolo è puntuale: se il conduttore dell'edificio venduto (godendo dell'intero fabbricato) lo subloca ad una somma maggiore, all'*emptor* andrà solo la mercede che tale conduttore-locatore doveva al venditore. Nessun dubbio che occasione del commento di Paolo è la correlazione « quanti ..., tantum ... » che Labeone stabilisce fra la mercede, che l'insula consente di ottenere, e quanto riceverà il compratore: dato per scontato anche nel commento che si convenga per il proseguimento della locazione, il vantaggio economico a cui l'*emptor* potrà mirare — precisa infatti il giurista — non sarà l'utile in sé che l'edificio consente di raggiungere, ma solo quello che ne conseguiva il-venditore.

Il presupposto di questa precisazione sta nell'escludere che attraverso la vendita possa ricevere, il compratore, una mercede diversa da quella che il venditore riceveva in virtù del contratto di locazione precedentemente concluso con il conduttore. Ma che su ciò Labeone non nutrisse alcun dubbio è provato da:

> D.19.2.58 pr. (Lab. 4 a Iav. epitom.) — Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent. Quamvis eam conductor maiore pre-

(28) La presenza di *dictum* est nel *pithanòn* indica, come presupposto dell'affermazione di Labeone, un accordo intervenuto fra venditore ed acquirente che imponga a quest'ultimo il rispetto dell'esistente contratto di locazione: prova di tale consuetudine si ha tanto in Gaio (D.19.2.25.1) quanto in una costituzione di Alessandro Severo (C.4.65.9) v.: COSTA, Locatio rei, Torino 1915, p. 96 ss.; ARNÒ, Empio tollit locatum, in T., 6 (1925), p. 485 ss. Benché nel commento che segue non vi siano accenni ad un accordo delle parti in tal senso, al p. 2 dello stesso passo — assai controverso — Paolo riporta in parte un esempio di clausola con cui si è soliti riservare l'habitatio a chi risiede nell'edificio fatto oggetto di vendita. Stabilita, dunque, la necessità di un accordo esplicito e formale (l'accenno a tale clausola nel commento al p. 2 di D.19.1.53 nasce dall'esigenza di sottolineare quest'ultimo aspetto) per far proseguire la preesistente locazione sull'edificio venduto, in dottrina si discute poi sulla legittimità di una stipulatio con cui si volesse far acquistare al terzo (acquirente) il credito che il venditore-locatore vanta verso il conduttore. Il principio *alteri stipulari nemo* potest lo vieterebbe, tuttavia, vista la prassi testimoniata dalle fonti, si pensa che potesse nascere un'azione allo stipulante in quanto aveva un interesse proprio a che fosse osservato dal debitore il comportamento che gli si imponeva in relazione a quel terzo. Il mezzo comunque più diffuso per rendere agibili simili promesse sembra fosse quello della stipulazione penale; cfr.: ARANGIO RUIZ, Istituzioni di diritto romano, Napoli 1984 rist. anast. della XIV ed., p. 300; ALZON, Problèmes *relatifs à* la location des *entrepôts en* droit *romain,* Paris 1964, p. 270 s.; ALBANESE, Gli atti negoziali nel diritto romano, Palermo 1982, p. 345 nt. 386.

tio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat.

Paolo conosce questo testo (29), e in D.19.1.53 *pr.* ne ripropone il contenuto: egli evidentemente condivide il punto di vista di Labeone e sa che il maestro augusteo doveva essersi uniformato ad esso nel formulare il *pithanòn.*

6. I1 fatto che in 4 commenti sia riconoscibile, dietro un'apparenza contraria, un'adesione al pensiero di Labeone (30), si riflette sull'epitome come circostanza che induce ad attenuare la rigidezza di un'opinione la quale, come si è detto, postula un atteggiamento di Paolo sempre negativo nei confronti di Labeone.

Che contrapposizione vi sia è innegabile, ma, individuate nel pi*thanòn* espressioni o terminologie incerte, appurato che l'atteggiamento critico del commento può spiegarsi con la loro presenza, si può. allora anche supporre che il *pithanòn* in Paolo susciti solo preoccupazioni d'ordine espressivo-formale.

Un atteggiamento negativo verso una affermazione che si presenta breve e concisa si pensa in genere dipenda da una sfiducia verso la sua intrinseca validità: eppure non è questo che si intuisce dai 4 commenti visti. Se ci si attiene a quanto dicono, risulta che Paolo non vuole negare, ad esempio, la formulazione, in D.8.5.21, di un criterio volto ad escludere, in assenza d'acqua, la costituzione di una servitù di acquedotto; né, in D.6.1.78, il fatto che Labeone creda di identificare. nel *non* cogere un comportamento che escluda sempre l'esistenza in capo ad un possessore di un fondo, di un obbligo di restituire.

---

(29) Lo provano passi quali D.12.6.6 (PauZ. 3 ad Sab.); D.17.2.65.5 (PauZ. 32 ad ed.); D.48.13.11.2 (*Paul.* iib. *sing.* de iud. pubi.). Ad essi va aggiunta una nota di Paolo ad un commento di Giavoleno (D.29.2.60) che induce LENEL, *Paling.*, I, nt. 3, col. 301, ad osservare: «Sed Paulus, qui et ipse Labeonis pithana excerpsit et tot iuris consultorum adnotavit opera, etiam hanc epitomen adnotasse nil est quod miremur». Che Paolo conoscesse o i Posteriores o il commento che ne fa Giavoleno è così evidente che si è addirittura avanzato il sospetto che alla base dell'Epitome non vi sia il testo originale dei Pithanà, ma una rielaborazione dei Posteriores curata da un anonimo: WIEACKER, Text*stufen klassischer Juristen*, cit., p. 144, ripreso da THOMAS, Pithanòn Labeonis a *Paulo* epitomatorum *libri* VIII, cit., p. 317 ss. (v. nt. 10).

(30) Non è da escludere comunque che un'indagine più attenta di ciascun commento paolino possa far emergere convergenze significative fra quanto annota Paolo e quanto Labeone aveva in altre occasioni detto. Un caso — ma tutto da approfondire — potrebbe essere quello presentato da D.32.31 (Lab. 1 pith. a PauZ. epit.) in rapporto a D.39.2.47 (Nerat. 6 *membr.*) ove è riportata un'opinione di Labeone che potrebbe ridimensionare l'apparente contrasto riscontrato nel testo dell'epitorne paolina.

Le sue osservazioni, in realtà, sembrano legate soprattutto agli errori che una terminologia superata in un caso, poco chiara nell'altro, possono determinare: il suo « no » deciso, cioè, sembra mettere in guardia non dal pithanòn, ma da una sua interpretazione superficiale e acritica.

L'importanza di una simile riflessione è evidente: posto che le massime formulate vengono dal loro stesso autore definite *Pithanà,* dunque né assolute né incontestabili, laddove criticandole non se ne metta in discussione la sostanziale attendibilità, si può supporre che scopo della critica possa essere capire ed evidenziare le cause che determinano il loro essere *pithanà,* cioè il loro essere probabili, non sicure.

Se ciò fa pensare ad una curiosità scientifica di Paolo, la rigidità dello schema espositivo che poi egli adotta esclude che solo in ciò si spieghi l'epitome, mentre si fa strada una ulteriore possibilità e cioè che, forse, chiarire e sottolineare subito i possibili errori a cui si va incontro leggendo il pi'thanòn sia necessario per chi dimostrasse di dimenticare la cautela con cui Labeone si era espresso sulla loro affidabilità (qualificando appunto quelle brevi massime pi*thanà*) e tenesse conto solo dell'auctoritas di chi li ha scritti.

Solo un'indagine puntuale ed ordinata dei singoli contenuti dell'epitome — già auspicata dal Pernice, ma di fatto mai condotta —, scevra da ogni pregiudizio sull'atteggiamento di Paolo verso il *pithanòn,* può dunque chiarire la reale funzione di una sua analisi critica e le ragioni che l'hanno determinata.

Indispensabile, d'altra parte, è, allora, anche uno studio attento del contesto storico-giuridico in cui l'opera di Paolo matura, visto che l'interesse, particolarmente vivo nella giurisprudenza del sec. III d.C., verso prontuari semplici in cui regole e principi basilari permettevano di orientarsi nei comuni casi pratici, è sicuramente condiviso anche da Paolo ([31]) e può non essere estraneo alla sua decisione di accostarsi ad un'opera quale quella di Labeone.

([31]) Emblematica è in tal senso la definizione che Paolo stesso dà in D.50.17.1 (Paul. 16 ad Plautium): « Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum ». Sull'interpretazione del passo e sulla sua importanza nella determinazione dell'atteggiamento che in genere ha la giurisprudenza del sec. III d.C. verso la generalizzazione insita nel formulare regole, cfr., su posizioni antitetiche: SCHMIDLIN, Die *römischen Rechstregeln,* cit., p. 46 ss. e NÖRR, Spruchregel und Generalisierung, cit., p. 170; CANNATA, Recensione allo Schmidlin in IURA, 23 (1972), p. 180 ss.; VACCA, Contributo allo studio del metodo casistico, Milano 1976, p. 110. Più in generale: SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, cit., p. 512; CANNATA, Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, I, cit., p. 87 ss., STEIN, Lo *svolgimento* storico della «regola iuris » in diritto romano, cit., p. 104.

Quattro passi su trentatré non consentono, ovviamente, di trarre indicazioni di carattere generale: stabilire tuttavia per essi l'apparenza di un contrasto, ritenuto invece dalla dottrina indiscusso e scontato, ci pare costituisca un dato che non può essere ignorato, né sottovalutato.

RIASSUNTO

Le espressioni avversative che, nell'epitome dei Pithanà di Labeone, introducono il commento di Paolo non sono indicative di un contrasto di natura sostanziale fra i due autori–Paolo critica il modo in cui la massima è enunciata, non il suo contenuto. E tale critica non è verosimilmente diretta contro Labeone (che doveva essere ben consapevole dei limiti del pithanòn), ma contro i tardi utilizzatori della sua opera, Testi principali: **D.8.5.21** (Lab. **1** pith, a Paul. epit.); **D.8.3.10** (Paul. 49 ad ed.); D.22.3.28 (Lab. **7** pith. a Paul. epit.); **D.7.4.13** (Paul, **3** ad Sab.); D.19.1.53 pr. (Lab. **1** Pith. a Paul. epit.); **D.19.2.58** gr. (Lab. **4 a** Iav. epit.)

SUMMARY

The argumentative statements which introduce Paulus's epitome to Labeo's Pithanà, do not evidence a basic contrast between the two authors. Paulus does not criticize the content of the statement, but the way it is made. Moreover, he criticizes those who later availed themselves of Labeo's work rather than Labeo himself (who was likely ta be well aware of the limitations of the pithanòn). Principal texts: **D.8.5.21** (Lab. **1** pith. a Paul. epit.); **D.8.3.10** (Paul. **49** ad ed.); **D.22.3.28** (Lab. **7** pith. a Paul. epit.); **D.39.3.2.28** (Paul. **49** ad ed.); **D.6.1.78** (Lab. **4** pith. a Paul. epit.); **D.7.4.13** (Paul. **3** ad Sab.); D.19.1.53 pr. (Lab. **1** Pith. a Paul. epit,); **D.19.2.58** pr. (Lab. **4** a Iav. epit.).

Ann. Univ. Ferrara - *Sc.* Giur.
Nuova Serie - Vol. I **(1987)**

LUCETTA DESANTI

Giustiniano e il ratto

1. La disciplina del *crimen raptus* è stata oggetto di un intervento significativo da parte di Giustiniano. Ci pare che il tema, nonostante abbia ricevuto di recente un attento esame (1), meriti un ulteriore approfondimento, al fine di meglio evidenziare gli elementi innovativi della riforma rispetto alla precedente regolamentazione dell'illecito.

A dettare le linee essenziali di tale riforma è una legge riportata in C. 9, 13, 1:

> *Imp. Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum.* Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccante capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicatae (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei inreverentiam comrnittitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui. 1 Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus virginum vel viduarum vel ingenuarum vel quarumlibet feminarum aut earum consanguinei aut tutoribus vel curatoribus vel patronis vel dominis, convicti interficiantur. 1a Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici crimine tenentur tam adulterii quam rapinae et opor-

(1) *Bonini, Ricerche di diritto giustinianeo,* Milano *1968,* p. *166 ss.; Grodzynski, Ravies et coupables. Un essai d'interprétation de la loi IX, 24, 1 du Code* ***Théodosien,*** in *MÉFR, XCVI (1984)-2,* p. *723* ss.; *Goria, s.v. ratto,* di prossima pubblicazione in ED.

tet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. 1b Quibus connumeravimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit. 1c Sin autem post commissum tam detestabile crimen aut potentatu raptor se defendere aut fuga evadere potuerit, in hac quidem regia urbe tam viri excelsi praefecti praetorio quam vir gloriosissimus praefectus urbis, in provinciis autem tarn viri eminentissimi praefecti praetorio per Illyricum et Africam quam magistri militum per diversas nostri orbis regiones nec non viri spectabiles praefectus Aegypti vel comes Orientis et vicarii et proconsules et nihilo minus omnes viri spectabiles duces et viri clarissimi rectores provinciarum nec non alii cuiuslibet ordinis iudices, qui in locis inventi fuerint, simile studium cum magna sollicitudine adhibeant, ut eos possint comprehendere et comprehensos in tali crimine post legitimas et iuri cognitas probationes sine fori praescriptione durissimis poenis adficiant et mortis condemnent supglicio. 1d Quibus et, si appellare voluerint, nullam damus licentiam secundum antiquae Constantinianae legis definitionem. 1e Et si quidern ancillae vel libertinae sint quae rapinam passae sunt, raptores tantummodo supra dicta poena plectentur, substantiis eorum nullam deminutionem passuris. lf Sin autem in ingenuam personam tale facinus perpetretur, etiam omnes res mobiles seu immobiles et se moventes tam raptorum quam etiam eorum, qui eis auxilium praebuerint, ad dominium raptarum mulierum liberarum transferantur providentia iudicum et cura parentum earum vel maritorum vel tutorum seu curatorum. lg Et si non nuptae mulieres alii cuilibet praeter raptorem legitime coniungentur, in dotem liberarum mulierum easdem res vel quantas ex his voluerint procedere, sive maritum nolentes accipere in sua pudicitia rernanere voluerint, pleno dominio eis sancimus applicari, nemine iudice vel alia quacumque persona haec audente contemnere. 2 Nec sit facultas raptae virgini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint excepto raptore, eam legitimo copulent matrimonio, quoniam nullo modo nullo tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra re publica matrimonium student sibi coniungere. oportet etenim, ut, quicumque uxorem ducere voluerit sive ingenuam sive libertinam, secundum nostras leges et antiquam consuetudinem parentes vel alios quos decet petat et cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. 3 Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus. 3a Ceteros autem omnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quamcumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poe-

nae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. 3b Si enim ipsi raptores metu atrocitatis poenae ab huiusmodi facinore temperaverint se, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquetur, quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere. 3c Parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem remiserint, deportatione plectendis. 4 Et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus, cum hoc etiarn Constantiniana lege recte fuerat prospectum. 5 Omnibus legis Iuliae capitulis, quae de raptu virginum vel viduarum seu sanctimonialium sive antiquis legum libris sive in sacris constitutionibus posita sunt, de cetero abolitis, ut haec tantummodo lex in hoc capite pro omnibus sufficiat. 6 Quae de sanctimonialibus etiam virginibus et viduis locum habere sancimus. D. xv *k. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. 111 cons.*

[a. 533](2)

In questa legge si contempla la sottrazione, consensuale o violenta (3), di vergini onorate o, comunque, di donne nubili ingenue (4),

(2) La datazione del provvedimento non è del tutto sicura. Alcuni codici, infatti, attribuiscono la legge al 528, altri al 533. Per una discussione, cfr. MATTHEUS, De *criminibus,* ad *lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius,* I, Neapoli 1772, p. 363 s., il quale opta per il 528. In questo senso, altresì, WACHTER, *Abhandlungen* aus *dem* Strafrecht, I, Leipzig 1835, p. 50. KRÜGER, ad C. 9, 13, 1, viceversa, propende per la data del 533. Quest'ultima opinione, divenuta oggi prevalente, ci pare in effetti maggiormente plausibile. Anzitutto, è sicuramente datata 17 novembre 533 la costituzione riportata in C. 1, 3, 53 (54), che si occupa a sua volta del ratto, presenta uguale destinatario e uguale luogo di emissione e si considera perciò iungenda a C. 9, 13, 1 (v. *infra* § 2 con nt. 31). Soffermiamoci, inoltre, su C. 9, 13, 1, 5. Qui si dichiarano abrogati tutti i capitoli di una lex Iulia, pertinenti al ratto, posti negli antiqui *legum libri* e nelle sacrae *constitutiones.* Si tratta, verosimilmente, dei passi e delle disposizioni relativi alla repressione del ratto ex Zege *Iulia* de vi, collocati nel Digesto e nel primo Codice di Giustiniano (v. *infra*). Orbene, se è vero che la legge fa riferimento al primo Codice e, soprattutto, al Digesto, si deve concludere che essa è stata emanata dopo il 528 e perciò, probabilmente, nel 533. Come è noto, infatti, la redazione del Novus Codex, nel 528, era soltanto agli inizi; quella del Digesto, addirittura, prenderà il via nel 530. contemporaneamente a C. 9, 13, 1 [e a C, 1, 3, 53 (54)], sarebbero state emanate, inoltre: C. 5, 17, 11 (KRÜGER, ad C. 9, 13, 1); C. 7, 24, 1 e C. 11, 48, 24 (BONINI, op. cit., p. 167 s. nt. 3). Non è escluso, tuttavia, che tali disposizioni siano state introdotte con provvedimenti distinti (GORIA, op. cit.).

(3) C. 9, 13, 1, 3a-3b.

(4) C. 9, 13, 1 pr. Interpretando *vel* nell'ordinario significato disgiuntivo, la costituzione contemplerebbe il caso delle vergini oneste, di qualunque condizio-

già fidanzate oppure no (5); di vedove, anche se libertine o serve altrui (6); di vergini e vedove dedicate a Dio (7); di donne coniugate (8). È punita inoltre, a quel che sembra, la sottrazione *per* vim della propria fidanzata (9).

Come si ricava dall'attenzione dedicata all'eventualità di nozze riparatrici (10), il provvedimento ha di mira, principalmente, il fenomeno del ratto a fine di matrimonio. D'altra parte, il fatto stesso che esso contempli pure la sottrazione di mulieres *nuptae,* nonché di schiave, cui le nozze sono precluse, lascia intendere che qui si fa riferimento anche al ratto a fine di libidine (11).

---

ne, e quello delle ingenue che oneste non sono. In relazione a queste ultime, evidentemente, il termine virgo non starebbe ad indicare la donna fisicamente integra, bensì la donna nubile. All'opposto, attribuendo a *vel* il significato di «e anche», si avrebbe ratto delle vergini che fossero contemporaneamente oneste ed ingenue. In argomento cfr.: BONINI, *op. cit.*, p. 169 s. con nt. 7; GORIA, *op.* cit. A nostro giudizio non è plausibile sostenere che il provvedimento si sia circoscritto alle sole vergini ingenue. Anzitutto, in C. 9, 13, 1 pr. è contemplato espressamente il caso delle vedove libertine e servae alienae e non si vede per qual motivo si sarebbe invece tralasciato quello delle vergini di uguale condizione; d'altra parte, in C. 9, 13, 1, 1-1e-2, si fa riferimento alla rapita schiava *o* libertina senza fare alcuna distinzione tra vedove e vergini. Di conseguenza, optiamo per la prima interpretazione.

(5) C. 9, 13, 1 pr. Non è escluso che la disposizione rimandi pure alla donna già fidanzata col suo stesso rapitore. V. nt. 9.

(6) C. 9, 13, 1 pr.

(7) C. 9, 13, 1 pr. In questa ipotesi sembra prospettarsi un concorso tra ratto e sacrilegio. Sul punto, cfr.: FERRINI, Diritto penale romano, Milano 1899, p. 228; BONINI, *op. cit.*, p. 171 nt. 9.

(8) C. 9, 13, 1, la. Il delitto viene costruito come *crimen* duplex, misto di *adulterium* e rapina, Cfr.: BONINI, op. cit., p. 172 con nt. 13; GORIA, op. cit.

(9) Si è sostenuto, in dottrina, che il termine «suam» non comparisse nel testo originale del Codice e che la disposizione, in realtà, riguardasse il ratto della fidanzata altrui (WÄCHTER, *op. cit.*, p. 60 ss.). Cfr. altresì GORIA, *op. cit.*, il quale suppone introdotte dai compilatori del secondo Codice le parole «suam per *vim*». In ogni caso, è probabile che la punibilità della fattispecie fosse comunque sottintesa dalla legge del 533 e che tra le virgines *iam* desponsatae, di cui si fa parola in C. 9, 13, 1 pr., si comprendesse anche la donna fidanzata al suo rapitore.

(10) C. 9, 13, 1, 1g-2.

(11) Va osservato che Giustiniano sembra talvolta attribuire maggior rilievo alla probabile seduzione della rapita, che non al momento dell'*abductio.* Così, in C. 9, 13, 1 pr.: ... *maxime cum* virginitas *vel* castitas corrupta *restitui* non potest. Così, soprattutto, in C. 9, 13, 1, la ove, la sottrazione di mulieres nuptae è definita come adulterii *crimen* cui si aggiunge la rapina. Difatti, qualcuno ha sostenuto che il ratto, nella visione di Giustiniano, si configura come *stuprum* per vim, qualificato dalla sottrazione (CUJACIO, Paratitla in libros *novem* Codicis Justiniani repetitae praelectionis, in Opera, VIII, Par. Fabrot. ed., Prati 1893, col. 1324; Recitationes *solemnes sive Commentarii* in IX librum Codicis Domini Justiniani, in Opera, *cit.*, IX, col. 2179).

La repressione dell'illecito si presenta estremamente dura.

Affinché tale insania non si propaghi, si dispone che il rapitore e i complici, sorpresi in flagrante reato, possano venire uccisi impunemente da genitori, parenti, tutori, curatori, patroni e padroni della rapita (l[12]). Sull'evidente presupposto che il delitto, il più delle volte, rimanesse impunito, si incaricano inoltre i funzionari di ogni ordine e grado di rintracciare il colpevole che fosse riuscito a sfuggire ([13]). Costui, sottoposto a regolare giudizio *sine* fori *praescriptione* (l[14]), sarà condannato in presenza di Zegitimae et iuri *cognitae* probationes ([15]), senza potersi appellare alla sentenza di condanna quando risulti *indubitate* convictus ([16]).

E veniamo alle sanzioni. Il rapitore è punito con la pena di morte ([17]); se il delitto riguarda un'ingenua, subisce pure la confisca dei beni, attribuiti in proprietà alla donna stessa (l[18]). Si dispone, inoltre, che la rapita non possa accettare le nozze riparatrici (l[19]), che in età precostantiniana, a quel che sembra, potevano salvare costui dal castigo ([20]). La medesima pena (morte e bonorum amissio) è inflitta

---

([12]) C. 9, 13, 1, 1. La norma si riferisce, evidentemente, ai complici che hanno preso parte col rapitore al momento consumativo del delitto (cfr. BONINI, op. *cit.*, p. 172 con nt. 12). Non è ben chiaro se l'uccisione dei colpevoli fosse condizionata o meno ad un atto di accertamento. Sul punto cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 173 s. nt. 16; GORIA, *op. cit.* In ogni caso, la legge propone non un'ipotesi di legittima difesa, bensì di giustizia privata, ispirandosi, probabilmente, alla passata regolamentazione dell'adulterio (BONINI, *op. cit.*, p. 173 nt. 16).

(13) C. 9, 13, 1, 1c. Si è notato che il riferimento al praefectus praetorio per Africam è stato aggiunto dai compilatori del Codex (v. SCHULZ, *Umarbeitungen* Justinianischer Gesetz bei ihrer Aufnahme in den Codex *Justinianus* von 534, in *Acta* congr. iur. internat., I, Romae 1935, p, 88; BONINI, *op. cit.*, p. 185 con nt. 47).

([14]) C. 9, 13, 1, lc.

([15]) C. 9, 13, 1, lc.

([16]) C. 9, 13, 1, 1d. La disposizione rimanda alla disciplina costantiniana del ratto e, in particolare, a CTh. 9, 24, 1, 3: Raptor autem indubitate convictus si appellare voiuerit, minime audiatur, Ci pare evidente che Giustiniano intende introdurre tale regolamentazione, che subordina il divieto di appella alla sicurezza delle prove raggiunte. Cfr. BONINI, op. cit., p. 175 s. con nt. 21; GAUDEMET, Constitutions constantiniennes relatives à *l'appel*, in ZSS, XCVIII (1981), p. 51.

([17]) C. 9, 13, 1 *pr.*-1c-3. Poiché Costantino aveva inflitto al rapitore una pena di morte esacerbata, ci si è domandati se anche Giustiniano non abbia fatto ritorno all'antico rigore. Sul punto, cfr. BONINI, op. cit., p. 170 s. nt. 8, il quale sembra propendere per la soluzione negativa. A nostro rnado di vedere, il fatto che ai complici di condizione servile sia espressamente inflitta la pena del rogo dimostra che, viceversa, rapitore e complici di condizione libera subivano una diversa e più lieve sanzione.

([18]) C. 9, 13, 1, lf. In C. 9, 13, 1, 1g si precisa che qualora la rapita sia ancora nubile e voglia prendere marito, tali beni le saranno costituiti in dote.

([19]) C. 9, 13, 1, 2.

([20]) Numerosi indizi sembrano suggerire che Costantino, con CTh. 9, 24, 1 pr. (a. 326), abbia voluto abrogare una preesistente regolamentazione dell'illecito

altresì ai complici di condizione libera che abbiano preso parte al fatto della sottrazione (21); coloro che invece hanno prestato un aiuto indiretto sono sottoposti alla poena *tantummodo capitalis* (22) e cioè, verosimilmente, alla sola pena di morte senza confisca dei beni (23). Assimilati, in certo senso, a costoro, sono i parentes della donna rapita che hanno taciuto il delitto e che per questo sono condannati alla *deportatio* (24). Ai complici schiavi è inflitta, in ogni caso, la vivicombustione (25).

Al paragrafo 5, infine, la costituzione dichiara abrogati tutti i capitoli di una imprecisata lex *Iulia,* collocati negli antiqui *legum libri* e nelle sacrae constitutiones, ponendosi palesemente come testo unico in materia (26). Poiché nella compilazione di Giustiniano sono riportati passi e disposizioni relativi alla repressione del ratto *ex lege Iulia* de ***vi*** (27), è probabile che qui si rimandi, per l'appunto, a tali passi e a tali disposizioni, contenuti nel Digesto (il quale, al momento della emanazione della legge in discorso, era in via di pubbli-

---

che mandava assolto il rapitore quando la rapita avesse accettato di sposarlo, Sul punto, cfr. DESANTI, *Costantino,* il ratto e il matrimonio riparatore, in SDHI, LII (1986), p. 204 ss. e p. 215. È perciò verosimile che Giustiniano, nel negare alla rapita la facoltà di raptorem *suum* sibi *maritum* exoscere, voglia ribadire, in particolare, la soppressione di questa scappatoia per il colpevole (cfr. DESANTI, *op. cit.,* p. 212). D'altra parte, il fatto stesso che la disposizione sia enunciata mentre si sta trattando della pena inflitta al rapitore dimostra che essa attiene al problema della sua punibilità. È poi evidente che il matrimonio riparatore è altresì considerato nullo [v. anche Nov. Just. 143 (= 150) praef. - 1].

(21) C. 9, 13, 1, 1f-3.

(22) C. 9, 13, l, 3a. I cosiddetti *conscii* sarebbero coloro che aiutano ed agevolano il delitto [FERRINI, Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano, in Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Pessina, I, Milano 1905, p. 110 s.; CHEVAILLER, *Contributions* à l'étude de la complicité *en* droit pena2 *romain,* in RH, XXXI (1953), p. 217 e p. 236 s.]; i ministri vengono identificati con gli esecutori materiali, spesso di bassa estrazione, agli ordini di un altro individuo (FERRINI, *Esposizione,* cit., p. 111; ENSSLIN, s.v. *minister* und *ministerium,* in RE, suppl. VI, 1935, p. 488; CHEVAILLER, *op. cit.,* p. 217 e p. 236 s.); coloro che raptores susceperunt sono evidentemente colpevoli di avere dato alloggio al rapitore perché vi nascondesse la rapita (FERRINI, Diritto penale romano, cit., p. 307); infine, con l'espressione qui ... *quacumque* opem eis *intulerint* si vuole probabilmente alludere a tutti gli altri possibili concorrenti nel reato (BONINI, op. cit., p. 179 nt. 32).

(23) Cfr. BONINI, op. *cit.,* p. 179.

(24) C. 9, 13, 1, 3c.

(25) C. 9, 13, 1, 4. In argomento, cfr. ROBINSON, *Slaves* and the *Criminal Law,* in ZSS, XCVIII (1981), p. 230.

(26) Cfr. BONINI, *op. cit.,* p. 169; p, 171 nt. 10; p. 183 con nt. 46.

(27) Per il ratto di donne libere, in particolare: D. 48, 6, 5, 2 (MARC. 14 instit.); C. 9, 12, 3. V. *infra,* § 3 con ntt. 39 e 41.

cazione) e nel primo Codice giustinianeo (28). Ovviamente, essa abroga altresì la precedente disciplina dell'autonomo *crimen raptus,* contemplata dal primo Codice e verosimilmente modellata sui titoli 9, 24 De *raptu virginum vel viduarum* e 9, 25 *De raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum vel viduarum* del. Teodosiano (29).

2. Il provvedimento or ora preso in esame, come si è detto, si applica anche al ratto di vergini e vedove *deo dedicatae* (30). Disposizioni più specifiche in materia, attribuibili alla stessa legge (31), sono tuttavia riportate in una diversa sede e cioè in C. 1, 3, 53 (54):

> *Idem A. Hermogeni magistro officiorum.* Raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum, quae deo fuerint dedicatae, pessima crīminum peccantes capitis supplicio plectendos fuisse decernimus, quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei inreverentiam committitur. 1 Qui itaque huiusmodi crimen comrniserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus sanctimonialium virginum vel viduarum vel diaconissarum aut earum consanguineis vel tutoribus seu curatoribus, convicti interficiantur. 2 Sin autem post comrnissum tam detestabile crimen aut potentatu raptor se defendere aut fuga evadere potuerit, in hac quidem regia urbe tam viri excelsi praefecti praetorio quam vir gloriosissimus praefectus urbis, in provinciis autem tam viri eminentissimi praefecti praetorio per Illyricum quam magistri militum per diversas nostri orbis regiones nec non viri spectabiles praefectus Aegypti et vicarii et proconsules et nihilo minus viri spectabiles duces et viri

(28) In questo senso, cfr. BONINI, *op. cit.,* p. 183 con ntt. 43 e 44. Per FLORE, Di alcuni casi di vis pubblica, in Studi Bonfante, IV, Milano 1930, p. 351 s., Giustiniano farebbe allusione alla lex *Iulia* de adulteriis.

(29) In questo senso, cfr. BONINI, *op. cit.,* p. 183 con nt. 45; GORIA, *op. cit.* Per le possibili correzioni apportate dai redattori del primo Codice, v. nt. 49.

(30) C. 9, 13, 1 *pr.-6.*

(31) Argomentando da Inst. 4, 18, 8, si è giustamente rilevato che la legge su1 ratto del 533 è unica e che pertanto le disposizioni riprodotte in C. 9, 13, 1 e in C. 1, 3, 53 (54) dovevano fare parte del medesimo provvedimento, in seguito smembrata o parzialmente ripetuto, coi necessari completamenti, in due titoli diversi del Codex (GORIA, *op. cit.*). Qualcuno ha anzi sostenuto che C. 1, 3, 53 (54) conserverebbe un testo assai vicino all'originale, mentre C. 9, 13, 1 sarebbe stata rimaneggiata, all'atto dell'inserimento nel Codex repetitae praelectionis (SCHULZ, *op. cit.,* p. 83 ss.; FRITZ, Studien *zur Justinianischen Reformgesetz*gebung, Quakenbruck 1937, p. 45 ss.). Perplessità, al riguardo, vengono espresse da BONINI, *op. cit.,* p. 185 s. con nt. 47. In effetti non appare probabile che la legge sul ratto, emanata appena un anno prima della pubblicazione del Codex, abbia subito sostanziali riinaneggiamenti all'interno di questo.

clarissimi rectores provinciarum nec non alii cuiuslibet ordinis iudices, qui in locis inventi fuerint, simile studium cum magna sollicitudine adhibeant, ut eos possint comprehendere et comprehensos in tali crimine post legitimas et iuri cognitas probationes sine fori praescriptione durissimis poenis adficiant et mortis condemnent supplicio. 3 Bona autem eorum, si hoc commissum fuerit vel in sanctimonialem virginem, quae in asceterio vel monasterio degit, sive eadem virgo diaconissa constituta sit sive non, eidem monasterio vel asceterio, ubi consecrata est, addicentur, ut ex his rebus et ipsa solacium habeat, dum vivit, sufficiens et res omnes sacrosanctum asceterium seu monasterium pleno habeat dominio. 4 Sin autem diaconissa cuiuscumque ecclesiae sit, in nullo autem monacterio vel asceterio constituta est, sed per se degit, raptoris eius substantia ecclesiae, cuius diaconissa est, adsignetur, ut ex his facultatibus ipsa quidem usum fructum, dum superest, ab eadem ecclesia consequatur, ecclesia vero omnem proprietatem et plenam possessionem earundem rerum nostro habeat beneficio: nemine vel iudice vel alia quacumque persona hoc audente contemnere. 5 Poenas autem, quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, constituimus non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint. ceteros autem ornnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quamcumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus sanctimonialibus virginibus seu aliis supra dictis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. *D. XV k. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. III cons.* [a. 533]

La costituzione si riferisce a vergini e vedove santimoniali e diaconesse ([32]), ripetendo, in gran parte, il testo di C. 9, 13, 1 ([33]). La pe-

([32]) Le cosiddette santimoniali, vergini o vedove, sona donne votate a Dio e alla castità. Anche le diaconesse, diffuse soprattutto in Oriente, sono vergini o vedove consacrate che, tuttavia, hanno particolari funzioni nella liturgia e parrebbero comprese nell'ambito del clero. Per uno sguardo generale in argomento, cfr. GORDINI, *Il « popolo di Dio » nel IV secolo*, in *Storia della chiesa dalle origini ai nostri giorni*, a cura di Fliche-Martin, III/1, *trad. ital.*, Torino 19723, p. 409 ss. Va notato che in C. 9, 13, 1, 5-6 si menzionano solamente le santimoniali. Per SCHULZ, *op. cit.*, p. 89 s., l'accenno alle diaconesse sarebbe stato aggiunto dai compilatori del Codex. In ogni caso, ci pare che anche costoro fossero comunque annoverate tra le vergini e vedove *deo dedicatae* di cui si fa parola in C. 9, 13, 1 *pr.*

([33]) Risultano riprese da C. 9, 13, 1, sia pure con qualche variante, C. 1, 3, 53 (54) *pr.* 1-2-5. Ci sembrano inoltre applicabili anche al ratto delle religiose talune norme che forse non sono state riprodotte in C. 1, 3, 53 (54) per evitare

culiarità di tale disciplina sta nella diversa destinazione dei beni confiscati a rapitore e complici che, in questo caso, non sono devoluti alla rapita (34). Se la donna, santimoniale o diaconessa, vive in un asceterio o in un monastero, essi andranno a tale istituto religioso e costei potrà usufruirne finché vive (35); se si tratta di una diaconessa che abita per conto suo, dette sostanze saranno attribuite alla chiesa cui essa appartiene, mentre la donna ne conserverà l'usufrutto legale (36).

3. In C. 9, 13, 1 e in C. 1, 3, 53 (54) si fissano la nozione e la disciplina del *crimen raptus* destinate a restare definitive (tranne qualche successiva regola di dettaglio) in diritto giustinianeo.

Tuttavia, per quel che riguarda l'assetto ricevuto dall'illecito all'interno della compilazione nel suo complesso, rimane essenzialmente da segnalare che esso, pur disciplinato, grazie alle due costituzioni or ora citate, come autonomo *crirnen* (37), risulta anche avvicinato concettualmente all'area della *vis* e della *vis publica* in particolare. Nelle Istituzioni, infatti, si parla di ratto in tema di *lex Iulia* de *vi publica seu privata* (38); nel Digesto se ne fa parola in tema di *lex Iulia* de *vi publica* (39). Il Codice dedica alla materia l'apposito titolo

---

ripetizioni (cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 185 s. con nt. 47). Così: C. 9, 13, 1, ld-3c-4. Dovrebbe essere superfluo, invece, nel caso delle donne consacrate, il divieto del matrimonio riparatore formulato in C. 9, 13, 1, 2. A queste donne, infatti, il matrimonio è comunque precluso, anche quando non vi sia stato un ratto, già a partire da CTh. 9, 25, 2 (a. 364). In argomento, cfr. DESANTI, *Sul* matrimonio di donne consacrate a Dio nel diritto romano cristiano, di prossima pubblicazione in SDHI, LIII (1987).

(34) V. retro.

(35) C. 1, 3, 53 (54), 3. Cfr. ORESTANO, Beni dei monaci e dei monasteri *nella* legislazione giustinianea, in Studi *De* Francisci, III, Milano 1956, 570 s.

(36) C. 1, 3, 53 (54), 4.

(37) Il ratto risulta configurato come autonomo *crimen* per lo meno a partire da CTh. 9, 24, 1 (a. 326) e tale prospettiva si mantiene, ovviamente, anche nel diritto giustinianeo, prova ne sia che il Codex repetitae praelectionis dedica all'illecito l'apposito titolo 9, 13, « De raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium ».

(38) Inst. 4, 18, 8. In argomento cfr. GORIA, *op. cit.* Il passo rimanda alla costituzione generale su cui ci siamo soffermati, la quale risulta emanata soltanto quattro giorni prima che le Istituzioni fossero pubblicate. La circostanza ha fatto pensare che la legge sia stata promossa da Triboniano, in qualità di presidente della commissione delle Institutiones (H. KRÜGER, Die *Herstellung* der *Digesten* Justinians *und* der Gang der Excerption, Munster i.w. 1922, p. 33 s.). Diversamente GORIA, *op.* cit.

(39) Il caso del ratto di donne libere è contemplato in D. 48, 6, 5, 2 (MARC. 14 inst.) *e* cioè nel titolo Ad Zegem Iuliam de vi publica. Sul passo, cfr.: GRODZYNSKI, *op. cit.*, p, 719 ss.; DESANTI, Costantino, il ratto e il matrimonio *riparatore*, cit., p. 207 s. con nt. 54; GORIA, *op. cit.*

9, 13 *De raptu* virginurn seu viduarurn nec non sanctimonialium, ove è collocata, per l'appunto, la legge generale del 533 (40), ma nel titolo 9, 12 Ad *legem Iuliam* de vi publica *seu privata* compare un rescritto di Diocleziano in argomento (41); d'altra parte non è forse un caso che il titolo 9, 13, relativo al ratto, segua immediatamente il titolo 9, 12, relativo al *crimen* vis (42). Tale prospettiva, d'altra parte, non pare un portato dei giustinianei, ma ad essi perviene dalla tradizione giuridica, forse classica (43). Potrebbe attribuirsi invece all'età di Giustiniano l'afferenza del ratto alla vis *publica,* anziché alla *vis* privata (44). Si deve infine tenere presente che, all'interno del Codex, trovano posto ulteriori disposizioni pertinenti all'illecito che ne integrano, in parte, la disciplina vigente (45).

Per quel che riguarda le Novelle, va detto che Nov. Just. 123, 43 modifica parzialmente il regime del ratto di donne consacrate prescrivendo, in particolare, la reclusione della rapita in un monastero più sicuro, nel quale non possa ricadere nell'errore (46). Ulteriori disposizioni privano i rapitori del diritto di asilo (47). Infine, Nov. Just.

---

(40) C. 9, 13, 1. V. retro.

(41) C. 9, 12, 3. Alla costituzione va congiunta C. 5, 1, 1 (KRÜGER, ad C. 5, 1, 1; C. 9, 12, 3). Sul significato complessivo del provvedimento, cfr. DESANTI, *Costantino, il ratto* e il matrimonio riparatore, cit., p. 204 s. e p. 208 s.

(42) Cfr. BONINI, *op. cit.,* p, 68 s.

(43) Si è generalmente concluso che già durante l'età classica il ratto risultava punibile a titolo di vis (publica o *privata* a seconda delle opinioni); cfr. GORIA, *op. cit.,* con letteratura ivi riportata, In ogni caso, l'applicabilità, alla fattispecie, di un'accusatio de vi ci è attestata, per l'età di Diocleziano, da C. 9, 12, 3 (v. nt. 41). Ciò sembra dunque smentire l'opinione di FLORE, *op. cit.,* p. 351 s., secondo cui l'avvicinamento del ratto alla vis (publica) sarebbe opera dei giustinianei.

(44) Seguendo l'opinione che vorrebbe compreso il ratto, in origine, nell'ambito della vis privata (v. nt. 43), si dovrebbe concludere che l'afferenza dell'illecito alla vis publica è avvenuta nell'età di Giustiniano.

(45) C. 1, 4, 3, 2 = CTh. 9, 38, 8; C. 1, 55, 7 = CTh. 9, 2, 5; C. 3, 24, 1 = CTh. 9, 1, i; C. 3, 41, 4, 1; C. 7, 13, 3 = CTh. 9, 24, 1, 4. Integrano la disciplina vigente dell'illecito C. 1, 4, 3, 2 (esclusione, per i 'rapitori, della *indulgentia* paschaiis); C. 1, 55, 7 (giudizio direttissimo per i rapitori sorpresi in flagrante); C. 7, 13, 3 (premio della libertà allo schiavo che abbia denunciato il delitto). Parrebbe invece superata C. 3, 24, 1 (divieto di praescriptio fori per i raptores *clarissimi,* ma non per gli illustres) da C. 9, 13, 1, 1c (divieto di praescriptio fori per tutti i raptores, senza eccezione). V. *infra,* § 4.

(46) Per la precisione, la donna sarà rinchiusa nel monastero con tutti i suoi averi; agli eventuali figli della diaconessa è però riservata la pars *legitima.* Il provvedimento conferma, inoltre, la pena di morte per i colpevoli e l'attribuzione dei loro averi all'istituzione religiosa cui la donna apparteneva [C. 1, 3, 53 (54), 3-4. V. retro, § 2]; dispone, tuttavia, che, se entro un anno dalla notizia del fatto i responsabili di tali enti non abbiano rivendicato i beni, questi vadano al fisco; il governatore della provincia sarà punito per la sua trascuratezza.

(47) Nov. Just. 17, 7 pr.; Nov. Just. 37, 10; Nov. Just. 117, 15, 1.

143 (= 150) si limita a dettare un'interpretazione autentica di C. 9, 13, 1 circa il divieto del matrimonio riparatore (48).

4. E veniamo dunque a precisare il significato e la portata dell'intervento di Giustiniano in materia di ratto.

Le innovazioni riguardano, anzitutto, l'apparato sanzionatorio che solo in parte riprende la disciplina contemplata nel Teodosiano (49). Tra queste, annoveriamo, in primo luogo, l'autorizzazione della giustizia privata contro rapitore e complici sorpresi in flagrante (50), le sollecitazioni rivolte ai funzionari perché ricerchino il colpevole fuggiasco (51), il ripristino del divieto, per costui, di fare appello alla sentenza di condanna (52) che, già previsto da Costantino (53) e da Costanzo (54), sembrerebbe abrogato nell'età successiva (55). L'esclusione della *praescriptio* fori (56) non è introdotta ex novo, ma subisce un ulteriore irrigidimento; la disposizione infatti, in passato, sembrerebbe non riguardare i cosiddetti *illustres* (57), mentre ora interessa tutti i raptores, indistintamente. Non viene inoltre riproposta, e risulta perciò abrogata, la prescrizione quinquennale dell'accusa

(48) Cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 188 ss.

(49) La pena di morte per il rapitore [C. 9, 13, 1 *pr.*-1c-3; C. 1, 3, 53 (54) *pr.*-2-5. V. nt. 17] risulta contemplata anche in precedenza (cfr. CTh. 9, 24, 1 e CTh. 9, 24, 2). Anche la morte per i complici di condizione libera [C. 9, 13, 1-3-3a; C. 1, 3, 53 (54), 5] era forse prevista già in passato (cfr. CTh. 9, 24, 1, 5; CTh. 9, 24, 2), benché la cosa non sia del tutto sicura (BONINI, op. cit., p. 180 nt. 33; GORIA, *op. cit.*). La *deportatio* ai parentes della rapita che abbiano taciuto il delitto (C. 9, 13, 1, 3c) è comminata da CTh. 9, 24, 1, 4; la pena del rogo ai complici schiavi (C. 9, 13, 1, 4), da CTh. 9, 24, 1, 5 e CTh. 9, 24, 2. Il divieto di matrimonio tra rapitore e rapita [C. 9, 13, 1, 2; Nov. Just. 143 (= 150)], appare sancito per la prima volta da CTh. 9, 24, 1 pr. (v. retro, nt. 20). Infine, va segnalato che la disposizione contenuta in CTh. 9, 24, 1, 4 risulta spostata in C. 7, 13, 3.

(50) C. 9, 13, 1, 1; C. 1, 3, 53 (54), 1. V. retro, § 1. Cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 173.

(51) C. 9, 13, 1, 1c; C. 1, 3, 53 (54), 2. V. retro, § 1.

(52) C. 9, 13, 1d. V. *retro*, § 1.

(53) CTh. 9, 24, 1, 3 (a. 326). Giustiniano rimanda, per l'appunto, alla legge di Costantino. V. nt. 16.

(54) CTh. 11, 36, 7 (a. 344) = C. 7, 65, 2. La costituzione parrebbe mitigare la disciplina costantiniana subordinando il divieto alla confessione del reo.

(55) CTh. 11, 30, 20 (a. 347) consente l'appello per i processi in cui fosse in gioco la vita dell'imputato; CTh. 11, 30, 57 (a. 398) sembra ammetterlo in ogni caso. Quest'ultima disposizione è recepita in C. 7, 62, 29, ma su di essa, con riferimento al ratto, prevale senza dubbio C. 9, 13, 1, 1d.

(56) C. 9, 13, 1, 1c; C. 1, 3, 53 (54), 2. V retro, § 1.

(57) CTh. 9, 1, 1 (a. 316/7) stabiliva il divieto della praescriptio fori per i *clarissimi*; in C. 3, 24, 1, ove è riportata la costituzione, si precisa che ciò non vale per gli *illustres*. Si ritiene che il provvedimento, per errore dei compilatori, non sia stato corretto sulla base di C. 9, 13, 1, 1c e che in realtà esso rifletta la disciplina del primo Codice (BONINI, *op. cit.*, p. 174 s. con nt. 18; GORIA, *op. cit.*).

introdotta da Valentiniano I nel 374 (58), di modo che il delitto torna ad essere perseguibile in perpetuo.

Tutte queste misure, evidentemente, mirano ad intensificare la repressione dell'illecito e ad evitare che il suo autore rimanga impunito. Giustiniano, d'altra parte, guarda con indulgenza alla donna rapita, vista a sua volta come vittima irresponsabile dei raggiri maschili (59). Essa infatti, in precedenza, era punita con la morte, se connivente (60), e comunque privata della successione ai parentes, ancorché *invita* rapta, per non avere adeguatamente respinto gli assalti del rapitore (61); ora, viceversa, risulta immune da ogni sanzione (62) e per di più risarcita, se ingenua, coi beni confiscati ai colpevoli (63).

Infine, l'imperatore riforma in parte la disciplina del concorso di persone nel reato. Ferma restando la condanna al rogo per i complici schiavi (64), per quel che riguarda le persone di condizione libera si punisce in modo più grave chi ha partecipato all'azione, rispetto agli indiretti collaboratori (65), senza più distinguere, tra questi ultimi, le nutrici conniventi, un tempo considerate separatamente e colpite con maggior rigore (66).

L'autentica novità della legislazione in esame, tuttavia, non ci pare, rappresentata dalle disposizioni di cui si è detto le quali, oltretutto, potrebbero essere state anticipate, in parte, con sconosciuti provvedimenti inseriti nel primo Codice (67).

---

(58) CTh. 9, 24, 3 (a. 374).

(59) C. 9, 13, 1, 3b.

(60) Era punita con la stessa pena riservata al rapitore, e cioè con la morte, la donna che avesse acconsentito al ratto (CTh. 9, 24, 1, 2) o al matrimonio riparatore (CTh. 9, 24, 1 pr.).

(61) CTh. 9, 24, 1, 2. Non è ben chiaro se la disposizione configuri un'ipotesi di responsabilità per colpa o di responsabilità oggettiva.

(62) Cfr. GRODZYNSKI, *op. cit.*, p. 724 s. Solamente in progresso di tempo Nov. Just. 123, 43, introdurrà sanzioni a carico della donna consacrata che sia stata rapita. V. retro, § 3.

(63) C. 9, 13, 1, 1f-1g. Se si tratta di una donna consacrata, il risarcimento è piuttosto att ibuito al monastero o alla chiesa cui essa apparteneva; anche la donna, tuttavia, conserva sui beni una certa disponibilità [C. 1, 3, 53 (54), 3-41. V. retro, § 2.

(64) C. 9, 13, 1, 4 = CTh. 9, 24, 1, 5.

(65) I primi sono puniti con la morte e la confisca dei beni [C. 9, 13, 1, 3; C. 1, 3, 53 (54), 5]; i secondi subiscono invece la sola pena di morte [C. 9, 13, 1, 3a; C. 1, 3, 53 (54), 5]. V. retro, § 1. Nella disciplina del Teodosiano, viceversa, participes e ministri di condizione libera sono posti sullo stesso piano (CTh. 9, 24, 1, 5).

(66) CTh. 9, 24, 1, 1 prevedeva per le nutrici conniventi la pena di morte per ingestione di piombo fuso. Ora esse sono annoverate, verosimilmente, tra i ministri, Cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 179 nt. 30.

(67) Già in questa sede potrebbe essere stata omessa CTh. 9, 24, 3, relativa alla prescrizione quinquennale dell'accusa (v. retro); cfr. GORIA, *op. cit.* Inoltre,

Essa piuttosto si segnala, in primo luogo, per il fatto di avere dettato, sotto forma di testo unico (68), una disciplina esaustiva del fenomeno (69), che tenta di superare la tradizionale dicotomia tra ratto di donne « laiche » e ratto di donne consacrate (70), sia pure ottenendo parziale successo (71).

Ma soprattutto essa innova radicalmente la stessa nozione di ratto, un tempo circoscritta ad un fenomeno assai limitato. Nella prospettiva del Teodosiano, ripresa verosimilmente dal primo Codice (72), veniva infatti punita, a questo titolo, la sottrazione, consensuale o violenta (73), di sole vergini o vedove, « laiche » o consacrate (74), probabilmente ingenue (75), a fine di matrimonio (76). Si è visto invece

---

non si può forse escludere che, mediante la modifica di CTh. 9, 24, 1, fossero già state eliminate le sanzioni a carico della rapita (v. ntt. 60 e 61).

(68) C. 9, 13, 1, 5. V. retro, § 1 con nt. 26.

(69) Nella configurazione del Teodosiano, seguita verosimilmente dal primo Codice (v. retro, § 1 con nt. 29), la disciplina del ratto appare invece piuttosto frammentaria. Essa è dettata, nelle linee fondamentali, da CTh. 9, 24, 1, ma risulta altresì integrata da CTh. 9, 24, 2 e CTh. 9, 24, 3, con riferimento alle donne « laiche » e da CTh. 9, 25, 1, con riferimento alle donne consacrate.

(70) All'interno del Teodosiano, ratto di donne « laiche » e ratto di donne consacrate sono contemplati in due titoli distinti (CTh. 9, 24 e CTh. 9, 25). La medesima distinzione doveva essere stata accolta anche nel primo Codice (BONINI, *op. cit.*, p. 69). Giustiniano, viceversa, ha contemplato entrambe le fattispecie col medesimo provvedimento (v. retro, § 2 con nt. 31).

(71) Il ratto delle donne consacrate risulta di nuovo isolato, all'interno del Codex repetitae praelectionis, in C. 1, 3, 53 (54). V. retro, § 2. La frattura aumenta ulteriormente con Nov. Just. 123, 43. V. retro, § 3.

(72) V. retro, § 1 con nt. 29,

(73) In CTh. 9, 24, 1 *pr.*-1 si dice chiaramente che il rapitore verrà punito anche se la rapita è *volens*. Argomentando da CTh. 9, 25, 1, si è invece sostenuto che forse la sottrazione di una donna consacrata consenziente non era repressa (GOTOFREDO, Codex Theodosianus. *Opus* recognitum... studio *A. Marvilii*, I-V, Mantuae 1748-1751, ad CTh. 9, 25, 1). La costituzione, in effetti, parrebbe occuparsi del solo ratto violento, ma è probabile che ciò sia avvenuto semplicemente perché questo caso si presentava più di frequente. Difatti, ci pare escluso che il ratto consensuale di una donna consacrata sia andata esente da pena, se è vero che, per lo meno a partire dal 364 (CTh. 9, 25, 2), anche la semplice sollecitazione alle nozze di queste donne è stata duramente punita. In argomento, cfr. DESANTI, *Sul* matrimonio di donne consacrate a Dio ne2 diritto romano cristiano, cit.

(74) Il titolo 9, 24 « De raptu virginum *vel* viduarum » contempla, per l'appunto, il ratto di vergini e vedove « laiche »; il titolo 9, 25 « De raptu ve2 matrimonio *sanctimonialium* virginum ve2 viduarum » contempla il ratto (e il matrimonio) di vergini e vedove consacrate.

(75) Non vi è dubbio che la precedente disciplina dell'illecito fa riferimento alle sole donne di condizione libera; il rilievo attribuito da Giustiniano al caso delle libertine (C. 9, 13, 1 pr.) suggerisce inoltre che anche costoro dovrebbero essere contemplate per la prima volta (cfr. BONINI, *op. cit.*, p. 170 nt. 7).

(76) Rimanda, di sicuro, a questo caso CTh. 9, 24, 1. Cfr.: GRODZYNSKI, op. cit., p. 697 ss.; DESANTI, Costantino, il ratto e i2 matrimonio riparatore, cit., p.

che Giustiniano reprime, come autonomo *crimen* raptus, anche la sottrazione consensuale o violenta di vergini e vedove libertine o *servae alienae* e di donne sposate, nonché, a quanto pare, la sottrazione per vim della propria fidanzata, senza più distinguere, quindi, tra ratto a fine di matrimonio e ratto a fine di libidine (77). Anche questa operazione non riesce del tutto indolore e il prowedimento non raggiunge una completa organicità: nel testo di *C.* 9, **13,** 1, al *principium,* infatti, si fa parola delle sole vergini e vedove, mentre la menzione delle *mulieres nuptae* e della propria *sponsa* è fatta più avanti, quasi incidentalmente, quando si è già passati a dettare una specifica disposizione (78). Ma, a parte questi aspetti di tecnica legislativa imperfetta, il provvedimento dilata enormemente la fattispecie criminosa, riconducendovi pressoché ogni episodio di sottrazione di una donna (79).

La riforma giustinianea in materia di ratto nasce dunque dal desiderio di superare il molteplice e il particolare, nella ricerca dell'unità e dell'universale. Si tratta, in definitiva, della medesima esigenza che, in quegli stessi anni, sembra avere ispirato il disegno della compilazione (80).

---

198 ss. Anche CTh. 9, 25, 1, relativa al ratto di donne consacrate, dedicando particolare attenzione all'eventuale matrimonio seguito all'illecito, mostra di contemplare il medesimo fenomeno.

(77) V. retro, § 1. In precedenza, la sottrazione di una donna libera, a fine di matrimonio o di libidine, quando non fosse configurabile come autonomo *crimen* raptus, era verosimilmente repressa a titolo di *vis* (v. nt. 43). In caso di rapimento di una schiava, a fine di libidine, era probabilmente esperibile l'actio furti o, se del caso, l'actio vi *bonorum* raptorum (GORIA, op. cit.); dal punto di vista criminale, poteva intervenire una repressione a titolo di plagio (LAMBERTINI, *Plagium,* Milano 1980, p. 105); poteva inoltre avere luogo l'actio servi *corrupti* (LAMBERTINI, *op. cit.,* p. 109, nt. 49). Infine, in C. 9, 20, 1, si prospetta la possibilità dì un'accusatio de vi; della genuinità del. passo, tuttavia, si dubita (LAMBERTINI, *op. cit.,* p. 130 nt. 210). In argomento, cfr. altresì ROBINSON, *op.* cit., p. 222.

(78) C. 9, 13, 1, la. Seguendo l'opinione di FRITZ, *lc. cit.,* si potrebbe pensare che il § la si trovi in questa posizione, piuttosto infelice, perché sarebbe stato aggiunto a posteriori dai compilatori del Codice (v. nt. 31). A nostro modo di vedere, viceversa, ciò si deve al fatto che i redattori del testo sono stati condizionati dagli schemi della precedente disciplina dell'illecito.

(79) Esclusa dalla disciplina di Giustiniano sembrerebbe solamente la sottrazione di vergini che non siano onorate e neppure ingenue (C. 9, 13, 1 pr. v. retro, § 1) e quello consensuale della propria fidanzata (C. 9, 13, 1, lb. V. retro, § 1 con nt. 9).

(80) In generale, sulla compilazione di Giustiniano e sulle sue tendenze, cfr. ARCHI, Giustiniano legislatore, Bologna 1970, p. 5 ss.; BONINI, Introduzione *allo* studio dell'età giustinianea, Bologna 1985[4], p. 87 ss. In particolare, cfr. PÓLAY, The Justinian codification and abstraction, in Studi Biscardi, II, Milano 1982, p. 105 ss.

SOMMARIO

Giustiniano detta, sotto forma di testo unico, una disciplina esaustiva del *crimen raptus,* tentando di superare la precedente distinzione tra ratto di donne «laiche» e ratto di donne consacrate. Ma, soprattutto, egli dilata enormemente la fattispecie criminosa, un tempo circoscritta alla sottrazione, a fine di matrimonio, di vergini e vedove, sino a farla pressoché coincidere con ogni caso di sottrazione di una donna. Testi particolarmente analizzati: C. 9, 13, 1; C. 1, **3,** 53 (54).

SUMMARY

Justinian exhaustively regulates in only one law the crimen *raptus,* trying to overcome the previous distinction between the rape of women consacrated or not. But above all, he extends the criminal case — which was restricted at one time to the abduction of the virgin and the widow, in arder to marry her — so much that he makes it almost the same as every case of woman's abduction. Principal texts: C. 9, 13, 1; C. 1, 3, 53 (54).

INDICE

PIERPAOLO ZAMORANI: *Publio Salonìo infensi milites erant* (Liv. **7.41.4)** . . . . . pag. **3**

ARRIGO DIEGO MANFREDINI: *La donna incestuosa* . » **11**

PAOLO CAPPELLINI: « *Status* » *accipitur tripliciter*. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale' . » 29

GIOVANNA CAVALLARO: *Voltaire e la legge naturale,* 1. Il fondamento teologico . . . . . » 99

WANDA FORMIGONI CANDINI: *Paolo e Labeone: un contrasto apparente* . . . . . » **171**

LUCETTA DESANTI: *Giustiniano e il ratto* . . . . . » **187**