

**Europa e Italia.  
Studi in onore di Giorgio Chittolini**

**Europe and Italy.  
Studies in honour of Giorgio Chittolini**

**Firenze University Press  
2011**

Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini / Europe and Italy.  
Studies in honour of Giorgio Chittolini. –  
Firenze : Firenze university press, 2011. – XXXI, 453 p. ; 24 cm  
(Reti Medievali. E-Book ; 15)

Accesso alla versione elettronica:  
<http://www.ebook.retimedievali.it>

ISBN 978-88-6453-234-9

© 2011 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
Borgo Albizi, 28  
50122 Firenze, Italy  
<http://www.fupress.it/>

*Printed in Italy*

## Indice

Nota	VII
<i>Tabula gratulatoria</i>	IX
Bibliografia di Giorgio Chittolini, 1965-2009	XVII
David Abulafia, <i>Piombino between the great powers in the late fifteenth century</i>	3
Jane Black, <i>Double duchy: the Sforza dukes and the other Lombard title</i>	15
Robert Black, <i>Notes on the date and genesis of Machiavelli's De principatibus</i>	29
Wim Blockmans, <i>Cities, networks and territories. North-central Italy and the Low Countries reconsidered</i>	43
Pio Caroni, <i>Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?</i>	55
Jean-Marie Cauchies, <i>Justice épiscopale, justice communale. Délits de bourgeois et censures ecclésiastiques à Valenciennes (Hainaut) en 1424-1430</i>	81
William J. Connell, <i>New light on Machiavelli's letter to Vettori, 10 December 1513</i>	93
Elizabeth Crouzet-Pavan, <i>Le seigneur et la ville : sur quelques usages d'un dialogue (Italie, fin du Moyen Âge)</i>	129
Trevor Dean, <i>Knighthood in later medieval Italy</i>	143
Gerhard Dilcher, <i>Lega Lombarda und Rheinischer Städtebund. Ein Vergleich von Form und Funktion mittelalterlicher Städtebünde südlich und nördlich der Alpen</i>	155
Arnold Esch, <i>Il riflesso della grande storia nelle piccole vite: le suppliche alla Penitenzieria</i>	181

Jean-Philippe Genet, <i>État, État moderne, féodalisme d'état : quelques éclaircissements</i>	195
James S. Grubb, <i>Villa and landscape in the Venetian State</i>	207
Julius Kirshner, <i>Pisa's «long-arm» gabella dotis (1420-1525): issues, cases, legal opinions</i>	223
Miguel Ángel Ladero Quesada, <i>Recursos navales para la guerra en los reinos de España. 1252-1504</i>	249
John Easton Law, <i>Games of submission in late medieval Italy</i>	265
Michael Matheus, <i>Fonti vaticane e storia dell'università in Europa</i>	275
François Menant, <i>Des armes, des livres et de beaux habits : l'inventaire après décès d'un podestat crémonais (1307)</i>	295
Hélène Millet, <i>La fin du Grand schisme d'Occident : la résolution de la rupture en obédiences</i>	309
Anthony Molho, <i>What did Greeks see of Italy? Thoughts on Byzantine and Tuscan travel accounts</i>	329
Edward Muir, <i>Impertinent meddlers in state building: an anti-war movement in seventeenth-century Italy</i>	343
John M. Najemy, <i>The medieval Italian city and the "civilizing process"</i>	355
José Manuel Nieto Soria, <i>El juramento real de entronización en la Castilla Trastámara (1367-1474)</i>	371
Werner Paravicini, <i>Das Testament des Raimondo de Marliano</i>	385
Josef Riedmann, <i>Neue Quellen zur Geschichte der Beziehungen Kaiser Friedrichs II. zur Stadt Rom</i>	405
Ludwig Schmutge, <i>Zum römischen "Weihetourismus" unter Papst Alexander VI. (1492-1503)</i>	417
Chris Wickham, <i>The financing of Roman city politics, 1050-1150</i>	437

# ***Ius romanum in Helvetia:*** **a che punto siamo?**

di Pio Caroni

## 1. *Dove eravamo*

Ci furono tempi, in cui gli storici svizzeri, massime quelli più attenti al ruolo svolto dal diritto nelle società del passato, ragionarono con grande determinazione e insolita unità di intenti sul destino della scienza giuridica in terra elvetica. Come se un meccanismo occulto li avesse tutti indotti a guardare nella stessa direzione, a imboccare e percorrere le stesse strade, a scrutare le stesse vicende, ovviamente in vista di conseguire un esito da tutti tacitamente auspicato. Fatto più unico che raro in un paese, ove sia il federalismo politico che la compresenza di lingue, tradizioni e culture diverse hanno spesso mitigato l'impatto di strategie nazionali, quindi anche frenato la realizzazione di progetti comuni.

Capitò mezzo secolo fa, in risposta a un appello internazionale, che faceva allora capo a Erich Genzmer, volto all'elaborazione di un'opera complessiva sulla presenza e la vitalità del diritto romano nel Medio Evo europeo<sup>1</sup>. Da mettere accanto a quella che, a partire dal 1830, ma con ben altri intenti<sup>2</sup>, F.C. von Savigny aveva dedicato allo stesso, ondivago tema. Aderirono notoriamente in molti, e un po' ovunque, a questo ammaliante richiamo, persino – appunto – in terra elvetica. Il che può anche stupire. Da quando infatti due icone della nostra storia giuridica, Eugen Huber e Ulrich Stutz, avevano ragionato e scritto di questo argomento<sup>3</sup>, nessuno aveva più osato riaprire il

<sup>1</sup> Rinviano agli albori di questa iniziativa gli interventi di E. Genzmer, F. Calasso e U. Nicolini pubblicati in «Archives d'Histoire du droit oriental - Revue internationale des droits de l'antiquité», 2 (1953), pp. 431-470. Critico fu dall'inizio l'atteggiamento di Calasso (*ibidem*, pp. 441-463, poi in *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 230 sgg.), attendista quello di F. Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 ed. rivista, Göttingen 1967, pp. 19, 60).

<sup>2</sup> Vi accenno, poiché il tema è centrale, in P. Caroni, *Occhiuto, ma non troppo: Savigny in Italia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 30 (2001), pp. 723-733, specialmente 727 sgg.

<sup>3</sup> E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893, pp. 107-126; U. Stutz, *Die Schweiz in der deutschen Rechtsgeschichte*, in *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften*, 1920, IV, pp. 92-114.

cantiere, men che meno avanzare dubbi sull'attendibilità delle loro conclusioni. Che erano, nell'ottica romanistica, tutt'altro che euforiche, se è vero che il primo vide nel diritto romano solo un "modesto ingrediente" della prassi giuridica medievale<sup>4</sup> e una presenza sporadica e contenuta in epoca moderna, comunque ben lontana dalla *receptio in globo vel in complexu* lentamente subentrata in ambito imperiale<sup>5</sup>. Appurata così la singolarità dell'evoluzione svizzera, ossia una continuità tutta "germanistica"<sup>6</sup>, il silenzio era poi calato sul tema. Un silenzio più subito che condiviso, almeno così mi pare.

All'appello aderirono dunque in molti, che subito si misero al lavoro. Già nel 1955 si costituì una comunità di studiosi, decisa a celebrare i fasti medievali dello *ius romanum in Helvetia*<sup>7</sup>. Le premesse per ragionarne erano ideali, gli stimoli esterni salutari, l'esito in realtà dall'inizio scontato. Ragione per cui, dopo vent'anni di ricerche a tappeto, tutte destinate a tastare il polso alla presenza romanistica<sup>8</sup>, l'interprete più versatile e fecondo di questa eccezionale stagione, l'indimenticato Ferdinand Elsener, poté trarne conclusioni a dir poco lusinghiere<sup>9</sup>. Sconfessavano infatti le tesi di Huber e Stutz, che avevano forse esagerato nel minimizzare, e mostravano che i territori dell'antica Confederazione avevano invece ampiamente registrato e assorbito il nuovo messaggio. Stavano a documentarlo la ragguardevole presenza di giuristi nei tribunali ecclesiastici e nelle amministrazioni cittadine, il favore concesso alle procedure arbitrali, il ricorrere di una terminologia culta nella prassi documentaria e legislativa – peraltro rivelatrice di una indubbia collaborazione notarile – come anche altri indizi, qui non evocati in dettaglio<sup>10</sup>. Permettevano di concludere che a cavallo fra medioevo ed età moderna la Confederazione si disponesse a recepire *in complexu* forme e contenuti vei-

<sup>4</sup> Huber, *Geschichte* cit., p. 115.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>6</sup> Stutz, *Die Schweiz* cit., pp. 95, 105-106, 111; K.J.A. Mittermaier, *Über die neuesten rechtshistorischen Forschungen in Bezug auf die Schweiz und den Werth der schweizerischen Rechtsgeschichte für das Studium des Rechts*, in «Kritische Zeitschrift für die Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes», 11 (1839), pp. 79-99, *passim* e specialmente pp. 81, 99. Sul concetto di "continuità germanistica" si veda *infra*, nota 133.

<sup>7</sup> Questo non era solo il "logo" del gruppo di circa 25 membri, che operò sotto la direzione del romanista vodese Philippe Meylan. Era altresì il titolo della collana destinata a far conoscere le ricerche più significative germogliate dall'iniziativa. Che comunque, dopo aver pubblicato tre titoli fra il 1964 e il 1967, restò inattiva.

<sup>8</sup> Elenchi bibliografici di contributi svizzeri si leggono in P. Caroni, *Einflüsse des deutschen Rechts Graubündens südlich der Alpen*, Köln - Wien 1970 (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 14), p. 2, nota 7; Th. Bühler, *Die Methoden der Rezeption des römischen Rechts in die Erbrechte der Schweiz*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte» [d'ora in poi «ZRG»], Germanistische Abteilung, 120 (2003), pp. 1-60, p. 3 nota 9.

<sup>9</sup> Considerazioni riassuntive in F. Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich 1975, pp. 20-24.

<sup>10</sup> Il consuntivo appare in realtà troppo euforico, sarebbe a mio avviso da rivedere e forse correggere. Già perché molti indizi non reggono ad un esame storiografico comprensivo dell'entroterra delle singole situazioni. Ma il tema esula da quello qui approfondito, basti perciò questo breve accenno.

colati dalla scienza giuridica, che allora era per antonomasia quella canonistica e romanistica. Proprio come tutti gli altri territori imperiali<sup>11</sup>.

Ma nell'età moderna la traiettoria si interruppe, anche se non bruscamente. E quello che forse non fu che un fuoco di paglia a poco a poco si spense. Cos'era successo? Chi aveva creduto alle nuove certezze, quelle così bene riassunte da Elsener, o ne era comunque convinto sulla scorta di proprie ricerche, dovette cercarne le ragioni in avvenimenti esterni, capaci di incrinare una parabola tanto promettente. E le individuò in quelle turbolenze, che negli ultimi anni del XV secolo avevano messo a dura prova il rapporto fra la Confederazione e l'Impero. Scatenate apparentemente dall'opposizione svizzera alle decisioni della Dieta di Worms del 1495, quindi anche dalla chiusura nei confronti del nuovo *Reichskammergericht*, dal conflitto militare con l'aristocrazia sveva, poi accantonato con la pace di Basilea del 1499, avevano finalmente provocato se non una rottura formale, almeno un allontanamento della Confederazione dall'Impero, quindi anche da quel diritto romano-comune, che l'ordinanza del 1495 – dandone per scontata la conoscenza – imponeva ai giudici del nuovo tribunale di applicare in prima battuta<sup>12</sup>. Se qualche perplessità *vis-à-vis* di tale spiegazione appare lecita<sup>13</sup>, nessun dubbio adombra finora il giudizio sulle conseguenze di questa interruzione e dell'involuzione che ne seguì. Investe i tre secoli dell'epoca moderna, fino alla caduta della vecchia Confederazione, nel 1798. Li considera tutti connotati *negativamente*, quindi marcati da imbarbarimento, declino, decadenza, regresso, ristagno, concretamente dalla scomparsa di tutti quegli indizi così promettenti, che avevano vivacizzato la "protorecezione". Una chiusura rimpetto al progresso e all'incivilimento, se si vuole, anche se non proprio una catastrofe<sup>14</sup>. Perché qualche traccia sporadicamente si intravede, anche se non è paragonabile – né per intensità, né per durata – a quanto stava succedendo altrove. Poi anche perché l'immobilismo, così minacciosamente assunto a simbolo di tre secoli di grigia mediocrità, va (semmai) riferito unicamente alla cultura giuridica e non alla pratica del diritto. Nemmeno dunque a quelle regole giuridiche, alle quali ogni società ricorre e che si appropria secondo modalità, che intimamente le corrispondono<sup>15</sup>; non potendosi ragionevolmente ammettere che una società abbia mai dovuto rinunciare a disciplinare ambiti bisognosi di ordine per l'impossibilità "culturale" di intervenire.

Detto ora diversamente: se appare lecito affermare, che il revival di ricerche medievistiche provocate dall'appello di sessant'anni fa permetta tuttora una valutazione leggermente più ottimistica di quella a suo tempo formulata da Eugen Huber, in punto all'età moderna nulla sostanzialmente è cambiato. Qui la moderazione rimane di prammatica<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Elsener, *Rechtsschulen* cit., p. 24; Bühler, *Methoden* cit., p. 2; R. Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Zürich - St. Gallen 2007, pp. 134-139.

<sup>12</sup> Elsener, *Rechtsschulen* cit., pp. 27-30.

<sup>13</sup> Perplessità che alludono all'esistenza (e forse anche alla prevalenza) di *altre cause* della deprecata involuzione. Si veda in merito quanto si afferma *infra*, alla nota 39.

<sup>14</sup> Elsener, *Rechtsschulen* cit., pp. 30-33, 117, 146, 237-260, 269, 277, 366.

<sup>15</sup> Sul nesso fra la struttura politica di una società e il suo diritto si veda *infra*, nota 39.

<sup>16</sup> Così F. Elsener, *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts. Ausgewählte Aufsätze*,

## 2. *Il ribaltone*

Stando così le cose da oramai qualche decennio, perché riaprire il discorso? Cosa ci spinge a riproporre temi, che da tempo credevamo oramai completamente esplorati? È il recente intervento di un noto storico del diritto svizzero, Theodor Bühler, che se condivide quanto finora appurato in punto all'evoluzione medievale<sup>17</sup>, giudica diversamente quanto avvenne poi in epoca moderna<sup>18</sup>. Non nega del tutto la distinzione fra protorecezione (medievale) e la recezione vera e propria. Ma sconfessa ugualmente sia Eugen Huber che Ferdinand Elsener quando contesta l'involuzione in epoca moderna. Le sostituisce piuttosto un lento, ma continuo dilatarsi della presenza romanistica; poco appariscente, ma a suo modo implacabile, come lo può esser un costante stillicidio<sup>19</sup>. Scandito da infiltrazioni, contagi, imitazioni, influssi, ossia da operazioni tutto sommato modeste, segnalate dall'uso di frasi, nozioni e definizioni mutate (più o meno abilmente) dall'inesauribile *thesaurus* giusromanistico. In capo alle quali prese però corpo quanto finora nessuno aveva mai ardito pensare, men che meno scrivere: una recezione del diritto romano-comune tale da esser parificata a quanto era avvenuto nei paesi confinanti. L'affermazione conclusiva del saggio di Bühler fuga in merito ogni dubbio: «Die Rechtsentwicklung in der Schweiz ist somit keine andere als in Süddeutschland, Italien und Frankreich»<sup>20</sup>.

Questo esito appare subito clamoroso; ne è convinto – e perfino fiero – dapprima l'autore, certo com'è di aver finalmente accantonato le logore versioni finora correnti, quelle che ho appena tentato di riassumere<sup>21</sup>. E ne sono

Sigmaringen 1989, pp. 64-65, ove si conferma esplicitamente la visione di Eugen Huber. Punto di vista ora condiviso da Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte* cit., pp. 141-142, anche se servendosi dell'etichetta (magari fuorviante) di «Extensivierung der Verwissenschaftlichung». Sempre ancora notevoli ed equilibrati i giudizi di P. Liver, *Allgemeine Einleitung*, in *Berner Kommentar, Einleitungsband*, Berna 1962, pp. 14-20; C. Schott, *Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele...*, in *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme*, a cura di K. Kröschell, Sigmaringen 1983, pp. 17-45; C. Schott, *Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht*, in *Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Zum 70. Geburtstag von R. Lieberwirth*, a cura di G. Lingelbach e H. Lück, Frankfurt a.M. 1991, pp. 79-93.

<sup>17</sup> Bühler, *Methoden* cit., p. 2.

<sup>18</sup> Aveva già affermato anni fa, forse esagerando, che la storia della recezione del diritto comune in Svizzera «bleibt somit noch zu untersuchen und darzustellen» (Th. Bühler, *Emil Remigius Frey's Abhandlung zur Rezeption des römischen Rechts in der Schweiz*, in *Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für C. Schott zum 65. Geburtstag*, a cura di M. Senn e C. Soliva, Bern - Frankfurt a.M. 2001, pp. 99-108, la frase citata a p. 108). Ribadisce questa (discutibile) affermazione in *Methoden* cit., p. 4, e dedica la parte centrale del suo saggio (pp. 25-53) a colmare questa "lacuna".

<sup>19</sup> Bühler usa perciò i termini di "Infiltration" (*Methoden* cit., pp. 9, 59) oppure "Träufeln" (*ibidem*, p. 59).

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 60. Ho formulato un primo, sommario giudizio in merito in P. Caroni, *Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: "Vaterländisches Recht" nella Svizzera settecentesca*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi e A. Mattone, Roma 2006, pp. 173-197, specialmente p. 176, nota 9.

<sup>21</sup> Così esplicitamente in due recensioni pubblicate in «ZRG», Germanistische Abteilung, 123

parimenti convinti quegli storici, che hanno subito plaudito alle sue conclusioni – senza comunque entrare nei dettagli<sup>22</sup> – forse perché permettono, se condivise, di cancellare finalmente quest'ultima isola ribelle nel bel mezzo di una mappa continentale dominata dalla supremazia del diritto comune. Voglio dire: le tesi di Bühler corrodono certezze secolari. Meritano, già per questo motivo, di venir analizzate con rigore.

### 3. *Quale (concetto di) recezione?*

Quando ragiona sulla «recezione del diritto romano-comune»<sup>23</sup>, l'autore sceglie di muoversi in un'area chiaramente circoscritta, quella della «nomenclatura»<sup>24</sup>, delle espressioni<sup>25</sup>, quindi di una *terminologia* di chiara ascendenza romanistica, come risulta dalla folta documentazione pubblica o privata, negoziale o legislativa, che cita con grande cura. La ritiene ovviamente un indizio non solo importante, ma anche sufficiente, di una continua e silenziosa penetrazione di un mondo *altro* nelle fonti locali. Circoscrivendo così il campo delle sue ricerche l'autore si distanzia consapevolmente da quell'approccio storiografico – propiziato da Franz Wieacker<sup>26</sup> e condiviso anche da Ferdinand Elsener<sup>27</sup> – che insisteva piuttosto sul lento emergere della scienza giuridica e vedeva perciò nella recezione del diritto comune anzitutto la transizione a un nuovo stadio dell'evoluzione, quello che si esprime, come ricordava Savigny, in un «orientamento scientifico», in forza del quale il diritto «ora appartiene alla coscienza dei giuristi»<sup>28</sup>. È una scelta legittima, quella di Bühler, oltre a tutto semplifica la ricerca, poiché la riduce a un rapido e quasi meccanico compulsare di fonti, che garantisce sempre anche rapide scoperte. Ma a me pare ugualmente discutibile, massime poiché inidonea

(2006), p. 579 e «Schweizerische Juristen-Zeitung», 102 (2006), p. 23.

<sup>22</sup> Per esempio G. Wesener in «ZRG», Romanistische Abteilung, 124 (2007), pp. 567-568; L. Waelkens in «Revue historique de droit français et étranger», 84 (2006), p. 321 (che conclude però il suo commento con un'avvertenza a dir poco sibillina: «À décharge des collègues qu'il amende: le droit romain 'classique' est un produit du dix-neuvième siècle et on peut donc bien avoir des difficultés à le retrouver dans les actes antérieurs»).

<sup>23</sup> Così esplicitamente già il titolo del saggio.

<sup>24</sup> Bühler, *Methoden* cit., p. 11.

<sup>25</sup> È dunque parola di «Ausdruck» (*ibidem.*, pp. 13, 15, 19, 20, 31), «Begriff» (*ibidem.*, pp. 14, 41, 51), «Verbum» (*ibidem.*, p. 12), «Formel» (*ibidem.*, p. 12), «Bezeichnung» (*ibidem.*, p. 16), «Wort» (*ibidem.*, p. 17), «terminus technicus» (*ibidem.*, p. 52).

<sup>26</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* cit., pp. 113 sgg. Già nella prima edizione di questo celebre manuale, che è del 1952, l'autore aveva optato per questo diverso approccio, raccogliendo l'applauso esplicito di W. Kunkel, «ZRG» Romanistische Abteilung 71 (1954), pp. 520 sgg. Sul punto si veda anche T. Giaro, *Alt- und Neuropa, Rezeptionen und Transfers*, in *Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*, a cura di T. Giaro, Frankfurt a.M. 2007, pp. 273-317, specialmente 282.

<sup>27</sup> Lo sottolinea anche D. Willoweit nella premessa agli articoli scelti di Elsener, *Studien* cit., pp. 7-15.

<sup>28</sup> F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 12 (qui nella traduzione in G. Marini, *A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, p. 100).

a cogliere e descrivere la complessità delle situazioni via via esaminate. Come tenterò di mostrare.

3.1. Se nel 1980 poteva sembrare scontato vedere nella recezione anzitutto un apporto terminologico-concettuale<sup>29</sup>, oggi questa scelta è difficilmente condivisibile, appare persino quale occasione sprecata. In questi ultimi trent'anni sono infatti emerse nuove metodologie, che hanno guardato diversamente anche al tema qui discusso e l'hanno così liberato da quell'angusta gabbia, nella quale l'avevano spesso rinchiuso gli storici del diritto<sup>30</sup>. Per farne finalmente una categoria generale della storia sociale in senso lato, quindi della cultura, della letteratura, della linguistica, della musica, *anche* (ma appunto non solo) del diritto. Le loro riflessioni hanno gettato nuova luce su fatti ormai appurati, ne hanno fatto risaltare aspetti finora ignoti o poco considerati. E hanno a tal modo vivacizzato il nostro approccio a un tema che lentamente stava atrofizzandosi.

Ragionandone riassuntivamente qui<sup>31</sup>, penso *anzitutto* a come l'ermeneutica ha spostato la nostra attenzione sul destinatario di un messaggio, dal quale solo dipende in ultima analisi il significato concreto conferito a un *recipendium*. A come ci ha insegnato a considerarne i giudizi<sup>32</sup>, a metterli in relazione non tanto con un suo atto valutativo, quanto con la sua precomprensione, ragione per cui è sembrato lecito affermare che il destinatario recepisce non come vuole, nemmeno come può, ma come è<sup>33</sup>. Ma alludo *pure* alla fecondità di quel dibattito che, provocato da *statements* salutarmente disparati – come lo sono quelli espressi da fautori della teoria sistemica, da evolucionisti, da comparatisti, da sociologi e da storici – ha ripetutamente e a lungo messo a fuoco il tradizionale concetto di recezione, contrapponendolo ad altri ritenuti opposti o complementari, come per esempio *transfer*, *trans-*

<sup>29</sup> L'autore aveva ragionato sul concetto di recezione e respinto la tesi della "Verwissenschaftlichung", senza peraltro motivare questa sua scelta, in *Rechtsquellentypen*, Zürich 1980, pp. 50-68. Analoghe le riflessioni di J. Lautner, che dal 1930 al 1967 era stato titolare della cattedra romanistica nell'Università di Zurigo (J. Lautner, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, pp. 27, 45-46, 128 nota 269). Ma Lautner fu meno drastico nel separare i due momenti: si veda p. 27 nota 61.

<sup>30</sup> Un esempio basta a documentarlo, quello della voce *Rezeption* nell'*Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart-Berlin 1966, p. 1874. Redatta da H. Coing vedeva nella recezione «den Vorgang der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland, im späteren Mittelalter und am Beginn der Neuzeit. Die Rezeption war ein langdauernder Prozess, der im 13. Jahrhundert begann und erst im 16. Jh. seinen Abschluss fand». Nell'ultima edizione di questo prestigioso dizionario enciclopedico, quella del 2006, la voce è scomparsa del tutto.

<sup>31</sup> L'accenno si vuole sommario, non essendo questo il tema del presente contributo.

<sup>32</sup> Notevolissime anticipazioni di questo metodo in P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1966<sup>4</sup>, p. 282; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* cit., pp. 16 sgg., 45.

<sup>33</sup> P. Caroni, *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Atti del convegno internazionale, Pavia 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni ed E. Dezza, Padova 2006, pp. 497-524, specialmente 516-517, 520; P. Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel - Genf-München 2003, pp. 303 sgg.

*plant, borrowing, acception, translatio, traditio, Wiedergeburt, ecc.*<sup>34</sup>. Senza dimenticare *in terzo luogo* quell'importante filone di ricerche che indaga da qualche anno sulla "Verschriftlichung" tardomedievale del diritto consuetudinario locale, trasmesso finora solo oralmente. E che non si accontenta di appurare il contenuto di questo diritto, ma si interroga preferibilmente sui motivi di tale operazione, sulle procedure di volta in volta seguite e sulle conseguenze che provocò, rispettivamente sull'impatto concreto del diritto scritto sulla realtà sociale<sup>35</sup>.

3.2. Se avesse frequentato anche solo uno di questi cantieri, tuttora aperti e operosi; e se avesse tentato di riflettere su quanto proponevano e propongono, Bühler si sarebbe tosto accorto che la strada imboccata per "scoprire" la recezione non era la più indicata. Sugeriva infatti di aggrapparsi esclusivamente alle parole, senza tener conto del loro entroterra, ossia di tutto quanto le incorniciasse: della società che le aveva prima volute e confezionate, poi adoperate e inserite in quei documenti, nei quali noi oggi, a distanza di secoli, le riscopriamo. E analogamente non riteneva urgente appurare il significato concreto di questo "trapianto", delle pratiche che facilitò, provocò oppure impedì<sup>36</sup>.

Semplifica magari la ricerca, questa scorciatoia, come ho ricordato. Ma nasconde altresì una verità fondamentale: che le parole, quelle che contano, non arrivarono da sole, spinte dal vento di mezzogiorno, ma furono piuttosto accompagnate da mani tanto o poco esperte. Che sapevano come maneggiarle e come ora sottenderle (o sostituirle) al diritto preesistente. Fuor di metafora: abbagliato dalla "semplicità" del metodo poi scelto, l'autore ha preferito non vedere che la terminologia giusromanistica era in realtà il biglietto da visita dei giuristi, e che loro, i giuristi, erano l'oggetto del desiderio. Dove venivano per-

<sup>34</sup> Una sede indubbiamente privilegiata di questo dibattito è stato, negli ultimi dieci anni, il Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte di Francoforte. Averlo animato con intelligenza pari al coraggio è stato un grande merito della compianta collega Marie Therese Fögen. Si veda per esempio: M.T. Fögen e G. Teubner, *Rechtstransfer*, in «Rechtsgeschichte», 7 (2005), pp. 38-45; G. Teubner, *Rechtsirritationen. Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht*, in *Soziologie des Rechts. Festschrift für E. Blankenburg*, a cura di J. Brand, Baden-Baden 1998, pp. 233 sgg.; Giario, *Alt- und Neuropa* cit., pp. 279-290. In campo comparatistico il dibattito viene periodicamente vivacizzato dalla contrapposizione delle tesi di A. Watson (per esempio in *Legal Transplants: an approach to comparative Law*, Athens-Georgia 1993<sup>2</sup>) e P. Legrand (*Le droit comparé*, Paris 2009<sup>3</sup>, *passim*; ma anche *The same at the different*, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, a cura di P. Legrand e R. Munday, Cambridge 2003, pp. 240-311). Tentano con grande prudenza di percorrere una via mediana i due contributi di G.M. Rehm, *Transplants as tool of legal reform*, e R. Knieper, *Boundaries and potentials in the transfers of law: An advisors's view of legal cooperation*, in «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht», 72 (2008), pp. 1-42 e 88-113.

<sup>35</sup> Si veda anzitutto S. Teuscher, *Erzähltes Recht. Lokale Herrschaft, Verschriftlichung und Traditionsbildung im Spätmittelalter*, Frankfurt a.M. - New York 2007.

<sup>36</sup> Di «trapianto normativo» ha parlato U. Santarelli in un'acuta voce di enciclopedia (*Recezione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano 1988, pp. 58-68, la citazione a p. 59). Ma ha subito precisato che in realtà il concetto di recezione non rinvia a singole norme dapprima inserite nel (e più tardi derivate dal) *Corpus iuris*, ma ad un fenomeno ben altrimenti complesso, del quale la scienza giuridica – con la cultura, dalla quale germogliò – fu costitutiva (pp. 66-67).

ciò attesi e blanditi, perché ritenuti capaci di corrispondere alle attese dei loro committenti, rispettivamente di realizzare le riforme da questi auspicate, non arrivavano a mani vuote, ma muniti di solida scienza. Non però di una scienza giuridica *qualunque*, ma della sola disponibile allora. Che era concreta, perché cresciuta su materiali storici, quelli ordinati nel *Corpus iuris*. Per questo motivo non è facoltativo, ma *inevitabile* vedere nella recezione del diritto comune anzitutto una vera e propria “*Verwissenschaftlichung*”<sup>37</sup> della pratica giuridica. L’aveva intuito Savigny nel frammento già citato, lo ribadì due generazioni più tardi con granitica certezza Rudolf Sohm: «*Weil wir der fremden Rechtswissenschaft bedurften, haben wir das fremde Recht rezipiert*»<sup>38</sup>.

Ora è appurato, che il motivo determinante del rifiuto svizzero della recezione non fu la paura di dover vivere sotto un diritto diverso, nuovo ed estraneo, perciò incomprensibile, ma piuttosto il desiderio di opporsi alla presenza e all’attività dei giuristi. Era radicato nelle strutture repubblicane dei singoli Cantoni, di quelli cittadini come di quelli campagnoli, intendeva dunque garantire una gestione diretta e democratica delle faccende giuridiche, impedendo che venissero monopolizzate dagli specialisti<sup>39</sup>. Ai quali gli umori popolari riservarono spesso apprezzamenti poco gratificanti. È ben vero che, dal suo punto di vista, Bühler non è tenuto a ragionare su questi interrogativi<sup>40</sup>. Ma non può ugualmente impedire a chi muove da altre pre-

<sup>37</sup> Vocabolo quasi intraducibile. Anche se letteralmente aderente, «scientificizzazione» (così U. Santarelli rende in italiano il vocabolo usato da Wieacker: *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano 1980, pp. 187 sgg.) irrompe nella frase con il fragore di un mattone lanciato contro una vetrina.

<sup>38</sup> R. Sohm, *Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage*, in «*Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*», 1 (1874), pp. 245-280, la frase citata a p. 258.

<sup>39</sup> Molti autori vedono nell’istinto repubblicano, quindi nella vitalità di strutture associazionistico-democratiche, il motivo prevalente dell’opposizione alla salita in cattedra della scienza giuridica. Così ad esempio F. von Wyss, *Das Schweizerische Privatrecht in seiner Beziehung zur Rechtswissenschaft*, Zürich 1863, pp. 3-7; Paul F. von Wyss, *Über Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des Schweizerischen Rechts*, Basel 1874, pp. 6-7; Huber, *Geschichte* cit., p. 122; Liver, *Allgemeine Einleitung* cit., pp. 17-18; Lautner, *Bedeutung* cit., p. 44; Schott, *Wir Eidgenossen* cit., pp. 40-45; P. Caroni, *Statutum et silentium. Viaggio nell’entourage silenzioso del diritto statutario*, in «Archivio storico ticinese», 32 (1995), pp. 129-160, specialmente 148; Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel - Frankfurt a.M. 1986, pp. 95-96. A conferma di quella tesi, che crede nella congruenza fra strutture politiche e l’articolarsi del diritto. Così esplicitamente già E. Huber, *Die Schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich*, Bern 1872, pp. V e 87 e recentemente Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., pp. 177, 186. Congruenza del resto documentata anche dall’atteggiamento apertamente ostile della repubblica oligarchica veneziana e del suo patriato nei confronti della scienza giuridica, delle *subtilitates iuris* e del diritto comune. Erano in compenso tenaci assertori dell’*aequitas* e dell’*arbitrium* giudiziale, quindi di un approccio pragmatico ai problemi della giustizia. Si veda per esempio G. Cozzi, *La politica del diritto nella repubblica di Venezia*, in G. Cozzi, *Repubblica di Venezia e stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino 1982, pp. 217-318, *passim*; G.M. Varanini, *Gli statuti delle città della Terraferma veneta nel Quattrocento*, in *Statuti città territori in Italia e in Germania tra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini e D. Willoweit, Bologna 1991, pp. 247-317, specialmente 257-261, 296, 313; A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 59-63, 110.

<sup>40</sup> Avendo scelto di inventariare i fonemi giusromanistici, tutto il resto, quindi anche l’esplora-

messe e giudica condizionato da altre coordinate di formulare apprezzamenti meno euforici.

Concretamente: l'emersione – peraltro incontestata – di una terminologia vagamente sapienziale nelle fonti giuridiche di un territorio, il cui diritto ancora «viveva nella coscienza di tutto il popolo»<sup>41</sup>, appare problematica. Sembra infatti documentare più un contatto episodico, fortuito e superficiale che non la volontà esplicita di servirsi di una forma per impadronirsi del corrispondente contenuto. Un contatto volto a rivestire di un abito moderno, un po' esotico e indubbiamente elegante, una realtà tradizionale e tuttora condivisa. Non mancano attestazioni esplicite in questo senso<sup>42</sup>, come anche casi di fantasiose storpiature (o maldestre manipolazioni) della terminologia classica<sup>43</sup>. Fanno pensare a quelle piante appunto esotiche, che rincasando dalle vacanze – e forse violando le prescrizioni doganali – portiamo con noi per prolungare il ricordo delle vacanze, e che nel giro di poche settimane poi avvizziscono, venendo loro a mancare l'habitat. Questo fu magari anche il destino di molte formule freneticamente volute<sup>44</sup>, ma poi – prive loro pure del necessario habitat, che solo il giurista poteva garantire – risucchiate dalla logica di un diritto ancora popolare.

3.3. Può avere un suo fascino (più o meno discreto) la caccia alle parole rivelatrici, che il nostro autore ha praticato con abnegazione. Già, perché ha mimato con successo quella disinvoltura, con la quale talvolta i comparatisti saccheggiano la storia per colmare i vuoti delle loro cattedrali. Sanno che così facendo manipolano il passato e lo colonizzano a piacere, ne sono talvolta – bontà loro – persino fieri, anche se feriscono la suscettibilità degli storici. Ma non per questo demordono<sup>45</sup>.

zione del loro divenire, esulava infatti dalle sue ambizioni.

<sup>41</sup> Savigny, *Beruf* cit., p. 11 (qui nella traduzione in Marini, *La polemica* cit., p. 100).

<sup>42</sup> Citano casi concreti: Huber, *Geschichte* cit., pp. 116-117; P. Walliser, *Römischrechtliche Einflüsse im Gebiet des heutigen Kantons Solothurn vor 1500*, Basel - Stuttgart 1965, pp. V e 223; L. Carlen, *Walliser Rechtsgeschichte. Ausgewählte Aufsätze*, Brig 1993, pp. 268-269; Caroni, *Einflüsse* cit., pp. 35-36, 209. Desta invece qualche sorpresa il fatto che anche Bühler se ne renda chiaramente conto, si veda *Methoden* cit., pp. 6, 7, 8, 13, 14, 16-17, 18, 19, 25, 29, 32, 35, 39, 41, 47, 48, 49, 52, 53, 55.

<sup>43</sup> Chi consulta ad esempio le convenzioni concluse in vista del matrimonio o gli atti *mortis causa*, si imbatte regolarmente in storpiature talvolta molto colorite di termini classici, così ad esempio della dote «cui dicitur morkengaba, vel cresementum vel augmentum dotis» (così in una redazione del diritto consuetudinario vallesano della prima metà del XV secolo, si veda A. Heusler, *Rechtsquellen des Cantons Wallis*, Basel 1890, p. 157).

<sup>44</sup> Di «frénésie de formules romaines» ha parlato S. Stelling-Michaud, *L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse*, Genève 1955, p. 234.

<sup>45</sup> Rinvio in merito a quanto ho scritto recentemente in P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina* altra, Milano 2009, pp. 185-186. A questi rilievi aggiungo un'ultima "perla", scoperta recentemente, ossia la candida confessione che si legge in P. Jung, *Die Kodifikation des Europäischen Zivilrechts im Spiegel historischer Texte*, Halle - Wittenberg 2004, p. 3: «Ich muss hier vorwegschicken, dass ich insoweit gänzlich unhistorisch vorgehe und die Texte nicht nur losgelöst von ihrem jeweiligen zeitgeschichtlichen Kontext als

Ma Bühler non è un comparatista. Se rincorre, colleziona e ordina quelle parole-chiave, delle quali si è detto, non lo fa per riparare il tetto della sua casa, quindi non per sovvenire al presente. Lo fa piuttosto per documentare una continuità. Ma quale? Quella che può ragionevolmente sprigionarsi dalle parole. Ma da parole, è bene non dimenticarlo, preventivamente espropriate del loro entourage, in un certo senso scarnificate e solo grazie a questa “cura” parificate, allineate a documentare una *longue durée*, che lo storico del diritto sembra peraltro apprezzare più dei suoi colleghi di discipline contigue<sup>46</sup>.

Non credo che la “resa” di quest’operazione sia modesta. Ma va pur detto che è esclusivamente di natura *omofonica*. Documenta infatti la continuità di *suoni*, quelli prodotti dalle parole scritte (magari) nello stesso modo, ma che di volta in volta, se reinserite nel loro contesto spaziale e temporale, assumono poi significati diversi<sup>47</sup>. Ognuno ha naturalmente il diritto di votarsi a queste ricerche, di apprezzarne e diffonderne gli esiti. Ma chi si accontenta di una resa omofonica per inferirne *anche* una continuità di significati (materiali) – questa è in fondo l’ambizione del nostro autore – prende secondo me lucciole per lanterne. Ed evoca scenari destinati a rimanere del tutto immaginari.

#### 4. La sussidiarietà del diritto comune

Se mi fermassi qui, a questo consuntivo schematico e poco lusinghiero, farei giustizia sommaria. Preferisco perciò verificare queste mie conclusioni, saggiarne la plausibilità. Per esempio mostrando le conseguenze negative dell’oscuramento di quel contesto, che accerchiava le parole-chiave via via usate dal nostro autore. E di farlo analizzando qualche situazione concreta, sulla quale lui pure si è soffermato.

La prima ruota attorno a quella massima, che invitava il giudicante a far capo al diritto comune per sopperire al silenzio del diritto locale-statutario, applicabile in prima battuta. Il suo significato concreto non era scontato, ma dipendeva dal contesto culturale. In *Italia*, ove gli statuti la evocavano spesso ed esplicitamente<sup>48</sup>, aveva una portata fondamentale, speculare com’era all’omonimo sistema delle fonti, quello che bene o male funzionò fino a due secoli fa. Prerogativa di giuristi, da loro perciò esclusivamente gestito, poiché solo loro sapevano come attingere al tesoro magmatico rinchiuso nel *Corpus*

Steinbruch zur Gewinnung und Illustration auch aktuell bedeutsamer Ideen und Argumentationsmuster heranziehe».

<sup>46</sup> Anche l’affermazione, nella quale talora ci imbattiamo, secondo cui la scansione dei “tempi lunghi” si addica perfettamente alla vita del diritto (così per esempio P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma - Bari 2003, pp. 21-22; S. Lepsius nella «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 27 [2005], pp. 308-309) meriterebbe di venir analizzata con maggior rigore.

<sup>47</sup> Sulla continuità “omofonica” si veda Caroni, *La solitudine* cit., pp. 193 sgg.

<sup>48</sup> «È da notarsi, che quand’anche nel presente Statuto non fosse stata espressa quest’ultima clausola, si dovrebbe nondimeno sottintendere, per la regola generale altrove stabilita, secondo l’assioma de’ legisti»: lo si legge negli *Statuti di Milano, volgarizzati con note e spiegazioni, a pubblica intelligenza e utilità*, Milano 1773, p. 133.

*iuris*, il sistema interferiva già nell'interpretazione del diritto statutario, che si auspicava possibilmente conforme al calco romanistico<sup>49</sup>. Senza di che sarebbe stato difficile chiamarlo come davvero si fece. *Altrove*, in mancanza di un medium sapienziale, ove dunque la sede del diritto era ancora «la coscienza comune del popolo»<sup>50</sup>, la sua importanza era ovviamente più modesta. Si accontentava di additare al giudice l'esistenza di un serbatoio alternativo di soluzioni concrete, alle quali ricorrere per colmare le lacune (vere o presunte) dello statuto<sup>51</sup>.

Anche Bühler la ricorda, questa massima, quando la ricca ma disparata documentazione che allega glielo permette. Ma ignora (o forse non ritiene degna di considerazione) la sua *bivalenza*. Allinea perciò situazioni molto diverse, perché caratterizzate da una sussidiarietà ovvero *forte* (*scil.* sorretta dalla scienza giuridica<sup>52</sup>), ovvero *debole* (*scil.* semplicemente alternativa<sup>53</sup>). Non credo l'abbia fatto consapevolmente, magari per dimostrare che anche in tema di sussidiarietà non avevamo nulla da invidiare ai vicini. Ma è innegabile che rimescolando impassibilmente cose diverse non si sia poi accorto di un fatto storicamente eccezionale: che cioè nei baliaggi "italiani" degli Svizzeri e delle Tre Leghe Grigie<sup>54</sup> le due valenze della sussidiarietà, attrattevi e sollecitate dalle inevitabili tensioni politiche sottese alla "sudditanza" –, si siano ripetutamente scontrate, dando vita a fuochi d'artificio, che attendono sempre ancora di venir studiati e descritti con la necessaria circospezione<sup>55</sup>. Non solo perché unici a livello continentale, come ho spesso tentato di ricordare. Ma proprio anche perché documentano quell'*insularità* dell'evoluzione giuridica confederale, che l'autore – come pretendono le sue conclusioni – ha invece voluto negare. Ragione per cui non è davvero il caso di passarli sotto silenzio.

<sup>49</sup> Gli *Statuti di Milano volgarizzati* cit., p. XI dell'*Introduzione* ricordano che «per universale sentimento de' Dottori tutte le leggi municipali di qualunque siasi nazione ricevono da quello stesso Gius commune la loro prima e naturale interpretazione». Ma è bene non dimenticare che in epoca moderna questa regola fu spesso disattesa e fece posto a un'interpretazione autonoma dello *ius proprium*. Si veda per esempio *infra*, nota 69, come anche P. Caroni, *Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in «Zeitschrift für historische Forschung», 2 (1975), pp. 223-240, specialmente 229, e la bibliografia ivi citata.

<sup>50</sup> Savigny, *Beruf* cit., p. 11 (qui nella traduzione in Marini, *La polemica* cit., p. 99).

<sup>51</sup> Giario, *Alt- und Neuropa* cit., pp. 292-293; Caroni, *Statutum et silentium* cit., pp. 139-140.

<sup>52</sup> Bühler, *Methoden* cit., p. 44.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 2, 55, 59 (ove l'autore riassume e bilancia così: «Die Lehre von der Immunisierung des älteren schweizerischen Rechts gegenüber dem römischen Recht lässt sich nicht aufrecht erhalten. Auch ist jene gegenüber der Subsidiarität des gemeinen Rechts im Sinne einer wesentlich stärkeren Berücksichtigung zu revidieren»).

<sup>54</sup> I primi comprendevano il territorio che a partire dal 1803 divenne il Cantone Ticino; i secondi consistevano in tre distinte entità politico-amministrative, ossia la Valtellina, Chiavenna e Bormio. Si veda P. Caroni, *Sudditi subalpini a confronto*, in «Archivio storico ticinese», 38 (2001), pp. 293-298, *passim*.

<sup>55</sup> A ulteriore dimostrazione del fatto, che anche un sistema delle fonti si articola in sequela a esigenze emerse in ambito politico, in un certo senso perciò le riflette: Caroni, *Statutum et silentium* cit., pp. 146, 151.

Erano dunque terre, questi baliaggi “italiani”, nelle quali la tradizione scientifica, con le *tournures*, i miti e i rinvii, che le erano propri, si era presto insediata. Ivi presumibilmente sospinta, come pare ragionevole ritenere, dall’influenza di centri che, come Milano e Como, l’avevano subito condivisa e diffusa. Lo documenta, fra altre cose, proprio anche il rinvio sussidiario al diritto comune: già noto a statuti quattrocenteschi<sup>56</sup>, diventa in epoca moderna formula corrente<sup>57</sup>, in realtà una clausola poco meno che superflua<sup>58</sup>, anche se dai contorni vaghi, più allusivi che espliciti. Predestinata perciò a venir letta come suggerivano le strategie – spesso contrastanti – dei padroni e dei sudditi.

Ai *primi*, che da sempre amavano gestire in prima persona anche il mondo dei precetti giuridici e delle contese che ne nascevano, l’impatto con la realtà così diversa – già perché popolata da avvocati, procuratori e sapienti, che discutevano in latino e si richiamavano, quando sembrava utile, a un ordinamento lontano e inafferrabile, ma appunto non inerme – dei paesi soggetti risultò indubbiamente traumatico<sup>59</sup>. Tentarono comprensibilmente di raddrizzare il quadro o, almeno, di limitare i danni. Per esempio asserendo che le spesso invocate «leggi et ragioni communi»<sup>60</sup> rinviassero a ben vedere al diritto del *princeps*, ossia del titolare della sovranità politica, quindi in ultima analisi al *loro* diritto comune<sup>61</sup> rispettivamente – facendo questo difetto per l’endemica frammentazione – al diritto del Cantone di origine del balivo giudicante<sup>62</sup>. Mancando ancora quasi del tutto le relative ricerche, resta arduo valutare l’esito di questo ribaltone. Ragione per cui la prudenza rimane d’obbligo. Non mancarono infatti né repliche teoriche a questo forse temerario assunto<sup>63</sup>, né echi di improvvisi ravvedimenti, al momen-

<sup>56</sup> Lugano 1441, cap. 3 e 220; Valle Maggia, in «Archivio storico ticinese», 5 (1963), p. 686.

<sup>57</sup> Bellinzona 1692, capp. 3; Valle Maggia 1626, I/1, II/79, 83; Lugano 1696, capp. 2, 114, 124, 177, 191, 197, 200, 201; per la Valtellina e Chiavenna si vedano i rinvii in Caroni, *Sudditi subalpini* cit., p. 298, nota 36.

<sup>58</sup> Lo ricordano gli *Statuti di Milano volgarizzati*, che ho già citati *supra*, nota 48.

<sup>59</sup> Caroni, *Statutum et silentium* cit., pp. 148-151; Caroni, *Sovrani e sudditi nel labirinto del diritto*, in *Storia della Svizzera italiana dal Cinquecento al Settecento*, a cura di R. Ceschi, Bellinzona 2000, pp. 581-596, specialmente 588-590.

<sup>60</sup> Così per esempio gli Statuti della Valle Maggia 1626, I/1.

<sup>61</sup> Questo il tenore dei decreti pubblicati da A. Heusler nella «Zeitschrift für Schweizerisches Recht» [d’ora in poi «ZSR»], 12 (1893), N. 443, 450/452, degli Statuti criminali di Bellinzona del 1692, cap. 27, degli Statuti di Blenio del 1500, cap. 93 e degli Statuti della Riviera 1632, cap. 93. Sul versante grigione l’equiparazione *ius commune*/diritto comune retico fu invece un fatto isolato. Vi ricorse – se vedo bene – solo J.B. Tschärner in uno scritto del 1789, teso a contestare il *Ragionamento giuridico-politico sopra la costituzione della Valtellina e del contado di Chiavenna* dell’insigne giurista valtellinese Alberto de Simoni, apparso anonimo nel 1788. Si veda J.B. Tschärner, *Gründliche Darstellung der landesherrlichen Rechtsamen der hohen und Souverainen Republik Graubünden über die Provinzen Veltlin und Clefen*, Chur 1789, pp. 55-58.

<sup>62</sup> Statuti della Riviera 1632, cap. 93: nel silenzio dello statuto e della consuetudine «che il Podestà abbia d’osservare e sentenziare conforme agli statuti et consuetudini delli tre Cantoni et se nelli detti Cantoni in ciò fossero differenti, habbia di seguire quello nel suo Cantone sarà statuito e solito». Questa norma statutaria sconfessa la ricostruzione dei fatti proposta da Bühler, *Methoden* cit., p. 44.

<sup>63</sup> In ciò si distinse il giurista valtellinese Giuseppe Vincenzo Besta (1752-1840), al quale dobbia-

to di attenersi alla nuova graduatoria, per esempio decidendo vertenze concrete<sup>64</sup>. Non è perciò da escludere che improvvise indolenze o sorde ostruzioni da parte dei sudditi abbiano col tempo convinto i Magnifici Signori a battere altre strade, ossia a imboccare scorciatoie esterne al reticolo tracciato dal sistema, quindi in grado di garantire esiti meno aleatori e più rapidi. Quelle per esempio che prevedevano l'emanazione e la diffusione capillare di grida e decreti<sup>65</sup>.

Quanto ai *secondi*, ossia ai *sudditi*, il loro compito era certamente diverso e forse anche più agevole. Già perché giocavano in casa, si muovevano in uno spazio materiale e dottrinario familiare, che conoscevano a menadito e che sapevano, quand'era necessario, sfruttare con destrezza (e furbizia). Per blindare il sistema, ovviamente, come usa dire oggi giorno. Non però – come eravamo abituati a pensare – in vista di farne risplendere la purezza romanistica e quindi per impedire ai Signori di inquinarla con indesiderati apporti di origine barbaro-germanistica<sup>66</sup>. Ma per esigenze materiali, tutte legate alla loro situazione politica e al desiderio di non deteriorarla. Da sudditi, quali erano, vedevano infatti nel loro sistema delle fonti una diga capace di resistere agli assalti e alle incursioni dei Signori, massime poiché vanificava a limine i loro ripetuti tentativi di legiferare, di farlo senza nemmeno cercare il concorso dei destinatari, proprio come quei sovrani assoluti, ai quali peraltro molti di loro guardavano con simpatia<sup>67</sup>.

Teoricamente non era difficile servirsi del sistema delle fonti per intrappolare l'ipotetico indesiderato legislatore. Bastava ribadirne l'ubiquità spazio-temporale e la completezza materiale, la sua indiscutibile omogeneità e coerenza, quindi un'*autonomia*, che non tollerava né correzioni né aggiunte esterne. Bastava cioè rappresentarlo quale «fissa legislazione perpetua,

mo un notevole commentario manoscritto degli Statuti valtellini del 1548, datato 1795, conservato nella Biblioteca dell'Università degli Studi di Milano, Fondo Besta, B1 G55. Si diffonde sull'argomento qui all'esame sia nelle *Osservazioni generali sopra la competenza de Statuti*, § 4, sia nel commento al cap. 2 degli Statuti, art. 14. Sull'autore di quest'opera si veda qualche ragguaglio in Caroni, *Einflüsse* cit., p. 62, nota 10.

<sup>64</sup> Si vedano gli atti di un processo celebrato davanti al Tribunale della Riviera il 31 luglio e il 14 agosto 1787, ove sia l'attore che il convenuto si richiamarono alle *Institutiones Iustiniani IV*, 5, 3 (Archivio Cantonale Bellinzona, Riviera, Cartella n. 11). Ma sul valore concreto da attribuire a questo documento nulla può essere affermato, senza prima aver esaminato sistematicamente la giurisprudenza di questa istanza.

<sup>65</sup> Si veda in merito quanto ho scritto in Caroni, *Statutum et silentium* cit., pp. 157-160 e Caroni, *Sovrani e sudditi* cit., pp. 592-593.

<sup>66</sup> Formulo con qualche ironia, riproponendo comunque i termini "idealistici" di un confronto scientifico connaturale agli storici del diritto, perché radicato nella bipartizione propugnata dalla scuola storica, che ancora nel secolo scorso fu vivace.

<sup>67</sup> Se è nota l'ammirazione che Salomon Landolt, il celebre *Landvogt von Greifensee* evocato con maestria da Gottfried Keller nelle *Zürcher Novellen*, nutrivà per Federico il Grande di Prussia (D. Hess, *Salomon Landolt. Ein Charakterbild*, Zürich - Leipzig 1912, pp. 42, 44, 46-47, 170-171), non è meno degno di attenzione l'apprezzamento generalmente positivo da parte degli aristocratici svizzeri. Si veda per esempio, con le sfumature del caso, O. Eisenmann, *Friedrich der Grosse im Urteil seiner Schweizer Mitwelt*, Zürich 1971; R. Witschi, *Friedrich der Grosse und Bern*, Bern 1926; U. Im Hof, *Isaak Iselin und die Spätaufklärung*, Bern 1967, pp. 135-137, 196-197.

immobile e inviolabile»<sup>68</sup>, per scoraggiare ogni contrario conato. Esito questo raggiungibile ovvero dilatando ad arte la valenza del diritto statutario, insistendo perciò sull'urgenza di interpretarlo non quale semplice *ius non commune*, ma quale ordinamento autoreferenziale<sup>69</sup>; ovvero sottolineando l'assoluto, indiscutibile automatismo del soccorso offerto dal diritto comune nel malaugurato caso di lacuna statutaria. Un automatismo che chiudeva ogni discorso, poiché reprimeva «qualunque pretesto di necessaria provvidenza potesse stimolare l'alta Podestà a farvi addizioni di legislatura»<sup>70</sup>.

Quale insegnamento trarne e come concludere queste riflessioni sulla sussidiarietà del diritto comune? Affermando che se è vero che l'antagonismo politico non ha creato il divario fra le due contrapposte filosofie della sussidiarietà, va ugualmente ammesso che se n'è poi appropriato, l'ha strumentalizzato, quindi anche accentuato e irrigidito. E ciò in sequela alla funzione difensiva, alla quale il sistema delle fonti era destinato a servire.

Pare lecito dedurre, da questa prima conclusione, che venendo meno la molla politica, ove dunque le regole giuridiche potevano essere adottate o respinte senza pregiudizi per l'autonomia di chi le maneggiava, queste "circolassero" liberamente, potessero venir scelte, adottate, modificate esclusivamente in base alla loro maggior o minor idoneità a soddisfare esigenze del destinatario, a comporne i litigi, a fugarne i dubbi, a risolvere dunque problemi concreti. Le ricerche di Bühler confermano del resto pienamente questa deduzione quando documentano la ripetuta adozione di termini (e qualche volta anche dei relativi istituti) "romanistici" negli ordinamenti cittadini o campagnoli della Svizzera alemannica in epoca moderna. Singole, puntuali "annessioni", che nessuno contesta. Volendolo avrebbe potuto documentare anche l'operazione inversa, solo che non rientrava nel suo programma, perché ne avrebbe messo in ombra il messaggio centrale. Operazione inversa, che pur esiste e già venne studiata, consistente nell'inserimento di istituti, norme, regole di origine non sapienziale (e solo in questo senso "germanistica") in ordinamenti statutari della Svizzera italiana<sup>71</sup>. Non c'è nessun motivo di tacerle, tutte queste "manovre". Sono in realtà cose ovvie, scontate. Da che mondo è mondo anche le regole giuridiche viaggiano, se la politica non le blocca. Viaggiano per sopperire alle necessità materiali del destinatario. Come tante altre merci, del resto. E senza lasciarsi condizionare dalle nostre ottiche tarocate, che ne fanno volentieri indizi di fantomatiche recezioni (e continuità), romanistiche o germanistiche che siano.

<sup>68</sup> Così l'aveva descritto G.V. Besta nel suo *Commento* al cap. 105 degli Statuti criminali valtellini, p. 2.

<sup>69</sup> Questa la soluzione preferita da Besta, *Commento* al cap. 188 degli Statuti civili valtellini, pp. 1 e 9. Cito parzialmente questi frammenti in *Statutum et silentium* cit., pp. 154-155.

<sup>70</sup> G.V. Besta, *Commento* al cap. 105 degli Statuti criminali valtellini, p. 2.

<sup>71</sup> Mi permetto di rinviare a mie ricerche di quarant'anni fa, in capo alle quali ho creduto di scorgere l'evoluzione "riassunta nel testo" nelle tre valli italofone delle Leghe Grigie, ossia Mesolcina, Bregaglia e Poschiavo: Caroni, *Einflüsse* cit., pp. 147-150, 169-171, 207-209, 214-215.

## 5. Diritto comune nella Basilea degli umanisti e oltre

E ora cambiamo scenario, senza comunque abbandonare l'universo ubiquitario del diritto comune. E occupiamoci di Basilea, della città come del territorio che lentamente, dal tardo Medio Evo, le crebbe attorno<sup>72</sup>. Libera città imperiale<sup>73</sup>, dal 1460 sede universitaria, finalmente centro di una prestigiosa stagione umanistica ricca anche di feconde “ricadute” giuridiche, tutto correva a farne non un imitabile modello, ma un *unicum* nell'appartata realtà della Confederazione.

Bühler la conosce bene, la storia giuridica della città e del Cantone<sup>74</sup>, ne parla dunque con rara competenza. Non tanto per sottolineare la *peculiarità* del percorso basilese – come era lecito attendersi, viste le premesse – quanto per allinearla a quello degli altri Cantoni. Ribadisce perciò lo stillicidio di concetti romanistici<sup>75</sup>, sottolinea l'impatto della *Stadtgerichtsordnung* del 1719 (senza peraltro considerarlo decisivo<sup>76</sup>) e sposta finalmente l'apogeo della recezione al XIX secolo, quindi in piena età codificatrice<sup>77</sup>. È una scelta che ovviamente rispetto, anche se la considero con incredula perplessità. Forse perché mi attendevo altri accenti, che proprio nel caso – appunto singolare – di Basilea ritenevo fosse agevole percepire. Tento di spiegarmi, muovendo da ragionamenti già svolti in altre occasioni<sup>78</sup>.

Se nel 1432 Enea Silvio Piccolomini, presente a Basilea per il Concilio, e quindi presumibilmente non del tutto ignaro del diritto ivi vigente e applicato, poteva scrivere dei basilesi che «vivunt sine certa lege, consuetudine magis quam scripto iure utentes, sine iuris perito, sine notitia Romanorum legum»<sup>79</sup>; e se nel 1573 Basilius Amerbach poteva confermare questo giudizio in un suo notissimo consulto, ricordando che «de testamentis, tutelis, successioneibus perpauca apud nos leges scriptas esse. Consuetudine vero et more recepto plura regi, reliquia, quae legibus moreve definita non sunt, ab arbitrio iudicum, ex aequo, ut aiunt, et bono pronuntiantium, magna pro parte dependere»<sup>80</sup>; nel 1719, proprio emanando il nuovo Statuto cittadino, si

<sup>72</sup> Sul lento formarsi del territorio cittadino si veda ora H.R. Hagemann, *Vielschichtiges Recht. Zivilrechtspflege im neuzeitlichen Basel*, Basel 2009, pp. 16-20.

<sup>73</sup> Sul significato concreto di questo “titolo”, tutt'altro che scontato e univoco, si veda H.R. Hagemann, *Die Rechtsgutachten des Bonifacius Amerbach*, Basel 1997, pp. 76 sgg.

<sup>74</sup> Bühler esordì come autore di opere storico-giuridiche con un notevole scritto dedicato a *Andreas Heusler und die Revision der Basler Stadtgerichtsordnung 1860-1870*, Basel 1963.

<sup>75</sup> Bühler, *Methoden* cit., pp. 18-21, 24-25, 26-28, 29-30, 31.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 38-42.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.

<sup>78</sup> Caroni, *Entwicklungstendenzen* cit., pp. 227-232; Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., pp. 187-190; Caroni, *L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 5-6 (1976-1977), pp. 1009-1030, specialmente 1026-1027. Per questo motivo non tornerò a ragionare sulla bibliografia già esaminata, ma farò tesoro di quanto offre quella più recente, in *primis* ovviamente delle ricerche di H.R. Hagemann.

<sup>79</sup> Citazione integrale in Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., p. 189, nota 77.

<sup>80</sup> Testo del consulto in H. Thieme, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Band I, Köln - Wien 1986, pp. 429-431, la citazione a p. 429; Hagemann,

voltò decisamente pagina. Non tanto perché la nuova legislazione avesse adottato un numero imprecisato<sup>81</sup> – ma comunque cospicuo – di singole regole romanistiche, quanto perché rinviò sussidiariamente al diritto comune<sup>2</sup>, sottomettendosi così, almeno formalmente e con radicalità finora sconosciuta, all'omonimo sistema delle fonti<sup>83</sup>.

Fu una mossa clamorosa, questa; prima ancora di appurarne le conseguenze concrete<sup>84</sup> lo si può lecitamente affermare. Già perché documenta con chiarezza la singolarità dell'evoluzione giuridica basilese. Una singolarità tridimensionale, visto che marca *dapprima* il rapporto fra la città e il territorio circostante (la cosiddetta "Landschaft"<sup>85</sup>), *secondariamente* quello rimpetto agli altri membri della vecchia Confederazione<sup>86</sup>, *finalmente* la posizione della libera città imperiale nei confronti dell'Impero e dei suoi innumerevoli ceti. Ove la recezione della scienza giuridica si era generalmente consumata fra il XV e il XVI secolo ed era stata, con tutte le riserve del caso, tendenzialmente totale. È l'aspetto che reclama qualche ulteriore approfondimento.

Vi è anzitutto uno scarto *cronologico*. A Basilea, come risulta da quanto si è ricordato, la transizione a una pratica giuridica sapienziale fu lenta e si concluse (se davvero si concluse) solo nel corso del XVIII secolo<sup>87</sup>. Ossia proprio in quel secolo, nel quale l'emersione del diritto naturale e la critica illuministica facevano ovunque pericolosamente vacillare il mito giustiniano<sup>88</sup>. Nell'ottica continentale l'esperienza basilese va dunque ritenuta estemporanea. Il che sarebbe un peccato veniale, dato che ogni paese ha i suoi tempi (e

*Vielschichtiges Recht* cit., pp. 22, 27, 54; Hagemann, *Bonifacius Amerbach* cit., pp. 58-59, 222; Hagemann, *Die Rechtsgutachten des Basilius Amerbach*, Basel 2001, pp. 19-20, 51-52.

<sup>81</sup> Anche perché tuttora controverso. Lo statuto basilese aveva infatti preso a modello il *Württembergisches Landrecht* del 1610, che si riteneva speculare al diritto romano. Ma si discute da tempo sia sulla reale fedeltà del modello al diritto romano (come documenta un consulto del 1850, parzialmente riprodotto da T. Bühler in «ZSR», 88 [1969], I, pp. 131 sgg., specialmente 153-155), sia su quella dello statuto basilese al modello tedesco. Opinioni discordanti esprimono per esempio B. Christ, *Die Basler Stadtgerichtsordnung von 1719. Als Abschluss der Rezeption in Basel*, Basel - Stuttgart 1969, pp. 52-62; Bühler, *Methoden* cit., pp. 39, 41; Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., p. 43.

<sup>82</sup> Stadt-Gerichtsordnung 1719, art. 620 (testo completo in Caroni, *Educazione giuridica* cit., p. 1027, nota 62).

<sup>83</sup> Bühler non la evoca, questa eccezionale misura. Il che, considerato l'approccio al nostro tema da lui privilegiato, non sorprende. All'astrattezza del rinvio preferisce perciò la prova della concreta recezione di singole regole.

<sup>84</sup> È di Hagemann l'espressione, alla quale alludo nel testo. Vede nell'articolo conclusivo dello statuto cittadino «eine wichtige, folgeschwere Neuerung» (*Vielschichtiges Recht* cit., p. 36).

<sup>85</sup> Sul regime giuridico di queste terre Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 37 sgg. Anche nella *Landesordnung* del 1757, come del resto in quelle precedenti del 1611 e del 1654, manca ogni e qualsiasi rinvio alla valenza sussidiaria del diritto comune. In mancanza di una regola scritta le controversie andavano perciò decise «nach bestem Verstand, Wissen und Gewissen». Così *ibidem*, pp. 46-47, 49-50, 72, 93, 121.

<sup>86</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 17, 71-72; R. Garré, *Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di J.J. Bachofen (1815-1887)*, Frankfurt a.M. 1999, p. 111.

<sup>87</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 87 sgg.

<sup>88</sup> Rinvio alla relativa bibliografia in *Vaterländisches Recht* cit., p. 188, nota 73.

gli orologi che si merita). Se non nascessero, a complicare le cose e a turbare l'idillio, dubbi, stavolta fondati, in punto all'*intensità* di questa transizione. Sono originati dal contesto istituzionale dell'attività giudicante, ossia dal fatto che nei tribunali cittadini sedevano normalmente giudici laici (ossia popolari), reclutati più in base all'onestà personale che a meriti intellettuali o competenze professionali. Erano di regola commercianti e artigiani, digiuni di specifiche conoscenze giuridiche<sup>89</sup>, al pari di quei procuratori (*Amtsleute*, *Fürsprecher*) assoldati dalla città, ai quali l'attore e il convenuto dovevano inevitabilmente ricorrere<sup>90</sup>. È vero che questa struttura dell'organo giudicante ha origini medievali, sia in punto alla netta distinzione fra presidente (del tribunale) e giudici (ai quali spettava il diritto esclusivo di decidere), sia quoad competenze professionali. Ma non è men vero che restò sostanzialmente invariata anche in epoca moderna<sup>91</sup>. È logico perciò supporre che il nuovo statuto cittadino l'abbia messa a dura prova<sup>92</sup>. Poiché con un improvviso colpo di spugna – come sembra indicato leggere il rinvio sussidiario al diritto comune – costringeva giudici e procuratori non solo a ricorrervi in caso di lacuna, ma anche (e quasi direi soprattutto) a tenerne conto già interpretando il diritto locale<sup>93</sup>. Accollava loro – così disponendo – un compito visibilmente sproporzionato, che non furono in grado di onorare alla lettera. Ignari della lingua come anche delle nozioni tecniche veicolate dal diritto classico, non ne poterono garantire una trasmissione intatta<sup>94</sup>. Si accontentarono perciò di meno, di una lettura *artigianale* del nuovo statuto, ossia dell'unica suggerita (o permessa) dalla loro cultura, abituata più a riflettere su cose concrete che a seguire i voli pindarici dei giuristi<sup>95</sup>. Fidandosi nel dubbio di quanto già conoscevano, ossia di quelle pratiche domestiche consegnate dal tempo, che persino l'articolo conclusivo dello statuto non aveva voluto (o potuto) passare sotto silenzio<sup>96</sup>. In altre parole: capitò che le attese suscitate

<sup>89</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 36, 83, 98-99.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 100. Il loro comportamento, massime il loro linguaggio sboccato, provocò spesso dure (ma finalmente inefficaci) reazioni dell'autorità politica. È vero che talvolta questa concessione alle parti la libertà di ricorrere ai servizi di un giurista esterno. Il cui intervento, spesso volto a svelare ai giudici laici gli arcani del diritto classico, fu ognora considerato quale corpo estraneo della procedura (*ibidem*, pp. 110-114).

<sup>91</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., p. 98.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>93</sup> Massima già ricordata (*supra*, nota 49), elaborata dalla scienza giuridica medievale, che a Basilea fu (teoricamente) condivisa fino alla fine dell'Ancien Régime. Si veda Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 84, 88, 91, ma già *Bonifacius Amerbach* cit., pp. 57-58 e *Basilius Amerbach* cit., pp. 70-72.

<sup>94</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., p. 36 cita una perizia del 1732 che combatte l'abitudine degli avvocati di allegare fonti e autori, poiché provocherebbe il malumore dei giudici. Testo pubblicato sia in *Rechtsquellen von Basel. Stadt und Land*, a cura di J. Schnell, volume I, Basel 1856, N. 496, p. 942, che in E.R. Frey, *Die Quellen des Basler Stadtrechts, namentlich der Gerichtsordnung von 1719*, Basel 1830, pp. 171-172.

<sup>95</sup> Citano casi concreti Christ, *Stadtgerichtsordnung* cit., pp. 118-120; Caroni, *Entwicklungstendenzen* cit., p. 232; Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., p. 189.

<sup>96</sup> Prima di dar via libera al diritto comune l'art. 620 ordinava al giudice di consultare ed eventualmente attenersi all'«altes Herkommen und Observantz» della città. Si veda in merito

dai concetti, ad esempio da quello di diritto comune (e della scienza che l'aveva elaborato) si scontrassero con la realtà, restia a recepirle e a corrispondervi; e che ne venissero logicamente ridimensionate. Ragione per cui si attestarono automaticamente su posizioni più moderate (se non proprio più modeste). Ciò spiega perché a dispetto di quanto sollecitava il nuovo statuto cittadino<sup>97</sup>, lo spazio concesso al diritto locale rimanesse tuttora intatto, quindi determinante: non solo quando i giudici popolari decidevano<sup>98</sup>, ma anche quando i membri della facoltà giuridica elaboravano consulti in vertenze cittadine<sup>99</sup>.

Non è dunque un caso – conviene concludere così – se anche Hans-Rudolf Hagemann, che da anni esplora con passione e prudenza la storia giuridica della sua città, si sia finalmente arreso davanti all'evidenza documentata dagli atti e abbia concluso la recentissima monografia dedicata proprio alla storia del diritto privato in epoca moderna sottolineando il ruolo prevalente assuntovi dalla *Billigkeit*, riconosciuta quale «Richtschnur für die gesamte zivile Rechtssprechung»<sup>100</sup>. Concetto emblematicamente sfuggente, refrattario alla precisione sottesa all'imbricarsi dei dogmi come all'intrecciarsi delle teorie, riassumeva procedure decisorie *altre*<sup>101</sup>, che l'Europa già conquistata dalla scienza giuridica e ora scossa dal messaggio illuministico osservava con meraviglia e (forse anche) disappunto. Preferite ad altre lusinghe, che la città renana dunque conosceva, mostravano che era possibile avventurarsi nel labirinto del diritto comune senza smarrirvisi, quindi senza ricorrere alla mediazione dell'uomo di legge per uscirne indenni<sup>102</sup>.

Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 64 sgg.; Caroni, *Educazione giuridica* cit., pp. 1026-1027; Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., pp. 188-189; Garré, *Bachofen* cit., pp. 109-110.

<sup>97</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 67.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 158, ove si sottolinea che, messi alle strette dalle irraggiungibili coordinate romanistiche, i giudici ripiegavano su una interpretazione tradizionale del nuovo statuto, scostandosi da quanto la teoria loro suggeriva.

<sup>99</sup> Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 74, 75, 78, 124.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 258. A quella "Billigkeit" si riferisce l'autore, che simboleggiava una giustizia intuitiva – peraltro tipica della tradizione giuridica svizzera fino a Ottocento inoltrato – «alla quale la nostra mente di moderni è ormai disavvezza da secoli» (così Santarelli, *Recezione* cit., p. 59).

<sup>101</sup> Il che spiega sia l'intatta popolarità di procedure altrove contestate e poi rimosse (per esempio la pressione che i giudici esercitavano per costringere le parti a sottoscrivere transazioni più o meno amichevoli, si veda Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., pp. 118-120), sia il netto rifiuto di motivare le sentenze, che ancora in pieno XIX secolo fu confermato per i giudicati di prima istanza (*ibidem*, pp. 23-24).

<sup>102</sup> Ernst Kramer ha recentemente attirato l'attenzione sugli anni basilesi di Ernst Rabel (1906-1910), che lo videro non solo titolare della cattedra di diritto romano e diritto privato svizzero, ma anche membro del Tribunale d'Appello del cantone di Basilea-Città, presieduto inizialmente da Andreas Heusler. In una conferenza tenuta durante il lungo soggiorno americano Rabel riassunse così l'attività del tribunale: «The new Swiss Civil Code of 1907 was not yet in force. Wieland and I held lectures to introduce the judges and lawyers of three cantons to the new Code. We had many federal and cantonal enactments. However, our court still maintained habits of former times, common law manners; we did not bother generally with much analyzing and construing of texts – the contrary of what we did in Germany – and we frequently followed in our decisions the dictates of our hearts more than learned doctrines. That an elegant motiva-

## 6. *Qualche riflessione conclusiva*

Rinuncio per il momento a occuparmi di altre situazioni e tento di trarre qualche insegnamento concreto dalle critiche ventilate finora.

6.1. Torno dapprima a evocare le drastiche conclusioni del saggio di Bühler. Non per infierire, ma per segnalare che azzerano, con un breve tratto di penna, differenze, scarti, peculiarità; che ipotizzano a tal modo un appiattimento totale del passato, di un passato che non sa più distinguere e per questo motivo rimescola a piacimento e allinea teorie, tempi e luoghi. Sia la radicalità che la discutibilità di queste “conclusioni” risultano con evidenza dalle mosse che vi precludono.

a) Vi è anzitutto l’aspetto *settoriale*. Bühler tien conto nel suo intervento esclusivamente di regole successorie. Era il suo diritto e credo che abbia scelto bene. Perché da sempre la trasmissione dei beni *causa mortis* fu al centro di conflitti di interessi, che né il diritto canonico, né quello profano potevano abbandonare a un tacito (ma chimerico) consenso fra possibili eredi. Di qui l’urgenza di una statuizione esplicita per imporre soluzioni altrimenti irraggiungibili. Il che spiega sia la folta documentazione normativa<sup>103</sup>, sia il frequente ricorso a soluzioni veicolate dal diritto canonico e/o comune. Ma proprio per questo motivo non è corretto generalizzare<sup>104</sup> ed estendere, più o meno tacitamente, a tutto il campo civilistico, quindi anche agli ambiti tradizionalmente retti dalla consuetudine, i risultati di un’analisi condotta esclusivamente su quello successorio.

b) Il secondo è quello *temporale*. Che dire di un autore – peraltro lui pure notoriamente versatile – che rincorre lungo i secoli *nomina*, proprio solo *nomina* (rispettivamente suoni), scavalca spavaldamente steccati e ignora contesti, senza tener conto della prudenza che suggeriscono, per sboccare poi trafelato in pieno Ottocento a celebrare l’epilogo del lungo *iter* recettivo<sup>105</sup>? In sostanza tre cose. *Anzitutto* che purtroppo non è più solo, da quando i neopandettisti – superate vecchie idiosincrasie – vedono nei codici monumenti di saggezza romanistica, rispettivamente l’approdo a lungo vagheggiato della recezione<sup>106</sup>. *Secondariamente* che le regole della tradizione romanistica inghiottite dal vortice codificatorio e qui inevitabilmente aggregate ad altre, furono spesso destinate a soddisfare nuove esigenze, il che ne modificò la valenza originaria. Considerarle tuttavia frutto di una intatta recezione mi

tion, in brilliant scholarship, can be found everytime when afterwards the written judgment is formulated is a truth I soon learned» (E.A. Kramer, *Ernst Rabel-Ein Lebensbild*, in «Basler Juristische Mitteilungen», 52 [2006], pp. 118-128, il passo citato a p. 120, nota 6). Si muovono sulla linea di questa esperienza anche le riflessioni di Garré, *Bachofen* cit., pp. 112-115, 192-196.

<sup>103</sup> Caroni, *Einflüsse* cit., pp. 11-12; Hagemann, *Vielschichtiges Recht* cit., p. 62.

<sup>104</sup> Bühler, *Methoden* cit., p. 59.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 53 sgg.

<sup>106</sup> Caroni, *Solitudine* cit., pp. 186 sgg.

pare perciò fuori luogo. Per non insistere *finalmente* sul significato concreto da attribuire a quelle (comunque rare) regole dei codici, che iterarono il rinvio sussidiario al diritto comune, violando apertamente quella demarcazione epocale fra i due sistemi delle fonti, che Calasso aveva ripetutamente tracciato con grande determinazione<sup>107</sup>. Pensare che l'abbiano fatto per recuperare terreno perduto, come sembra fare il nostro autore<sup>108</sup>, non è vietato ma, secondo me, poco plausibile<sup>109</sup>.

c) Resta, buon ultimo, l'aspetto *spaziale*. La prudenza suggeriva di tener conto del federalismo politico e del multiculturalismo della vecchia Confederazione. Consigliava, anche in tema di recezione, di distinguere fra città e campagna, fra territori germanofoni, francofoni e italo-foni, forse anche fra cantoni a democrazia diretta e altri retti da un'oligarchia più o meno patriziale. Anche qui era stato Savigny a precorrere i tempi: riferendosi ai paesi cisalpini, preferì infatti parlare di "Wiederbelebung" del diritto romano, piuttosto che di recezione<sup>110</sup>. Aveva così indicato una strada, che in molti poi imboccarono, appunto distinguendo<sup>111</sup>.

Bühler invece non si lascia irretire da "civetterie" regionali. Preferisce accomunare tutti i territori dell'antica Confederazione, tutti secondo lui ugualmente disponibili e pronti ad attingere a piene mani all'inesauribile *thesaurus* lessicale del diritto successorio classico. Ne esce un quadro uniforme e coerente, ma purtroppo solo immaginario<sup>112</sup>.

6.2. In un recente intervento il nostro autore ha precisato la portata delle sue deduzioni e si è accontentato di accostare l'evoluzione svizzera a quella tedesca: «Die damaligen Kantone bzw. Stände (haben) weitgehend die Rezeptionen aus dem Reich mitgemacht, sodass die Situation mit Deutschland weitgehend dieselbe war»<sup>113</sup>. Può essere utile riflettere sulla con-

<sup>107</sup> Calasso, *Storicità* cit., pp. 115-117, 193, 196-197; Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 5, 125-126; F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 454.

<sup>108</sup> Bühler, *Methoden* cit., pp. 55-56.

<sup>109</sup> Ho tentato di additare le cause concrete di un tale curioso *repêchage* in P. Caroni, *Codificare rinviando al diritto comune. Come leggere l'art. 5 del Codice civile ticinese del 1837*, in «Verbanus», 26 (2005), pp. 119-130.

<sup>110</sup> F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 79.

<sup>111</sup> Si veda ad esempio Calasso, *Medio Evo* cit., pp. 617, 627; Calasso, *Storicità* cit., pp. 282, 289, 291; Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, *Presentazione* di U. Santarelli, pp. XIV-XV; Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte* cit., pp. 138, 142. Preferiscono invece parlare di recezione anche nella Svizzera Italiana Huber, *Geschichte* cit., p. 123; Stutz, *Die Schweiz* cit., p. 105; Wesener, in «ZRG», Romanistische Abteilung, 124 (2007), p. 567; E. Genzmer, in «ZRG», Romanistische Abteilung, 67 (1950), p. 605.

<sup>112</sup> Non è fuori luogo ricordare, che proprio la diversità dell'impatto con il messaggio sapienziale sotteso al diritto romano-comune nelle tre regioni linguistiche spiega (almeno parzialmente) la mancanza di un rapporto conclusivo svizzero nell'ambito dell'iniziativa citata *supra*, nota 1. Chi scrive si affida per una volta ai ricordi personali e non ha dimenticato le accese discussioni degli anni Settanta del secolo scorso con i compianti maestri e colleghi Alexander Beck, Philippe Meylan e Ugo Nicolini, conclusesi purtroppo con un nulla di fatto.

<sup>113</sup> «Schweizerische Juristen-Zeitung», 102 (2006), p. 23.

sistenza di questa affermazione contrapponendola alle testimonianze (coeve) di due grandi giuristi svizzeri dell'Ottocento, ossia Friedrich Ludwig Keller e Johann Caspar Bluntschli. Allievi prediletti di Savigny, attivi dapprima a Zurigo, poi in grandi università tedesche, avviarono in gioventù quelle riforme istituzionali e legislative, che a lungo andare conferirono un'aura scientifica alla tradizionale prassi giuridica zurighese prima, federale poi<sup>114</sup>.

Cominciamo dal secondo. Inaugurò la carriera universitaria nella sua città natale insegnando diritto romano, non però come era costume professarlo nelle università tedesche, sebbene «nach Schweizer Art»<sup>115</sup>. Ossia preferendo alla conoscenza delle leggi imperiali quella degli scritti dei giuristi classici<sup>116</sup>. L'aveva indotto a questa scelta non solo l'esempio di Keller<sup>117</sup> ma anche (e forse anzitutto) il fatto che la Svizzera non avesse né recepito il diritto comune<sup>118</sup>, né di conseguenza riconosciuto il *Corpus iuris* quale fonte di diritto positivo<sup>119</sup>. Il paese si accontentò dunque di meno, di un influsso indiretto, esterno e superficiale. Di sole “parole” ed “espressioni”, in realtà “ciarpame” di poco valore<sup>120</sup>, aggiustato alla buona e senza troppi riguardi per il modello originale. Se poi queste affermazioni non bastassero a documentare la *singolarità* della reazione svizzera all'avanzata dell'onda sapienziale, allora dovremmo riesumare gli allori che Bluntschli si meritò codificando il diritto privato del suo Cantone. Il *Privatrechtliches Gesetzbuch* (PBG), zurighese, entrato in vigore fra il 1854 e il 1856, ovunque riconosciuto quale opera magi-

<sup>114</sup> Fu Bluntschli a indicare in Keller «den ersten Begründer und Bildner einer wissenschaftlichen schweizerischen Jurisprudenz» (J.C. Bluntschli, *Erinnerung an Friedrich Ludwig Keller*, estratto dalla terza annata [1861] della «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», München 1861, p. 15). Di Keller si occupa la recentissima, splendida opera di T. Weibel, *Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich*, Zürich 2006, recensita da W. Ernst in «ZRG», Romanistische Abteilung, 125 (2008), pp. 688-695.

<sup>115</sup> J.C. Bluntschli, *Denkwürdiges aus meinem Leben*, I, Nördlingen 1884, p. 150.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 150-151.

<sup>117</sup> Bluntschli ha sempre riconosciuto i meriti di Keller, anche quando la lotta politica, che li vide in campi opposti, aveva distrutto l'iniziale armonia. Ricorda dunque come il maestro insegnasse diritto romano «nur mit erheblichen Modifikationen» e comunque non come se fosse «eine geltende Gesetzgebung»: così in *Erinnerung* cit., p. 5; Bluntschli, *Denkwürdiges* cit., I, p. 38; Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zürich 1862<sup>3</sup>, p. 46.

<sup>118</sup> Bluntschli lo ribadì spesso: per esempio in «Beobachter der östlichen Schweiz», numero del 26 gennaio 1844; oppure in *Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht*, in «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft», 2 (1880), pp. 337-358, specialmente 339. Vi accennano esplicitamente H. Oppikofer, *J.C. Bluntschlis Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung*, in «ZSR», 60 (1941), pp. 361-382, specialmente 365-366, 370-371; Lautner, *Bedeutung* cit., pp. 38-45.

<sup>119</sup> *Denkwürdiges* cit. I, pp. 37, 151, 152, 200; Bluntschli, in «Monatschronik der Zürcherischen Rechtspflege», 6 (1835), pp. 180 (proprio in ciò si coglie, afferma qui Bluntschli, «ein durchgreifender Unterschied zwischen den Rechten der deutschen Schweiz und denen Deutschlands»). Quanto poi all'opportunità di considerare tuttavia diritto vigente le costituzioni imperiali, Bluntschli non misura le parole: la considera «von jeher eine Thorheit» (così in *Der Bayerische und der sächsische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 3 [1861], pp. 421-446, la citazione a p. 429).

<sup>120</sup> Nel testo originale «Worten», «Ausdrücke», «Wortkram»: «Monatschronik der Zürcherischen Rechtspflege», 6 (1835), p. 181.

strale<sup>121</sup>, nacque infatti sotto lo sguardo occhiuto di Savigny. Non lo ritenne blasfemo e non lo folgorò, come si era abituato a fare dal 1814 in poi. Lo vide persino di buon occhio. Ma perché mai? È presto detto: perché a differenza di tutti gli altri codici pensati, proposti e realizzati in paesi finora retti dal diritto comune, quello di Zurigo né intendeva contestare, né aspirava a sostituirsi al primato di questo diritto; non intendeva cioè opporsi a una tradizione scientifica, già perché questa *in realtà non esisteva*. Mirava piuttosto a *instaurarla*, questa tradizione, facendo ovviamente tesoro di tutte quelle verità, che la scuola storica aveva nel frattempo formulate e diffuse.

Quanto poi a Keller – l'unico romanista che Savigny nel 1846 ritenne degno di aspirare alla "sua" cattedra berlinese<sup>122</sup> – la testimonianza è ancora più solare. Quella sottesa al suo insegnamento zurighese<sup>123</sup>, come quella offerta da una rara confidenza, nascosta in una pagina del manuale delle Pandette, pubblicato postumo nel 1861<sup>124</sup>. Dopo aver incitato i destinatari del manuale, quindi anzitutto i suoi studenti berlinesi, a non lasciarsi schiacciare dalla mole e dal peso della tradizione, delle fonti e della dottrina; dopo averli esortati a dominare la materia, osservando come le regole astratte si intrecciano con le esigenze concrete della vita, in un continuo alternarsi di posizioni, soggiunte testualmente, rievocando le esperienze vissute in patria:

Ich sage das nicht, weil ich es von Anderen gehört oder es mir selbst a priori construiert hätte. Nein, ich hatte lange Jahre die Gelegenheit, davon die praktische Probe zu machen. Meine früheren Verhältnisse brachten es mit sich, dass ich theoretisch und praktisch mit einem Rechtssystem zu thun hatte, welches der Gesetze und der Literatur fast gänzlich entbehrte. Die Beobachtung des Lebens und des Verkehrs der Menschen war da beinahe meine einzige Quelle, *und ohne diese hätte ich wahrlich stillschweigende Vorlesungen halten müssen*<sup>125</sup>.

6.3. Chi legga il testo del nostro autore e rifletta sulle tesi che formula, prima o poi si interroga: per quale motivo da tempo<sup>126</sup>, a intervalli più o meno regolari, si indaga sul destino del diritto romano in Svizzera, massime su quello della scienza che se ne occupò? C'è una molla che segretamente preme, uno stimolo che periodicamente spinge gli storici a occuparsene? Come altrimenti spiegare la ricorrente attrattività del tema? Cerco anch'io una risposta a questo interrogativo, che non solo metta un punto finale alla lettura critica del saggio di Bühler, ma apra altresì una prospettiva a future ricerche.

<sup>121</sup> Basti a documentarlo il rinvio alle riflessioni di Liver, *Allgemeine Einleitung* cit., pp. 24-27.

<sup>122</sup> L. Jelowik, *Friedrich Ludwig Keller: seine Berufung nach Halle und Berlin im Spiegel des Briefwechsels berühmter Zeitgenossen*, in «ZSR», 111 (1992), I, pp. 441-457, in particolare p. 455.

<sup>123</sup> Si veda *supra*, nota 117.

<sup>124</sup> Friedrich Ludwig von Keller, *Pandekten. Vorlesungen*, aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Emil Friedberg, Leipzig 1861.

<sup>125</sup> *Ibidem*, Einleitung, p. XXIV (corsivo mio).

<sup>126</sup> La prima opera dedicata specificamente a questo tema è la rassegna di E.R. Frey, citata *supra*, nota 94.

A me pare dunque che le ricerche germogliate un po' ovunque sul continente in sequela all'ambizioso programma IRMAE (*Ius Romanum Medii Aevi*) – meritorie e di regola non solo riassuntive – abbiano purtroppo provocato anche qualche ricaduta negativa. Una riguarda la Svizzera. Dopo aver infatti scoperto che l'evoluzione medievale, quella che chiamiamo la pre- o protorecezione, fu più intensa di quanto creduto finora<sup>127</sup>, anche queste nuove ricerche dovettero purtroppo confermare che in epoca moderna la parabola si era incrinata, non aveva avuto quel seguito vincente, che gli storici magari auspicavano. Quanto davvero successe dispiacque, fu dunque da loro descritto facendo capo a quella terminologia negativa, che ho già ricordata: ristagno, declino, tramonto<sup>128</sup>. Questi sembrando i tratti caratteristici di un paese, che aveva sprecata l'occasione più unica che rara di associarsi a un itinerario promettente, perché finalmente civilizzatore. Di qui l'isolamento imbarazzante e mal sopportato, poiché vissuto quale costante mancanza di qualcosa di essenziale. Che gli altri, i paesi contigui, avevano e che a noi purtroppo faceva difetto. Qualcuno reagì, è vero. Fu così documentata l'attività di autori e traduttori, la circolazione di opere, l'episodica presenza di giuristi nelle amministrazioni cittadine, lo sporadico intervento di giudici togati, avvocati e notai. Poca cosa, magari; ma comunque un segno di vita<sup>129</sup>.

Alla radice di questa situazione, che il nostro autore ha tentato di raddrizzare; quindi anche a monte dei malumori, che tuttora provoca, come dei complessi di inferiorità, che spesso l'accompagnano, stanno secondo me attese improvvidamente concrete: quelle nutrite da chi si era gettato a capofitto nella ricerca, convinto com'era di poter tosto documentare una vivace presenza della scienza giuridica *anche* nella vita del nostro paese. Attese che, come spesso capita<sup>130</sup>, condizionarono forse oltre misura le ricerche; le orientarono nella direzione reclamata dall'esito auspicato, a esclusione di tutto quanto, pur interferendo, non poteva, non doveva "servire". Fallito ugualmente l'affondo per mancanza di riscontro nella realtà, la delusione fu grande, lo scorno pure. Spiegano, dicevo, gli accenti negativi usati per caratterizzare l'isolamento del paese.

Vista la piega assunta dalle cose e per trovare una via d'uscita a questo spiacevole stallo, può essere utile rileggere quella splendida pagina autobiografica, nella quale Bluntschli descrisse la sua conversione, ossia come dopo aver inizialmente insegnato diritto romano all'università si sentisse lentamente attirato dal diritto *locale*, nel quale si era già imbattuto durante l'a-

<sup>127</sup> Si veda *supra*, nota 11.

<sup>128</sup> Si veda *supra*, note 13 e 14.

<sup>129</sup> A dimostrazione del fatto che il ristagno, nemmeno in punto al destino della scienza giuridica, non fu totale. Si veda il consuntivo equilibrato e condivisibile di C. Soliva, *Das eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft in der Schweiz des 18. Jahrhunderts*, Wiesbaden 1969, pp. 180-183; Caroni, *Vaterländisches Recht* cit., p. 197.

<sup>130</sup> Caroni, *Solitudine* cit., pp. 76-77 *et passim*.

lunnato giudiziario. Era il diritto che bene o male disciplinava, ancora nella prima metà dell'Ottocento, la vita della città come del territorio circostante. Non concedeva spazio al diritto comune, nemmeno lo tollerava quale comprimario. Ma non era per questo spurio o figlio dell'ignoranza. Rispecchiava piuttosto certezze maturate nel tempo e teneva conto di nuove sollecitazioni: magari artigianalmente, ma con grande efficacia<sup>131</sup>. La sua alterità aveva, ai tempi di Bluntschli, un nome, che nel frattempo non è più di moda: era diritto *tedesco* (o *germanico*). Oggi preferiamo parlare del diritto di una società repubblicana, che per secoli in esso, nella sua gestione comunitaria e nel suo aggiornamento costante ma pragmatico, bene o male si è rispecchiata. Quindi non era sofisticato, ma popolare; nemmeno era diventato appannaggio di un ceto o di un gruppo professionale, ma era rimasto retaggio della coscienza comune. Detto in altre parole: documentò per secoli che, date concrete premesse di natura costituzionale, una vita del diritto al difuori dell'alveo scavato dalla scienza giuridica, priva dunque di un involucro sapienziale, era pensabile, possibile, persino ragionevole e appropriata. Una vita né inferiore a quella gestita da giusperiti, né disprezzabile, ma di uguale dignità. Meritevole almeno di quel rispetto, con il quale persino Savigny ne aveva parlato<sup>132</sup>.

Per tutti questi motivi mi chiedo, concludendo il mio ragionamento: se in epoca moderna *questa* fu la natura del nostro diritto privato, perché non prenderla sul serio, non studiarla, facendone risaltare la sua originalità, la sua alterità? Perché spesso, invece di prenderla di petto, quasi ce ne vergognamo, la soffochiamo, quando non tentiamo di “nobilitarla” andando alla ricerca di (improbabili o pretestuosi) correttivi, ovviamente romanistici? Eugen Huber e Ulrich Stutz, le icone citate inizialmente, si riconoscevano ancora nella fortunata metafora della “continuità germanistica”<sup>133</sup>. Senza

<sup>131</sup> Bluntschli, *Denkwürdiges* cit., I, p. 151: «Aber allmählich nahmen meine Studien eine andere Richtung, die mich von dem römischen Rechte weg und der Bearbeitung des nationaldeutschen Rechts zuführte. Die nähere Bekanntschaft mit dem Zürcherischen Rechte, welche ich in der gerichtlichen Praxis gewonnen hatte, überzeugte mich, dass dasselbe nicht aus dem römischen, sondern in allen seinen Grundbegriffen nur aus dem deutschen Rechte zu erklären sei. In der Schweiz war das alte deutsche Recht dem neuen Bedürfnisse gemäss volkstümlich fortgebildet und diese Entwicklung war nicht, wie in Deutschland, durch die Reception des römischen Rechts durchbrochen und gestört worden. Die schweizerischen Gerichtshöfe waren niemals von bloss gelehrten, auf den Universitäten zum Gehorsam gegen das kaiserlich römische Gesetzbuch erzogenen Berufsrichtern besetzt worden. Es blieben in den Gerichten auch unstudierte Männer aus dem Volk sitzen, und sie sprachen und entschieden mit bei dem Urteil. Es konnte daher nie die lateinische Rechts- und Gelehrtensprache die gemeinverständliche deutsche Volkssprache verdrängen, wie das in Deutschland allerdings geschehen ist».

<sup>132</sup> Vi aveva accennato a due riprese, per descrivere una realtà poi superata dall'emergere e dall'affermarsi della scienza giuridica. Anzitutto nel *Beruf* cit., pp. 11-12, più tardi in conclusione della rassegna *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», 3 (1817), pp. 1-52, specialmente p. 45.

<sup>133</sup> Si veda anzitutto *supra*, nota 6. Fra gli autori, che videro nel Codice Civile Svizzero (CCS) del 1907 un codice di stampo germanistico va ricordato anzitutto A. Egger, per esempio in *Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit bes. Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen», 2 (1908-1909), pp. 111-121; oppure in *Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*,

complessi, persino con piacere. Oggi, è vero, preferiamo magari metafore meno ambigue. Ma il tema, sul quale riflettere, è rimasto invariato: è quello del diritto privato di un paese che a lungo fece meno della mediazione sapienziale, senza venirne per questo penalizzato. Urge secondo me conoscerlo meglio, seguirne l'evoluzione, descriverne l'intrecciarsi con l'emergere di nuove attese, appurare come, in pieno Ottocento, confluì nei codici senza venirne snaturato, ma assumendo ugualmente nuove valenze. *Questi* sono secondo me i quesiti, sui quali siamo chiamati a riflettere. Senza rincorrere fantasmi e senza rimpiangere appuntamenti in apparenza mancati; ma anche senza sconfessare il contesto repubblicano, che li incorniciò durevolmente.

Rektoratsreden 1912 und 1913, Berlin 1913, p. 31. Sul declino della visione germanistica, al quale si accenna marginalmente nel testo, si veda ora F.L. Schäfer, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt a.M. 2008; L. Waelkens, *Droit germanique: La fin d'un mythe?*, in «Revue historique de droit français et étranger», 87 (2009), pp. 415-426.