



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/IV

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America**

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

Diritti antichi e diritti primitivi in Henry Sumner Maine

di Stefano Berni

1. Positivismo e evolucionismo

Professore di *jurisprudence e civil law* a Cambridge e agli *Inns of Courts* di Londra, Henry Sumner Maine (1822-1888) è membro giuridico del Consiglio del Viceré in India dal 1862 al 1869. Scrive numerose opere che trasversalmente interessano ambiti storici, giuridici, antropologici, sociali. È per questa capacità di condensare interessi così disparati e riassumere con originalità gli esiti di tali ricerche che Maine è considerato tra i padri della sociologia giuridica.

Maine vuole introdurre innanzitutto un rapporto col diritto romano che «appariva del tutto estraneo» alla tradizione anglosassone¹. All'interesse di Maine per il diritto romano non corrisponde però una adeguata preparazione. D'altronde *Ancient Law* non vuole essere un trattato di diritto romano, anche se Maine pretende di utilizzare le sue conoscenze in vista di un «rinnovamento» e una rivitalizzazione del sistema giuridico inglese.

È parimenti riconoscibile l'influenza della scuola storica tedesca. Come osserva Faralli nella sua presentazione a *Ancient Law*, l'idea evolucionistica presente nell'opera di Maine «ha fatto sì che fossero posti in secondo piano alcuni motivi di fondo della sua opera, quali la diffidenza per le sistemazioni concettuali troppo rigide, il rifiuto di ogni apriorismo, la consapevolezza della storicità come valore intrinseco del diritto»². Ancor più chiaramente su questo punto si esprime Grossi che scrive: «In Maine, il rifarsi a modelli interpretativi evolucionistici – che sono nell'aria della cultura inglese degli anni '50 – è sempre bilanciato e corretto da uno storicismo – appreso dalle pagi-

¹ H.S. Maine, *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano 1998 (*Ancient Law*, London 1861). La frase citata è di L. Capogrossi Colognesi, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1997, p. 39. Sul raffronto tra diritto romano e diritto inglese si veda M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano 2003.

² C. Faralli, *Presentazione*, in Maine, *Diritto antico* cit., p. VI (Sez. I, «Henry Sumner Maine nella cultura giuridica dell'Ottocento»).

ne dei tedeschi – che attenua e stempera la rigidità di un'interpretazione strettamente evolutiva»³.

Tale approccio storico alla cultura antica consente di rintracciare in Maine uno spiccato senso della relatività, ossia della diversità tra il proprio tempo culturale e altri tempi storici e culturali. Egli intuisce che «le istituzioni primitive non possono essere interpretate in base alla mentalità che il ricercatore civilizzato trasferisce in esse, poiché la sua mentalità è il prodotto di un diverso sistema di istituzioni»⁴. Non si tratta tanto di risalire all'origine del diritto, ma di indagare e descrivere gli eventi storici in modo, per così dire, *fenomenologico*. Il positivismo, ereditato da Comte, ma attraverso la mediazione di Stuart Mill, non rifiuta la psicologia, anzi si trasforma in una sensibilità ai moventi e agli interessi degli uomini: «Maine analizza il processo psico-sociale nelle sue determinazioni concrete, cerca che cosa *effettivamente* abbiano sentito e pensato gli uomini»⁵.

Pertanto Maine è piuttosto cauto nel sostenere un progresso lineare delle civiltà, anche se riconosce nella società occidentale la peculiarità, rispetto alle altre culture, di una crescita sociale, scientifica e tecnologica. Ciò gli permette di indagare il *continuum* storico supponendo che vi sia stato nell'Occidente un periodo, risalente proprio ai Romani, in cui il diritto abbia posto le basi di quel processo evolutivo che avrebbe poi modificato e migliorato la società successiva. Si rileva un doppio lavoro di scavo archeologico: interno, rispetto alla ricerca dei cambiamenti del diritto; esterno, in riferimento alle dinamiche sociali condizionanti il diritto stesso. Come scrive Diamond,

Maine focused attention not only on the way in which law adapts itself to the changing conditions of the larger society but on the way in which legal systems reform themselves, develop their own *internal* means of propagating innovation flexibility and the capacity to respond to changing social circumstances⁶.

Con questo metodo archeologico è possibile studiare «le forme primitive delle concezioni giuridiche» che «sono per il giurista ciò che gli strati più

³ P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, p. 24. Sulla conoscenza da parte del giurista inglese dell'opera di Savigny, citata in *Ancient Law*, si veda L. Pospisil, *Anthropology of Law: a Comparative Theory*, New York 1971; J.W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge 1968; A. Negri, *Il giurista nell'area romantica di fronte all'etnologia giuridica*, Milano 1983; G. Feaver, *From Status to Contract. A biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, London 1969.

⁴ E. Evans-Pritchard, *Introduzione all'antropologia sociale*, Bari 1975 (New York 1950), p. 46. Sul tema si veda K. Mantena, *Alibis of Empire. Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton 2010.

⁵ G. Dallari, *Di una legge del progresso giuridico*, Torino 1905, p. 22. Sull'unità psichica dell'umanità da cui risalirebbero le azioni giuridiche discute anche B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Milano 1928.

⁶ A. Diamond, *Maine's Three Agencies of Legal Change*, in *The Victorian Achievement of Sir H. Maine*, edited by A. Diamond, Cambridge 1991, p. 250.

antichi della crosta terrestre sono per il geologo»⁷. Maine, infatti, si affida ai metodi della geologia, della filologia, della biologia, ossia di scienze considerate sobrie, pragmatiche, empiriche, basate sull'osservazione di dati certi. Ciò fa supporre che dietro il suo pensiero vi sia anche la conoscenza della scuola scozzese che gli consente di assumere il punto di vista empirico-scientifico non tanto per evitare «qualsiasi ulteriore approfondimento» di «modelli evolutivi alternativi»⁸, quanto per non azzardare arbitrariamente tesi universali rispetto ai dati di partenza.

L'influenza positivista ed evolucionista è dunque evidente e accertata, ma è un positivismo in cui si guarda meno alla generalizzazione e all'astrazione e più pragmaticamente agli eventi storici. Come scrive acutamente Fassò «l'opera dei giuristi storico-positivisti come il Maine continua quella della scuola storica del diritto, anche quando non si ricollegli ad essa, per la costante aderenza al dato concreto»⁹.

2. Diritto antico e diritto primitivo

Tale metodo archeologico è indistinguibile da quello storico e serve per comprendere sia il presente sia il passato: «l'osservazione diretta viene così in aiuto all'indagine storica»¹⁰. Si possono studiare le società primitive ancora preesistenti o passate, perché esse sono paragonabili «all'infanzia del genere umano». Così si può capire meglio il nostro presente e come si è giunti alla nostra attuale civiltà: il diritto antico rappresenta questa infanzia. Per Maine, non si incontrano fin da subito legislatori, leggi formali, comandi o sanzioni; «a malapena il diritto ha raggiunto la saldezza di una consuetudine, più che altro di un'abitudine»¹¹. Nel diritto antico «l'elemento religioso ebbe ragione di regola, di quello militare e politico»¹²: pertanto si riconosce il pensiero primitivo dal fatto che esso non distingue tra diritto e morale, diritto e religione. Saranno proprio i Romani ad adottare per tempo quelle leggi che non rimangono circo-

⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 6. Molte delle critiche rivolte a Maine riguardano il fatto che non abbia sufficientemente approfondito lo studio delle popolazioni primitive non occidentali. Così per esempio si esprime J. Lubbock, *L'origine dell'incivilimento*, Torino 1875 (London 1870).

⁸ L. Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008, p. 148.

⁹ G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna 1994, p. 139.

¹⁰ H.S. Maine, *Metodo storico e metodo comparativo*, in H.S. Maine, *Società primitiva e diritto antico*, a cura di A. Cassani, Faenza (Ravenna) 1986, p. 220. Come sottolinea bene A. Cassani, *Diritto, antropologia e storia*, Bologna 2002, «il metodo comparativo è svincolato (almeno nelle intenzioni) dai postulati evolucionistici di un McLennan o di un Morgan» (p.10). «Vi è quindi una sostanziale incommensurabilità, in Maine, tra scienza comparativa e teoria del progresso» (p. 14) in quanto quest'ultima riguarda un'eccezione: la società occidentale. Spiegare perché l'Occidente abbia percorso la strada del mutamento, è impresa ardua, e forse non è sufficiente, almeno per Cassani, invocare la «mutazione giuridica» (p. 55).

¹¹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 10.

¹² *Ibidem*, p. 12.

scritte a una casta ma vengono scritte e adottate da tutti. Solo questo permetterà il progresso dell'Occidente¹³. Le leggi romane hanno funzionato come catalizzatore e acceleratore dei mutamenti delle relazioni sociali. Il diritto in Occidente, grazie ai Romani, diviene così sempre più consapevole, deliberativo, oggettivo, pubblico e permette alla nostra società di essere una delle poche «società progressive» rispetto a tutte le altre che sono «società statiche»¹⁴. Scrive Maine: «La condizione stazionaria della razza umana è la regola mentre la condizione del progresso è l'eccezione»¹⁵. Tale affermazione dovrebbe smussare l'idea che nel giurista inglese sia presente un evoluzionismo ottimistico dell'umanità. Se l'evoluzione vi è stata, ha riguardato solo una parte dell'Occidente, e non sempre è stata lineare ma spesso ha proceduto per salti; e qualche volta si è assistito anche a regressioni. Pertanto la famosa frase di Maine, che mostrerebbe il passaggio «dallo status al contratto», riguarda al limite solo l'Occidente. Decadono dunque le critiche di vari antropologi al giurista inglese che si affannano a dimostrare l'inconsistenza di un percorso simile in altre culture¹⁶. Come rileva Lowie, Maine «respinge l'idea che la società umana percorse ovunque la stessa serie di cambiamenti»¹⁷.

Ciò è dimostrabile, per Maine, sia attraverso le testimonianze di relazioni di osservatori contemporanei su civiltà meno avanzate della nostra, le quali hanno conservato *tracce, sopravvivenze, rudimenti*¹⁸ della loro storia

¹³ Si veda E. Cantarella, *H.S. Maine e il diritto romano*, in Maine, *Diritto antico* cit., p. XXXI.

¹⁴ Maine, *Diritto antico* cit., p. 22. Sarebbe possibile supporre che questa distinzione si sia palesata in Maine dopo la lettura o la ricezione del pensiero sociologico di Comte e di Spencer. Si veda ancora Burrow, *Evolution and Society* cit., pp. 162-166, e P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3 (*La civiltà liberale*), Bari-Roma 2001, che ricostruisce il pensiero del primo Spencer in cui sono già presenti, secondo noi, le critiche al positivismo giuridico benthamiano, l'importanza della consuetudine rispetto alla formalizzazione e il passaggio di società di tipo militare a quelle di tipo contrattuale, da società stazionarie a società progressive (pp. 48-54). Ciò non impedirà a Spencer di avvalersi degli studi di Maine (p. 60). Tuttavia, a nostro avviso, i primi lavori di Spencer «sembrano» anticipare la formulazione di Maine che sarà poi ripresa di nuovo dal sociologo inglese. J.D.Y. Peel, *Maine as an Ancestor of the Social Sciences*, in Diamond, *The Victorian Achievement* cit., p. 183, scrive: «Maine's status/contract dichotomy, though later than Spencer's, owes nothing directly to it, but was in fact easily taken up by Spencer in later expressions of his own system». Vi era in ogni caso un'idea che ormai circolava nello spirito del tempo. Si veda M. Koskenniemi, *The Gentle of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge 2002.

¹⁵ Maine, *Diritto antico* cit., p. 23.

¹⁶ Sul tema, V. Ferrari, *H.S. Maine precursore della sociologia del diritto*, in Maine, *Diritto antico* cit., pp. XXXVII-LI. La comparazione tra culture è costante in Maine, tanto che E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976 (München 1913), lo definisce «il padre della scienza del diritto comparato» (p. 47).

¹⁷ R. Lowie, *Storia della teoria etnologica*, Roma 1996 (Austin 1937), p. 51.

¹⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 96. Sarà nei suoi scritti successivi che Maine cercherà di ampliare la conoscenza dei diritti di civiltà primitive antiche. In *Lectures on The Early History of Institutions*, London 1874, ribadisce la sua posizione patriarcalistica: «The notions of Power and Consanguinity blend, but they in nowise supersede one another. We have a familiar example of the mixture of ideas in the subjection of the smallest group, the Family, to its patriarchal head» (p. 68), con grande disappunto di K. Marx, *Quaderni antropologici. Appunti da L.H. Morgan e da H.S. Maine*, Milano 2009 (Amsterdam 1972), che commenterà negativamente il libro come una proiezione della famiglia borghese inglese sull'antichità (pp. 232-303).

primitiva, sia risalendo, attraverso documenti storici, ai diritti antichi. La scuola storica, in cui si riconosce il giurista inglese, «è anche la più forte e naturale avversaria della scuola del diritto naturale»¹⁹ giacché quest'ultima è incapace di ricostruire storicamente il succedersi degli eventi, non osservando la realtà storico-effettuale ma formulando solo mere congetture.

3. *La teoria patriarcale*

Questi studi di «giurisprudenza comparata»²⁰ conducono Maine a supporre che le condizioni primitive della razza umana siano rubricabili sotto la «teoria patriarcale», in cui, in un ristretto gruppo di consanguinei, dominava il maschio più forte, solitamente il padre. Se studiamo comparativamente i popoli Ebreo, Greco, Romano, Indù, Slavo non si può non riconoscere il carattere patriarcale di tali civiltà. Secondo Maine, in questi popoli, ogni proprietà passa di padre in figlio, come si racconta nei primi capitoli della *Genesis*. Inizialmente «la società primitiva era una *aggregazione di famiglie*»²¹. Ma «la famiglia patriarcale non è solo una comunità domestica, ma è anche un'entità politica»²² e per questo motivo vi è un trasferimento del potere, oltre che delle sostanze, che coinvolge il primogenito. Altrimenti vi sarebbe il rischio che l'autorità politica sia messa in crisi e con essa la coesione sociale e la sopravvivenza del gruppo. Se oggi l'unità della società è l'individuo, anticamente tutto dipendeva dal gruppo, pure l'elevazione e il degrado morale. In una società basata principalmente sulla famiglia, si afferma lentamente ma progressivamente la convinzione che tutti discendano da un antenato comune. Vi è la credenza errata, insomma, che tutta la comunità appartenga a una stirpe comune. Tale idea è una *finzione legale*, in quanto nella realtà i racconti stessi che circolano nelle tribù, riferiscono di stranieri ammessi nella società. Il contatto fra tribù, e la loro relativa contaminazione,

¹⁹ G. Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano 1980, p. 53.

²⁰ Maine, *Diritto antico* cit., p. 97. Per Cassani, *Diritto, antropologia, storia* cit., nel pensiero di Maine «l'esigenza comparativa era soddisfatta dallo stretto parallelismo tra la storia del diritto romano e quella del diritto inglese: che cosa poteva esservi, per un vittoriano, di più ovvio di un confronto tra le due grandi nazioni progressive dell'antichità e dell'era moderna?» (p. 58).

²¹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 100. Secondo I. Vanni, *Gli studi di H.S. Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona 1892, su questo punto Maine sbaglierebbe, perché l'uomo non sarebbe potuto sopravvivere in un piccolo nucleo familiare. Pertanto la famiglia sarebbe il risultato e non l'origine della civiltà (pp. 35-37). Maine si difende dallo stesso tipo di accuse mossegli principalmente da McLennan, da Morgan e da altri antropologi, avvalendosi, oltre che dei suoi studi storici, dell'autorità di Aristotele circa l'importanza della famiglia e del potere del padre. Anche H. Spencer, *Principi di sociologia*, Torino 1988 (London 1876), attacca Maine sostenendo che la famiglia oggi appare in una forma monogama ma prime e più antiche risultano essere le forme poliandriche e poliginiche. Inoltre non tutti i popoli rispettano il potere del padre. Infatti «si trovano in varie parti del mondo gruppi sociali senza capi. L'autorità politica non comincia sempre dall'autorità patriarcale» (p. 797).

²² Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alla società civile* cit., p. 164.

è testimoniato continuamente, e «dappertutto scopriamo nella loro storia tracce del passaggio di uomini di origine estranea che furono ammessi nella comunità originaria e con essa si amalgamarono»²³. Si veda a Roma la pratica dell'adozione. Per meglio unirsi e per accettare l'altro, necessita ricorrere alla finzione legale: «L'espedito preferito a quei tempi, era che la popolazione immigrante fingesse di discendere dallo stesso ceppo della popolazione in cui si innestava»²⁴. Attraverso le adozioni si cementano le unioni tra gruppi politici e si stabiliscono dei legami di parentela. La famiglia inserisce costantemente, attraverso l'adozione, stranieri che però devono obbedire all'autorità patriarcale.

Benché non vi siano prove certe dell'universalità del potere patriarcale, è evidente che il modello romano della *patria potestas* per Maine si può riscontrare *mutatis mutandis* in molte altre comunità, anche se «occorre rilevare che in lui vi è un'esplicita limitazione della teoria patriarcale al mondo indo-europeo e quindi – a differenza che in Bachofen – non vi è alcuna pretesa di universalità»²⁵. Tuttavia per il giurista inglese il sistema del diritto arcaico si fonda sull'agnazione e «il fondamento dell'agnazione non è il matrimonio bensì l'autorità del padre»²⁶. La donna è sempre subordinata ai parenti di sangue in linea maschile²⁷.

²³ Maine, *Diritto antico* cit., p. 102. Sull'idea di parentela, ora intesa come consanguineità ora come affinità nei gruppi primitivi, si veda M. Ariotti, *Introduzione all'antropologia della parentela*, Bari-Roma 2006.

²⁴ Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alla società civile* cit., p. 103. Contro l'idea di Bentham secondo la quale la finzione giuridica è menzognera, Maine ne rivaluta il carattere culturale ed effettivo. Si veda L.M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna 1978 (New York 1975).

²⁵ F. Remotti, *Temî di antropologia giuridica*, Torino 2006, p. 17.

²⁶ Maine, *Diritto antico* cit., p. 116. Per una critica al patriarcalismo di Maine e per un'origine matriarcale anche nella società romana, si rimanda a G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1999.

²⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 122. È interessante notare che la tesi patriarcale di Maine non ha una origine teologico-politica, né va vista come fondamento simbolico della società occidentale sulla base del diritto canonico così come è stata rilanciata recentemente dal giurista francese Pierre Legendre. Anche la teoria patriarcale come era stata teorizzata nella modernità, per legittimare il potere temporale e spirituale dei re, soprattutto in Inghilterra con R. Filmer, *Il Patriarca* (London 1680), in J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino 1982, che fonda la sua teoria in particolare sulla *Genesis*, non si basa sulla naturalità della forza maschile. A ciò la nota replica di Locke nel primo dei *Due trattati sul governo* (London 1689), che risponde a Filmer dal punto di vista politico utilizzando altri passi tratti da *Genesis* (Gen. I, 28). È vero che Maine accenna a Filmer a sostegno della propria tesi, ma il ragionamento del giurista appare diverso dall'impostazione filmeriana. «Donald McLennan scriveva – nella prefazione al postumo *The Patriarchal Theory* del fratello John Ferguson McLennan (dedicato alla confutazione delle tesi di Maine) – che la cosiddetta teoria patriarcale era fondamentalmente una teoria della sovranità. Con Sir Henry Maine, invece, era diventata una teoria dell'origine della società» (Cassani, *Diritto, antropologia, storia* cit., p. 99). Vi è insomma in Maine un'idea di natura, non razionalistica ma dedotta dagli studi empirici e storici, per la quale il più forte (l'uomo, per natura) prevale e domina. Inizialmente, questa idea sembra maturare indipendentemente dalle tesi espresse da Spencer e da Darwin, ma poi si consolida con la lettura del pensiero darwiniano. N.D. Fustel de Coulanges, *La città antica*, Firenze 1924 (Paris 1864) invece insiste nell'allontanare l'immagine di un diritto del più forte incarnato nel potere patriar-

Anche tra gli Indù²⁸ e i *clan* della Scozia possiamo riscontrare pratiche simili a quelle romane. Come spiegare tali tratti culturali affini? Maine si convincerà sempre di più che vi sia una base naturale universale, corroborata dalla teoria darwiniana, in particolare sull'interpretazione di un passo dell'*Origine dell'uomo* per la quale, in alcuni primati tra cui l'uomo, comanderebbe, a causa della gelosia, il maschio più forte.

4. La proprietà

Per questo motivo "realistico" si comprende che dividere la terra significa separare la "forza" con la quale difendersi o attaccare e dunque prestare il fianco alla violenza degli altri: «La famiglia diventava più forte se si consolidava nelle stesse mani»²⁹.

Al pericolo della "forza" rispondeva anche l'*occupatio*, istituto su cui i Romani fondano una delle forme originarie della proprietà basata sul possesso. Per il giurista inglese tale pratica risalirebbe alle norme di cattura durante le guerre, quando si ritorna ad uno stato di natura e tutte le leggi sono sospese. Maine osserva che l'idea, per la quale l'occupazione diventa l'acquisizione volontaria di un possesso fisico, «lungi dall'essere una caratteristica delle società primitive, è con tutta probabilità il frutto di una giurisprudenza raffinata e di una condizione oramai stabilita dalle leggi»³⁰. Maine ironizza «sullo strumento miracoloso» della proprietà «su cui riposa tutta la giurisprudenza occidentale»³¹. Insomma, solo in uno stato di diritto si attri-

cale, collocandolo sempre e solo entro una cornice religioso-culturale. Il re stesso, nell'antichità, è tale non perché forte ma perché è investito da una carica religiosa, perché è sacerdote: «Non la forza creò i capi e i re negli stati antichi» (p. 229). Sono comunque così tanti i punti di contatto tra Maine e Fustel de Coulanges, da far supporre una lettura da parte dello storico francese di *Ancient Law*. Per Mario Attilio Levi, *La città antica*, Roma 1989, p. 16, non ci sarebbe stata una conoscenza diretta del secondo sul primo; anche A. Kuper, *The Reinvention of Primitive Society*, New York 2005, scrive: «Despite obvious similarities between the two books, Fustel knew nothing of Maine's work» (p. 51). Si veda anche A. Kuper, *The Rise and Fall of Maine's Patriarchal Society*, in *The Victorian Achievement* cit.; Maine cita Fustel de Coulanges solo in *Early Law and Custom* cit., pp. 57-58.

²⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 175. Sulle analisi antropologiche di Maine sull'India si vedano: L. Acquarone, *Il sistema giuridico dell'India dal dharma al diritto positivo, dalla gerarchia all'individuo*, <www.club.it/culture2002>; L. Acquarone, *Tendenze evolutive del diritto dell'India. Dallo status al contratto e dal contratto allo status*, «Sociologia del diritto» 1 (2003); Diamond, *The Victorian Achievement of Sir H. Maine* cit.; Mantena, *Alibis of Empire* cit. Sulla comparazione antropologica delle tesi di Marx e di Maine si veda L. Dumont, *La civiltà indiana e noi*, Milano 2004 (Paris 1975); Dumont, *Homo hierarchicus*, Milano 2004 (Paris 1966).

²⁹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 178. Sull'acquisizione consapevole del pensiero darwiniano, si veda H.S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, London 1883.

³⁰ Maine, *Diritto antico* cit., p. 194. Qui Maine incontra ancora la critica di Spencer, *Principi di sociologia* cit., p. 794.

³¹ Grossi, *Un altro modo di possedere* cit., p. 59. Anche Pospisil, *Anthropology of Law* cit., p. 146, rimarca l'idea che «this territoriality principle did not assume its dominant unifying role until Maine's next stage – the territorial society» (p. 146). Insomma vi sarebbe una relativizzazione storica anche del nesso terra-potere che confuterebbe l'idea di un diritto di natura di suolo

buisce un riconoscimento giuridico al primo possessore. Un resoconto autentico di ciò che si può ricavare da studi empirici dimostra invece che «il diritto antico non conosce pressoché nulla degli individui». È probabile dunque che il reale istituto arcaico fosse la proprietà congiunta. Se osserviamo «la comunità del villaggio in India, è nello stesso tempo una società patriarcale organizzata e una comunità di comproprietari». Così accade nei villaggi russi³², serbi, croati, sloveni. Perché allora in Europa occidentale l'idea di proprietà si affaccia con le modalità con cui oggi la conosciamo? Probabilmente perché ad un certo punto durante il medioevo la libera circolazione delle merci facilita l'affrancamento dalle cerimonie romane (come la *mancipatio*, e la *res Mancipi* e *res nec Mancipi*)³³, che non permettevano un passaggio rapido di un bene tra persone. Sarebbe insomma il liberalismo e il giusnaturalismo (riprendendo temi del diritto romano) a sviluppare l'idea di un bene proprietario appartenente ad un individuo sovrano, capace di scambiare con un libero contratto la propria merce. Maine

forse per la prima volta metteva in risalto che la sacra distinzione fra il mio e il tuo non era stata così in ogni tempo. Ciò fu uno shock per la mentalità dell'Europeo educato nel clima del XIX secolo con il suo capitalismo individualistico e il suo regime di concorrenza³⁴.

Il lavoro di Maine, in particolare intorno alla proprietà, decostruisce l'idea aprioristica risalente ai Romani della proprietà intesa come *dominium* unitario. Tutto ciò accade non perché siamo di fronte ad un pensatore rivoluzionario, ma semplicemente perché Maine, diversamente dai giuristi continentali abituati a venerare il diritto romano, osserva gli *eventi* alla ricerca di una verità storica. Il metodo archeologico-comparativo gli consente di paragonare i differenti punti di vista e rendersi conto della relatività dei fatti storico-sociali.

(*ius soli*). O meglio vi sarebbe stato un passaggio, una transizione, «from blood to soil», come spiega Kuper, *The Reinvention of Society* cit., p. 3. Ancora una volta e indipendentemente da Maine, Fustel de Coulanges, *La città antica* cit., segnala l'importanza del suolo per i Greci e i Romani. Scrive: «L'idea di proprietà privata era nella religione stessa, in quanto ogni famiglia aveva il suo focolare e i suoi antenati (...) e quest'altare è il simbolo della vita sedentaria; il suo nome stesso lo indica. Deve essere fissato al suolo (...). Così il focolare prende possesso del suolo; questa parte di terra, esso la fa sua, è proprietà sua» (p. 65).

³² Maine, *Lectures on the Early History of Institutions* cit.

³³ Si veda P. Bonfante, *Res Mancipi e Nec Mancipi*, Roma 1888-1889, che riprende l'argomento di Maine. Per Bonfante però è già presente nella popolazione primitiva, come per Spencer, un senso della proprietà individuale distinguibile da un'idea di proprietà comune dell'orda come la terra (p. 275). Si veda al proposito, L. Capogrossi Colognesi, *A cent'anni dalle 'Res Mancipi' di Pietro Bonfante*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 17 (1988), pp. 111-154. Per una prima ricostruzione della recezione del pensiero degli antropologi da parte dei giuristi italiani di fine '800, si veda C. Faralli, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo giuridico*, Bologna 1992; C. Faralli, *Diritto e scienze sociali. Aspetti della cultura giuridica italiana nell'età del positivismo*, Bologna 1993.

³⁴ H.R. Hays, *Dalla scimmia all'angelo*, Torino 1974 (New York 1958), p. 35.

5. *Il crimine*

Anche il crimine rispondeva nel diritto primitivo ad atti di forza collettivi che «coinvolgeva nelle sue conseguenze molte più persone di quante non avessero preso parte alla sua effettiva perpetrazione»³⁵. La storia primitiva del crimine suggerisce a Maine che nelle civiltà antiche la parte relativa al diritto penale rispetto al diritto civile è molto più estesa e importante³⁶. In più, afferma il giurista inglese, il diritto penale delle comunità antiche non si occupa di normare i crimini (*crimina*), ma piuttosto regola un torto subito da una persona ricevendo un risarcimento in denaro per gli eventuali danni (*delicta* o atti illeciti). Nelle tribù germaniche si misura il risarcimento in denaro per ogni ferita o offesa ricevuta. Così accade nelle popolazioni irlandesi e scandinave, per non parlare di quello che riporta il Vecchio Testamento circa le popolazioni semitiche. Vi sono anche leggi che regolano le violazioni contro la religione come in Grecia e a Roma (i “peccati”). Inizialmente il diritto antico interviene con un terzo a regolare la contesa o la vendetta tra due privati. Ciò avviene per esempio nel cerimoniale romano *legis actio sacramenti* in cui per la prima volta si sublima la *vendetta* in un cerimoniale. Nei tempi antichi, diversamente da oggi, afferma Maine, «l'istinto della vittima era la misura giusta per stabilire la vendetta che le spettava»³⁷. La storia del diritto penale prevede dunque un passaggio dall'illecito e dal peccato all'idea di un'offesa allo Stato. Con la nascita di una comunità riconosciuta che incarna su di sé il diritto di giudicare, essa si organizza intorno «ad un proprio apparato di pene e di sanzioni secondo una legge speciale che definisce il criminale e ne stabilisce la punizione»³⁸. In un momento successivo il potere delega la sua forza a commissioni particolari. In un terzo momento il potere non aspetta più la denuncia di un reato ma nomina periodicamente dei commissari. Infine si assiste all'istituzione di camere permanenti quando i giudici non sono più nominati «da quello stesso atto legislativo che istituisce la commissione», ma sono scelti «in un dato modo e da un ceto particolare» e quando «certe azioni in via generale sono definite come reati che, qualora commessi, devono essere puniti come sanzioni specificamente previste per ciascuna di esse»³⁹. Con le parole di Pospisil: «The last stage of the evolution of criminal law, and its complete emancipation from civil law, took place when a permanent commission to deal with crimes was established»⁴⁰.

³⁵ Maine, *Diritto antico* cit., p. 101.

³⁶ *Ibidem*, p. 275. Su questo punto ritornerà anche E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Milano 1962 (Paris 1893), p. 157, profondo ammiratore di Maine. Sul pensiero giuridico di Durkheim si rimanda a R. Marra, *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, Napoli 1986.

³⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 285. Chi critica Maine circa il sistema sanzionatorio è il giurista catanese S. Fragapane, *Il problema delle origini del diritto*, Roma 1896.

³⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 288. Non è completamente concorde con Maine il giurista genovese P. Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino 1895.

³⁹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 288.

⁴⁰ Pospisil, *Anthropology of Law* cit., p. 149.

Anche questo percorso apparentemente evolutivo della storia del diritto penale, in realtà, non è privo di regressioni o cedimenti. Maine manterrà sempre una posizione sospettosa circa il progresso delle società. La conoscenza di culture e di sentimenti di giustizia differenti, in particolare di quella indiana, condurrà Maine a considerare «l'analisi dei concetti giuridici effettuata da Bentham e da Austin inapplicabile al diritto consuetudinario che regolava da secoli la vita della comunità del villaggio dell'India»⁴¹.

6. *Conclusion*

Le forme di relazione e di reciprocità in una società come la nostra – in cui emergerebbe l'individuo, e non sembrano più connesse ai doveri e agli obblighi familistici di onore e rispetto, di difesa del sangue o del clan ma di *contratto*, – non devono essere viste in Maine come «mera astratta esigenza razionalistica, poggiata sul presupposto di naturali diritti soggettivi, né quale fatto iniziale dell'associazione umana; bensì come forma vigente, costitutiva dei vincoli sociali»⁴².

C'è da chiedersi dunque se Maine sia realmente un convinto sostenitore del contrattualismo nella società presente. La sua critica mette in crisi non solo le pretese origini naturali del contratto ma anche l'idea di una libertà individuale alla base del diritto privato. Non dimentichiamoci che Maine è un conservatore, critico della democrazia liberale, che vede in essa una degenerazione rispetto al governo di élite passate⁴³. Proprio nel relativizzare storicamente e culturalmente il contratto, Maine nello stesso tempo lo critica. Come scriveva un allievo di Vanni, Gino Dallari,

La proclamata contrapposizione dei due termini [*status vs contratto*] non risponde al vero. L'arbitrio e la potestà personale, onde lo *status familiare* procedeva, hanno ceduto, per il resto, ad un'altra *forza* d'autorità: all'autorità impersonale e non mutevole della legge»⁴⁴.

⁴¹ Maine, *Società primitiva e diritto antico* cit., p. 158.

⁴² Vanni, *Gli studi di H.S. Maine* cit., p. 22.

⁴³ H.S. Maine, *Popular Government*, London 1885.

⁴⁴ G. Dallari, *L'induzione storica di Henry Sumner Maine*, in *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Torino 1911, p. 145.