

MARIA LUISA BICCARI

BREVI APPUNTI SUL DIRITTO ROMANO  
NELLA CULTURA GIURIDICA AMERICANA:  
A MARGINE DI ALCUNE SENTENZE

SOMMARIO: 1. Realtà di un “diritto romano” in America. – 2. Uno sguardo attraverso alcune sentenze. – 3. Spunti per un confronto continuo.

## 1. Realtà di un “diritto romano” in America

In occasione di un incontro di studio che costituiva una tappa del percorso di realizzazione del progetto SIR – *Scriptores Iuris Romani. Texts and Thought*, Clifford Ando<sup>1</sup> metteva bene in luce come un’approfondita indagine sul diritto romano in America richiedesse una separazione della vicenda storica relativa alla tradizione romanistica e alla sua fortuna nella pratica, dalla storia, vera e propria, degli studi scientifici specificatamente dedicati alla questione<sup>2</sup>. Ed è sotto quest’ultima prospettiva che lo studioso sviluppava allora il suo discorso, pur ammettendo implicitamente l’esistenza di

---

<sup>1</sup> Gli studi di Clifford Ando possono rappresentare un punto di partenza molto interessante per riconoscere quella che è stata ed è la presenza del diritto romano nella cultura giuridica americana. Professore di Lettere, Storia e Diritto presso l’Università di Chicago; Co-Direttore del Centro per lo Studio delle Antiche Religioni dell’Università di Chicago, nonché ricercatore presso il Dipartimento di Studi Biblici e Antichi dell’Università del Sud Africa, David B. and Clara E. Stern Professor, Clifford Ando è infatti uno dei maggiori specialisti di storia romana e religione, pur annoverando tra i suoi interessi lo studio del pensiero politico. Tra la sua vasta produzione scientifica si ricordano senza dubbio *Imperial Ideology and Provincial Loyalty in the Roman Empire*, Berkeley 2000; *Law, language and empire in the Roman tradition*, Philadelphia 2011; *Imperial Rome, AD 193-284: The Critical Century*, Edinburgh 2012; *L’Empire et le Droit. Invention juridique et réalités politiques à Rome*, Paris 2013; *Religion et gouvernement dans l’Empire romain*, Turnhout 2016.

<sup>2</sup> C. ANDO, *Il diritto e i giuristi romani nella cultura giuridica americana*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, p. 99.

tutta una serie di concrete influenze della tradizione giuridica di Roma nel sistema americano, in particolare in rapporto al diritto pubblico, alla proprietà, alle successioni ed altri specifici temi.

È noto che un'attenzione concreta ai principi e ai valori di matrice romanistica, in particolare nell'America Settentrionale, risale al XVII-XVIII secolo, quando la cultura illuministica e il processo di codificazione francese da un lato<sup>3</sup>, la rivoluzione americana dall'altro<sup>4</sup> portarono alla creazione di condizioni favorevoli all'utilizzo delle fonti del diritto romano nella produzione giurisprudenziale e legislativa americana<sup>5</sup>. Tutto questo motivò certamente l'interesse – e, di conseguenza, anche il dibattito scientifico – allo studio dell'ordinamento giuridico romano.

In un discorso tenuto presso l'ordine degli avvocati della contea di Suffolk nel 1821, per esempio, il giudice della Corte Suprema Joseph Story, nel richiamare la necessità di punti di riferimento intellettuali come base fondamentale da cui trarre i principi per “adornare” la giurisprudenza americana del tempo – “*as a mine abounding with the most precious materials, to adorn the edifice of our jurisprudence*” –, esplicitamente si rifaceva alle opere

<sup>3</sup> Il percorso (indiscutibilmente illuministico) che portò alla grande codificazione napoleonica è certamente complesso e articolato: dai tre progetti di codice civile che si susseguirono tra il 1793 e il 1796, tutti ben presto abbandonati, si arrivò all'approvazione definitiva e all'emanazione del codice civile francese nel marzo 1804, seguito nel 1807 dal codice di procedura civile, nel 1808 dai due codici di commercio e di procedura penale, e nel 1810 da quello penale. Cfr., per tutti, G.P. PENE VIDARI, *Storia del diritto. Età contemporanea*, Torino 2012.

<sup>4</sup> Ovviamente una riflessione sulla presenza ed il ruolo del diritto romano negli Stati Uniti d'America deve riconoscere come sua data di inizio la data della Dichiarazione d'indipendenza dall'Inghilterra (Filadelfia, 4 luglio 1776). Com'è noto le ‘colonie’ che si riconossero allora in quella federazione furono 13 (New Hampshire, Massachusset Bay, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Nord e del Sud, Georgia) e ad esse si aggiunsero in seguito altri Stati, di volta in volta, e secondo vicende varie. La Louisiana fu annessa per l'appunto nel 1812: «nella vita politica – scrive C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 101 – l'influenza dell'acquisto della Louisiana fu naturalmente enorme, avendo determinato per gli Stati Uniti un incremento territoriale di circa 2,15 milioni di chilometri quadrati».

<sup>5</sup> Si potrebbe riportare il passaggio in cui Clifford Ando descrive i tre fattori di ordine storico che avrebbero contribuito alla citazione e all'uso del diritto romano negli Stati Uniti: «(1) un predominante sentimento di ostilità verso l'Inghilterra e, non casualmente, una predilezione per la Francia; (2) una profonda ammirazione per il Codice di Napoleone; (3) lo stimolo rappresentato dall'acquisizione del territorio della Louisiana», C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 101.

del Pothier<sup>6</sup>, alle Istituzioni e alle Pandette di Giustiniano<sup>7</sup>. Ma i settori rispetto ai quali Joseph Story invocava l'aiuto del diritto romano (quello che Pound, forse su influenza di Savigny, chiama "il moderno diritto romano"<sup>8</sup>), e cioè – come lo stesso Story dichiara – i contratti, il commercio, le garanzie, stavano subendo l'influenza concorrenziale delle dottrine inglesi che aveva-

---

<sup>6</sup> Com'è noto le Pandette del Pothier (*Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*, Paris, 1748-52) rappresentano il tentativo di disporre in un nuovo ordine i passi del Digesto, ricollocando ogni massima nel punto più confacente. Invero l'opera del Pothier si presenta spesso come una mera riproduzione, seppure rielaborata e ragionata, del Digesto di Giustiniano. Cfr. G. ALPA, *I principi generali*<sup>2</sup>, Torino 2006, p. 100 ss.

<sup>7</sup> «*Connected with this, and, as a mine abounding with the most precious materials, to adorn the edifice of our jurisprudence, is the study of the foreign maritime law, and, above all, of the civil law [...] Where shall we find the law of contracts so extensively, so philosophically, and so persuasively expounded, as in the pure, moral, and classical treatises of Pothier? Where shall we find the general doctrines of commercial law so briefly, yet beautifully laid down, as in the modern commercial code of France? Where shall we find such ample general principles to guide us in new and difficult cases, as in that venerable deposit of the learning and labors of the jurists of the ancient world, the Institutes and Pandects of Justinian?*». Nelle parole di Joseph Story (1779-1845), giudice della Corte Suprema dal 1812 e professore ad Harvard dal 1831, si può leggere una precisazione molto importante: che non è una semplice ammirazione per un 'diritto straniero', ma l'affermazione della concreta influenza del diritto romano sullo sviluppo della giurisprudenza americana. L'invito che lo Story rivolge agli avvocati che vogliono riprendere ed approfondire lo studio del diritto antico diventa così un'occasione per accogliere, con riguardo a specifiche materie, quali per l'appunto il settore commerciale e marittimo o anche la regolamentazione dei contratti, l'indiscussa autorità dei principi del diritto romano: «*The whole continental jurisprudence rests upon this broad foundation of Roman wisdom; and the English common law, churlish and harsh as was its feudal education, has condescended silently to borrow many of its best principles from this enlightened code [...] There is no country on earth, which has more to gain than ours, by the thorough study of foreign jurisprudence. We can have no difficulty in adopting in new cases such principles of the maritime and civil law as are adapted to our own wants, and commend themselves by their intrinsic convenience and equity. Let us not vainly imagine, that we have unlocked and exhausted all the stores of juridical wisdom and policy. Our jurisprudence is young and flexible; but it has withal a masculine character, which may be refined and exalted by the study of the best models of antiquity*»: cfr. J. STORY, *Address delivered before the Members of the Suffolk Bar, at their anniversary, on the 4th of September, 1821, at Boston*, in *The Miscellaneous Writings, Literary, Critical, Juridical, And Political of Joseph Story*, 1835, p. 434-435.

<sup>8</sup> L'espressione '*the modern roman law*' richiama (e forse non è una sorpresa) il 'diritto romano attuale' di Savigny, un'idea che, se codificata soltanto nel 1849 col suo *System des heutigen römischen Rechts* («esso – il diritto romano – ricollega il nostro pensiero giuridico da una parte a un glorioso passato, dall'altra parte al diritto di altre nazioni contemporanee con le quali così noi veniamo a mantenere una unione ugualmente vantaggiosa per ambo le parti»), certamente aveva già avuto modo di insinuarsi nella comunità scientifica della scuola storica.

no cominciato a diffondersi, in particolare attraverso Mansfield<sup>9</sup>, anche nel continente europeo.

In tal senso è senza dubbio significativo che, nel XVIII secolo, e finanche agli inizi del XIX, quella romana non sia stata l'unica radice storica visibile nel diritto americano: c'era un evidente collegamento sia con l'illuminismo francese sia con le teorie inglesi. «Qualunque fossero le forze materiali ed ideologiche che guidarono il processo – scrive Ando –, compreso un certo desiderio scolastico di distinguere il diritto americano da quello inglese, da un punto di vista teorico la storia del diritto romano e del diritto civile negli Stati Uniti in questo periodo non può essere disgiunta dalle tendenze vigenti in Inghilterra»<sup>10</sup>.

Poi, verso la metà del secolo XIX, nel breve giro di qualche decennio, la situazione iniziò a cambiare.

Ciò in parte risulta dalla vicenda editoriale della *Lousiana Law Review*. Gli editori della rivista appena fondata (e siamo nel 1841: la rivista chiuse appena due anni dopo, nel 1843, per poi rinascere, rimodernata, nel 1938) avevano inviato il primo numero che conteneva un articolo su Savigny (il quarto conteneva un “profilo di storia del diritto romano”) ad una serie di giuristi illustri, tra cui Joseph Story e James Kent, per averne una recensione, sperando logicamente in una recensione positiva, dal momento che si trattava di un'iniziativa editoriale in cui venivano in risalto il diritto romano e lo studio di esso. E positivamente reagiscono sia Kent che Story, ma limitando il proprio entusiasmo verso il diritto di Roma a Giustiniano e

---

<sup>9</sup> Il riferimento è al giurista scozzese William Murray, poi Lord Mansfield (1705-1793), che proprio attraverso le sentenze che pronunciò nei settori del diritto civile e commerciale contribuì a far penetrare nel sistema giuridico inglese principi e regole appartenenti all'ordinamento scozzese, ponendo così le basi per la nascita del diritto comparato: basti citare il caso *Robinson v. Bland* in materia debitoria del 1760, oppure *Fisher v. Prince* del 1762 riguardante una questione di *trover*, o ancora le controversie *Jones v. Randall* del 1774 avente ad oggetto un'azione di *assumpsit*, *Rust et al. v. Cooper* del 1777 per bancorotta fraudolenta, *Barwell v. Brooks* del 1784 a proposito della possibilità di una donna sposata di essere citata in giudizio per debiti contratti in costanza di matrimonio. Di lui scrive U. MATTEI, *Il modello di common law*<sup>4</sup>, Torino 2014, p. 21: «Egli, giudice di *common law* in un momento in cui la pratica di seguire il precedente era divenuta talmente costante da cominciare a confondersi con la teoria dello *stare decisis*, fu estremamente pronto ad ogni cambiamento sostanziale o processuale che servisse allo scopo di mantenere il *common law* al passo coi tempi e con l'*equity*. Questo gli consentì di incorporare, con maestria da tutti riconosciuta, il diritto commerciale nel *common law*».

<sup>10</sup> C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 103.

alle sue Pandette, senza sentire bisogno alcuno – così dice Kent – di approfondimenti filologici («per quanto riguarda il mio studio personale e il mio divertimento, non darei un centesimo per qualche altro nuovo, laborioso, profondo e prolisso commento tedesco di Virgilio, Orazio, Giovenale, Livio o Tacito»<sup>11</sup>) né di elaborazioni dottrinali medievali o moderne, in particolare “della scuola tedesca” («io trovo nelle Istituzioni e nelle Pandette sufficiente materiale per l’illustrazione di tutti i principi della giurisprudenza romana, a cui mi interesso, senza affaticarmi molto anche coi lavori critici dei maestri della vecchia scuola, come Bynkershoek, Heineccius e altri, e ancor meno con quelli della nuova scuola tedesca, di cui Thibaut è il capo dei codificatori, e Savigny della scuola storica, sebbene tra i due io sia complessivamente dalla parte di Savigny»<sup>12</sup>).

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 104.

<sup>12</sup> Cfr. Letter to the Editor from Chancellor Kent, in *Louisiana Law Journal*, 1.1, 1841, p. 158 ss.: «New York, July 31, 1841. Dear Sir – I received (though not until the 8<sup>th</sup> inst.) the first number of the Louisiana Law Journal, which you did me the honor to present to me. It was accompanied with your letter of the date as far back as the 28<sup>th</sup> of May. The number has been perused by me with much interest and instruction, and my name is handed to your agents in this city (Halsted & Voorhies) as a subscriber to the work. Your first article on the History of Jurisprudence in Louisiana, with the admirable analysis of the Coutume de Paris, and Savigny’s Treatise of Possession arrested and fixed my thorough attention. I admire the Roman law, but I am too old (by the way I am 78 this day), or too dull, or too much disciplined in the English common law, to relish greatly the metaphysical theories and philological minutiae of the German Philosophers and Jurists. What you say in limitation of the details of even Mr. Savigny concurs with my impressions. I am tired of everlasting Commentaries on Roman law and Roman early History. Life is too short, and we have too much to learn and put in practice this side of the Atlantic to enter deeply into such kind of researches. As far as concerns my own private study and amusement, I would not give one cent for any new, laborious, profound and prolix German Commentator on Virgil, Horace, Juvenal, Livy or Tacitus, because my relish for them is sufficiently strong, glowing and accurate for all the useful purposes for which I study them. So I find sufficient in the texts of the Institutes and the Pandects for all the illustration of the principles of the Roman Jurisprudence, that I care for, without troubling myself a great deal even with the critical labors of the masters of the old school, such as Bynkershoek, Heineccius, &c., and much less with those of the new German School, of which Thibaut is the leader of the codifiers and Savigny of the historical school, though of the two, I am altogether with Savigny. You have given a just and rapid sketch of the admirable work of Judge Story on the Conflict of Law. It is a most excellent and masterly work, though I have a contempt for the subject of personal and real Statutes, which occupies too much to the early part of it. I think all the treatises of my friend Story are upon the whole the most finished and perfect of their kind to be met with in any language, foreign or domestic, and for learning, industry and talent, he is the most extraordinary jurist of the age. Your work has hit my judgement and taste throughout. The Digest of the coming volume of the Louisiana Reports is very acceptable. I always read the La.

Nel diciannovesimo secolo, dunque, il sistema di *civil law*, ovvero il diritto romano, veniva ancora ampiamente richiamato nella casistica concreta. E per certi aspetti questa tendenza proseguì anche nel secolo successivo.

Si pensi agli articoli di Roscoe Pound, *Comparative Law in the Formation of American Common Law* del 1928, *The Revival of Comparative Law* del 1930/31 e *The Influence of Civil Law in America* del 1938/39<sup>13</sup>, e alla sua opinione contro (o talora adesiva) rispetto alle idee di Stein, per esempio, o di Helmolz<sup>14</sup>. Nelle opere di questi autori, come appare già soltanto a considerarne i titoli, il diritto romano non compare come identità distinta, e storicamente altra rispetto al diritto applicato. Pound scriveva nella prima metà del Novecento, quando, parallelamente, anche l'Europa (si potrebbe dire l'Italia in particolare) riconosceva senza esitazione la propria dipendenza giuridica da Roma<sup>15</sup>: decisamente nell'impostazione di Pound quello che è indicato come *civil law*, e che viene a confluire nel diritto americano,

---

*Reports as fast as they appear, and consider them the most learned and interesting decisions in the United States, especially on subjects of private international law. With my best wishes for your abundant success, I am, with great respect, Your obed't serv't, James Kent».*

Anche la risposta di Story potrebbe essere ricordata (*Letter to the Editor from Judge Story*, in *Louisiana Law Journal* 1.2, 1841, p. 158), ma nulla aggiunge rispetto alla questione del diritto romano: Story si rallegra soltanto dell'iniziativa e ringrazia per la visibilità ottenuta nella rivista dal suo libro *Conflicts of Law*.

<sup>13</sup> R. POUND, *Comparative Law in the Formation of American Common Law*, in *Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae Comparativae* 1, 1928, p. 183 ss.; ID., *The Revival of Comparative Law*, in *Tulane Law Review* 5.1, 1930/1931, p. 15 ss.; ID., *The Influence of Civil Law in America*, in *Louisiana Law Review* 1.1, 1938, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Cfr. P. STEIN, *The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America*, in *Virginia Law Review* 52, 1966, p. 403 ss.; ID., *The Character and Influence of the Roman Civil Law: historical Essay*, London 1988; R.H. HELMHOLZ, *Use of the Civil Law in post-revolutionary American jurisprudence*, in *Tulane Law Review* 66, 1991/1992, p. 1649 ss.

<sup>15</sup> Sulla scia della Pandettistica tedesca tutta la letteratura giuridica del primo Novecento italiano è intessuta di aderenze al mondo giuridico di Roma. Emilio Betti, che è fra gli esponenti più significativi, e che in una celebre opposizione a De Francisci [cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG* 99-100, 1928, p. 136 ss., ora in *Questioni di metodo*, 1. *Diritto romano e dogmatica odierna*, Como 1984, p. 33 ss.] aveva sostenuto il valore dogmatico del diritto romano da valere per l'attualità degli studi giuridici, ha fatto "scuola" fin verso la metà del secolo. Le sue opere, che offrono una interessantissima lettura del rapporto fra diritto romano, diritto civile e diritto processuale, rappresentano al meglio il momento di passaggio dalla consapevolezza di essere un' "eredità", all'inizio di una nuova "esistenza", *ivi*, p. 89. In un simile quadro, dunque, di sostanziale unità tra diritto romano e diritto civile, la visione degli stessi istituti di diritto vigente finiva per risentire dello schema del diritto antico, se non addirittura per identificarsi con esso.

è eredità romana, senza necessità di indicarne, già nei titoli dei suoi studi, la “romanità”. Stein, e anche Helmholtz, scrivono cinquant’anni dopo, e già il loro concetto di “civil law” – quel *civil law* che compare ugualmente nei titoli dei loro scritti, senza richiamo espresso ad un “roman law” – è assolutamente cambiato (come è cambiato, sta cambiando in Europa, il rapporto fra il diritto civile e il diritto romano).

Nello stesso arco temporale (l’ultima decade del Novecento) altri autori americani si riferiscono al “diritto romano”. Sono M.H. Hoeflich, per esempio, con *Roman law in American legal culture* del 1992 e *Roman and civil law and the development of Anglo-American jurisprudence in the nineteenth century* del 1997<sup>16</sup>, R.C. Byrd con *The Senate of the Roman Republic addresses on the history of Roman constitutionalism* del 1995<sup>17</sup>, ma anche, in un certo senso, McIlwain e Howard col loro *Constitutionalism Ancient and Modern* del 1940<sup>18</sup>.

Risulta a questo punto di particolare evidenza soffermarsi sul periodo che va dal 1900 al 1950 – un periodo particolarmente “affascinante” nella storia del pensiero giuridico americano, usando un’espressione di David Clark<sup>19</sup> –, in cui lo studio del diritto romano diventa prezioso per il processo di recezione del *common law* tanto che il confine tra studio del diritto in chiave storica e diritto comparato può ben dirsi irrilevante.

Si registra una vera e propria inversione di pensiero nel modo di concepire gli studi comparatistici, «da un approccio platonico – scrive Clifford Ando – tendente a rivelare il trascendente, a uno socratico, che aspirava soltanto a illustrare la normativa in quanto contingente. Grazie in larga misura alla notevole influenza di Roscoe Pound, il diritto romano ebbe un ruolo in questa trasformazione»<sup>20</sup>. Infatti la prima attenzione prestata dalla società culturale americana al diritto comparato (il “diritto comparato eu-

---

<sup>16</sup> M.H. HOEFLICH, *Roman law in American legal culture*, in *Tulane Law Review*, 66, 1991/1992, p. 1723 ss.; ID., *Roman and civil law and the development of Anglo-American jurisprudence in the nineteenth century*, Athens 1997.

<sup>17</sup> R.C. BYRD, *The Senate of the Roman Republic addresses on the history of Roman constitutionalism*, Washington 1995.

<sup>18</sup> C.H. MCILWAIN, C. HOWARD, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca 1940.

<sup>19</sup> Così lo definisce David Clark nel suo articolo su “*Development of Comparative Law in the United States*”, in cui ripercorre proprio le origini delle attività di diritto comparato negli Stati Uniti dagli inizi del XX secolo: cfr. D. CLARK, *Development of Comparative Law in the United States*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 175 ss.

<sup>20</sup> C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 107.

ropeo” per usare le parole di Ando) è debitrice all’insegnamento di Maine<sup>21</sup> e al progetto ottocentesco, derivato dal giusnaturalismo, secondo cui ogni espressione statuale del diritto, più o meno codificata, dai codici alle leggi, alle tradizioni, pur con le eventuali e quasi inevitabili imperfezioni e difetti, rappresenterebbe un embrione dell’ideale, in base all’ipotesi che faceva del diritto una proiezione dell’indole morale dell’uomo. Il confronto fra le varie leggi degli stati avrebbe potuto portare al riconoscimento della soluzione migliore, alla costruzione di quella «*uniformity in legislation through the development of the science of law*»<sup>22</sup>.

La pratica attuazione di questi ideali si è realizzata all’alba del XX secolo inviando il maggior numero possibile di delegati ai congressi internazionali di diritto comparato. Questo periodo ha segnato la nascita del diritto comparato quale «studio istituzionalizzato negli Stati Uniti»<sup>23</sup>: nel 1911 il Congresso degli Stati Uniti ordinò alla Library of Congress «di raccogliere i materiali principali necessari per una conoscenza accurata delle istituzioni legali di ogni paese civile», e si ebbe, di conseguenza, un notevole numero di progetti di traduzione sia della legislazione straniera che delle dottrine straniere.

La realizzazione di quell’ideale appariva quanto mai opportuna: l’esigenza di trovare un diritto che nell’ancor giovane federazione potesse essere applicato a tutti gli Stati creati attraverso gli antichi processi di colonizzazione francesi o inglesi determinò progetti di comparazione del diritto che si preoccupavano sostanzialmente di individuare i tratti migliori di ciascun ordinamento positivo per sostituirli ai propri, quando fossero peggiori. Così avvenne per i primi tentativi di comparazione: gli studiosi americani, prendendo proprio come modello la Società di diritto comparato fondata a Parigi nel 1869 (che organizzò nel 1900 il primo importante congresso internazionale di diritto comparato), proposero un ‘diritto’ che altro non era che la traduzione e la trasposizione del diritto straniero.

<sup>21</sup> Circa le dottrine di Maine, Ando cita soltanto R.A. COSGROVE, *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York 1996, p. 119. La dottrina occidentale è, com’è noto, amplissima: per tutti si veda, per esempio, A. CASSANI, *Diritto, antropologia e storia. Studi su Henry Sumner Maine*, Bologna 2002, e M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano 2003, con ulteriore bibliografia.

<sup>22</sup> Così H. LÉVY-ULLMANN, *Account of the French Society of Comparative Legislation*, in *Harvard Law Review* 10.3, 1896, p. 167, che nel descrivere lo scopo della *French Society of Comparative Legislation* ricordava anche che «*this is pre-eminently a work of civilization and of progress, which, as such, commends itself to the attention of the whole world*».

<sup>23</sup> C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 106.

Ma evidentemente questo progetto di comparazione, ben presto, iniziò a mostrare le sue carenze. Ed è a questo punto che entra di prepotenza, nel capovolgimento della concezione del diritto comparato, la figura di Roscoe Pound e, dietro a lui, di Oliver Wendell Holmes e di John Wigmore. Ci si rende conto attraverso le loro riflessioni che il diritto comparato non è un risultato, ma un metodo, e che per un corretto uso del metodo non si può prescindere dall'insegnamento storico: si fa strada la necessità di una comparazione che tenga ben conto anche delle esigenze contingenti, dei contesti storici, politici e culturali che variano necessariamente da Stato a Stato. Necessità che nelle parole di Salvatore Randazzo diventa un vero e proprio "dialogo" tra *Roman Law* e *US Law*<sup>24</sup>.

In questo il diritto romano fu senza dubbio di grande aiuto: Roscoe Pound, e poi John Wigmore trovarono nei principi del diritto romano validi strumenti per unificare «intorno a un ideale, un progetto di comparazione americano, basato sulla sociologia giuridica»<sup>25</sup>. Roscoe Pound nel suo *The Revival of Comparative Law* scriveva che i precetti giuridici non possono essere studiati storicamente «*outside their historical and social setting*», né possono i precetti moderni essere giudicati «*apart from their social psychological setting*», o «*without regard to how they function in action*»<sup>26</sup>; John Wigmore in *Jottings on comparative legal ideas and institutions* ribadiva come «*modern scientific thought has made it generally understood that a legal institution can be fully comprehended only in the light of the social, economic, religious, political, racial, and climatic circumstances which surround it*»<sup>27</sup>.

Il diritto romano, dunque, seppure in maniera non evidentissima, tornava a conquistare un suo ruolo importante nella storia del pensiero giuridico americano.

Questo rifiorire degli studi romanistici aprì finalmente, verso l'inizio del XX secolo, la strada alle scuole di diritto, che avrebbero dovuto condurre ad una approfondita esplorazione del diritto degli antichi Romani. Ma questa aspettativa venne in parte delusa: tali scuole non riuscirono infatti ad

---

<sup>24</sup> Queste riflessioni trovano ampio sviluppo in S. RANDAZZO, *Tradizione romanistica e diritto statunitense: il Riccobono Seminar of Roman Law a Washington*, in *BIRD*, 100, 1997, p. 673 ss. e, successivamente, *Id.*, *Roman Law vs US Law? Il contributo del diritto romano ad un dialogo possibile*, in *Jus* 57.1, 2010, p. 5 ss.

<sup>25</sup> C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 106.

<sup>26</sup> R. POUND, *The Revival of Comparative Law*, cit., p. 15.

<sup>27</sup> J.H. WIGMORE, *Jottings on comparative legal ideas and institutions*, in *Tulane Law Review*, 6, 1931/1932, p. 51.

imporsi per la loro importanza e, anche da un punto di vista numerico, la loro presenza fu minima. All'atto di fondazione dell'AALS (*Association of American Law Schools*) che si è avuta nel 1900 si contavano solo 25 scuole di diritto<sup>28</sup>.

Pure qualche nome importante nel corso del XIX secolo può e deve essere ricordato, nomi di studiosi, ricercatori, professori impegnati in particolare in traduzioni delle Istituzioni di Giustiniano e del Digesto, ovvero in opere che potremmo dire divulgative, in quanto indirizzate a 'introduzioni' del diritto romano: T. Cooper pubblica nel 1812 *The Institutes of Justinian*, che altro non è che una traduzione del testo giustiniano, e poi J.M. Walker nel 1850 *An Inquiry into the Use and Authority of Roman Jurisprudence in the Law concerning Real Estate*; L.S. Cushing nel 1854 *An Introduction to the Study of the Roman Law*, W. Grapel nel 1857 *Sources of the Roman civil law: an introduction to the Institutes of Justinian*, J. Hadley nel 1873 *Introduction to Roman law, in twelve academical lectures*, G. Hoadly nel 1877 *A lecture upon Roman law procedure*<sup>29</sup>.

E ugualmente possono e devono essere ricordati alcuni (pochi) nomi nella prima metà del XX secolo. La scarsa attenzione al diritto romano, e conseguentemente lo scarso numero di cattedre di insegnamento romanistico anche in momenti di crisi, rende di immediata intuizione come di vere 'scuole', con maestri e allievi, non si possa proprio parlare<sup>30</sup>, e giustifica l'isolamento di qualche nome, per esempio il nome di David Daube alla *Boalt Hall School of Law* della California a Berkeley, e poi di A. Arthur Schiller, arrivato alla *Columbia University Law School* nel 1926, e ancora il nome di Alan Watson, arrivato in America dalla Scozia nel 1979.

Ciascuno di questi autori accanto ad una più o meno intensa produzio-

<sup>28</sup> Nata proprio con l'obiettivo di promuovere e fornire studi giuridici di alto livello, l'Associazione, con sede a Washigton, riunisce le più prestigiose facoltà di legge americane attorno all'ambizioso progetto di migliorare l'esercizio della professione legale, favorendo la giustizia. Oggi l'Associazione conta 179 membri, cui si devono aggiungere 18 istituti paganti non membri (<https://www.aals.org/member-schools>).

<sup>29</sup> T. COOPER, *The Institutes of Justinian*, Philadelphia 1812; J.M. WALKER, *An Inquiry into the Use and Authority of Roman Jurisprudence in the Law concerning Real Estate*, Charleston 1850; L.S. CUSHING, *An Introduction to the Study of the Roman Law*, Boston 1854; W. GRAPEL, *Sources of the Roman civil law: an introduction to the Institutes of Justinian*, Philadelphia 1857; J. HADLEY, *Introduction to Roman law, in twelve academical lectures*, New York 1873; G. HOADLY, *A lecture upon Roman law procedure*, Cincinnati 1877.

<sup>30</sup> Nel 1979-80, allorché Alan Watson volle intraprendere il grave impegno della traduzione del Digesto, dei trenta traduttori assunti uno solo era americano.

ne romanistica ha una sua produzione, spesso notevole, di altra direzione e sono ricordati più per quest'ultima che per il loro impegno sul fronte del diritto romano: Schiller, per esempio, ha scritto molto, moltissimo, in materia di diritto africano e indonesiano, e di legge militare, ovvero di papirologia giuridica in lingua copta, oggetto della sua tesi di laurea e dei suoi primi lavori<sup>31</sup>.

In pratica per il XX secolo si può fare soltanto una carrellata di nomi e di opere, distinguendo gli studiosi che possono dirsi tecnici del diritto, da quelli che hanno coltivato l'interesse per il diritto romano all'interno di un più lato interesse per l'antichità, una carrellata che comunque non può indubbiamente dirsi indicativa di una 'tradizione' americana sul diritto romano. E si può pensare, per citarne alcuni, a David Daube, o Arthur Schiller<sup>32</sup>.

## 2. Uno sguardo attraverso alcune sentenze

Gli aspetti fin qui evidenziati consentono di segnare un vero e proprio percorso cronologico, che parte dal periodo 1790-1850, contrassegnato dall'identificazione fra diritto romano di importazione "continentale" e diritto civile embrionalmente nascente negli Stati dell'America settentrionale; passa attraverso il 1850-1900, in cui si assiste ad un certo isolamento del diritto americano rispetto ai diritti stranieri, francese e continentale in particolare; prosegue nel 1900-1950, caratterizzato dalla presenza del "diritto comparato", il cui sviluppo doveva avere ed ha avuto tanta importanza nella costruzione del diritto americano; e giunge al 1950-1990, con particolare attenzione alle scuole e alla formazione dei giuristi americani.

---

<sup>31</sup> Per citare solo alcuni dei suoi lavori in quest'ultima direzione: *Coptic Laws*, in *The juridical review*, 1931, p. 211 ss.; *Ten Coptic Legal Texts*, New York 1932; *The coptic logos Mpnoute documents*, Padova 1933; *The interrelation of coptic and greek Papyri*, in *Studien zur Papyrologie und antiken Wirtschaftsgeschichte*, 1964, p. 107 ss.; *A definition of jurists law*, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae* 1, 1968, p. 182 ss.; *The Budge Papyrus of Columbia University*, in *Journal of the American Research Center in Egypt* 7, 1968, p. 79 ss.; *The courts are no more*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 1, 1969, p. 470 ss.; *The fate of imperial legislation in late Byzantine Egypt*, in *Legal thought in the United States of America under contemporary pressures*, 1970, p. 42 ss.; *An american experience in roman law: writings from publications in the United States*, Gottingen 1971; *A checklist of coptic documents and letters*, in *The bulletin of the american society of papyrologists* 13.3, 1976, p. 99 ss.

<sup>32</sup> Ma l'elencazione potrebbe continuare: Alan Watson, Frank Frost Abbott, Allan Chester Johnson, Frank Card Bourne, Clyde Pharr, Mary Brown Pharr, Theresa Sherer Davidson.

Entro tale cornice, risulta di particolare evidenza considerare il discorso circa le concrete influenze che il diritto romano ha prodotto nel tessuto giuridico americano. E non solo – direi – dal punto di vista del diritto pubblico e della stesura della Carta costituzionale (aspetto – quest’ultimo – che rischia di rimanere ancorato nel tempo, poiché se ci sono stati a suo tempo travasi di idee e di concezioni politiche sono stati poi completamente reinterpretati dal popolo americano nell’arco dei secoli trascorsi dal 4 luglio 1776). Interessanti osservazioni sembrano potersi ricavare considerando proprio il peso che il diritto romano ha avuto nella giurisprudenza, che meglio – e più puntualmente – coglie la vita concreta del diritto soprattutto nei Paesi di *common law*.

In tal senso merita insistere su un dato: nel periodo che va dalla fine del XVIII secolo alla metà del XIX secolo il diritto romano appare ampiamente citato e – come si è detto – il *civil law* si identifica praticamente con esso.

Già in una sentenza del 1736 relativa al caso *Anderson v. Winston*<sup>33</sup> il richiamo appare in due diversi passaggi, in cui, per giustificare l’imposizione del tasso massimo degli interessi ad un contratto di mutuo e, conseguentemente, scongiurare usure eccessive, si dice *usury was allowed by the Roman law* e rispettivamente *twelve was permitted by the Roman law till the time of Justinian, who reduced it to eight* (caso *Anderson v. Winston*, Supreme Court of Virginia, 1736). E dietro questi riferimenti può leggersi un chiaro cenno al provvedimento con il quale l’imperatore Giustiniano ridusse il limite legale delle *centesimae usurae* (12%), stabilendo in particolare che gli *illustres* e le persone di rango più elevato non potessero stipulare interessi superiori al 4% (*ultra tertiam partem centesimae usurarum*), mentre i banchieri e gli altri imprenditori non avrebbero potuto superare il tasso di interesse dell’8% (*usque ad bessem centesimae*)<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Chiaramente le decisioni dei tribunali americani che qui si richiamano vengono citate attraverso i repertori cartacei nei quali appaiono, e le banche dati digitali. Per una prima analisi del sistema giudiziario statunitense e della peculiarità della struttura delle sentenze si veda R. CASO (a cura di), *Guida alla ricerca e alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento 2006.

<sup>34</sup> C. 4.32.26.1-2: *Iustinianus A. Menae pp. Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere*

Ugualmente nel report della decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti a proposito del caso *Emory v. Grenough* (1797), che aveva ad oggetto una fattispecie di bancarotta in cui si discuteva dell'applicazione di termini differenti di pagamento secondo le leggi di Stati diversi (Massachusetts e Pennsylvania nello specifico), il diritto romano risulta ampiamente citato<sup>35</sup>.

Una riflessione di qualche interesse può subito farsi considerando il modo in cui viene proposta la citazione. In numerose decisioni dei tribunali

---

*stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent* (a. 528), su cui, sempre fondamentale, G. CERVENGA, *Contributo allo studio delle usurae cd. legali nel diritto romano*, Milano 1969. Il menzionato intervento di Giustiniano va sicuramente letto alla luce di quella politica imperiale che mirava ad evitare che una eccessiva oppressione dei debitori compromettesse lo sviluppo e la crescita economica: così, per esempio, C. 7.39.8.4 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528), che fissava il decorso del termine per avvalersi dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, in relazione ai contratti che prevedessero il pagamento di *usurae*; così C. 4.32.27 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 529), che stabiliva il divieto di *usurae ultra duplum* o *ultra sortis summam*; così C. 7.47.1 (*Iust. A. Iohanni pp.*, a. 531), in cui si diceva che il debitore non poteva essere condannato a dare più del doppio del debito originario; per giungere, poi, alla Novella 136.5.1 del 535 con la quale Giustiniano determinò il tasso d'interesse dell'8% per tutti i prestiti bancari, anche qualora i contraenti si fossero limitati a stabilire che si trattava di mutuo a carattere oneroso e – cosa questa di gran lunga significativa – persino nell'ipotesi in cui nel contratto mancasse la *mentio usurarum*: «si finiva così per rovesciare – commenta G. LUCCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, p. 20 –, nel settore dei contratti bancari, la regola della gratuità del mutuo prevista dal diritto romano classico e si realizzava un evidente passo avanti verso l'affermazione del principio, indiscusso nei moderni sistemi di *civil law* e di *common law*, secondo cui il godimento del denaro altrui fa sorgere in capo al mutuatario l'obbligazione di pagare i relativi interessi». Su tutto si veda, nella letteratura più recente, F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006 e, dello stesso autore, *Per una storia giuridica dell'anatocismo: la disciplina delle usurae usurarum nel diritto romano*, Napoli 2016; A. CHERCHI, *Ricerche sulle usurae convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012; A. ARNESE, *Usura e modus: il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari 2013; F. MATTIOLI, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, in *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el marenostrum*, 2015, p. 117 ss.

<sup>35</sup> *Emory v. Grenough*, Supreme Court of the United States 1797: "... it is not wonderful that we do not find any thing upon this subject in the Roman law ... however the fundamental rules by which this question ought to be decided, appear to be derived from the Roman law, although the inquiry itself appears to belong rather to the law of nations, than to the civil law... other places in which the content of curators or guardians is not necessary to marriage, according to the Roman laws ...".

americani, come risulta dai relativi *reports*, il richiamo è infatti ad un mero e generico “*roman law*” (“*by the Roman law*”, “*known to the Roman law*”, “*from the Roman law*”, ecc.).

Si legge per esempio “*by the Roman law*”:

by the Roman law, a will or testament was considered as a substitution ... (Starr v. Starr & Phillips, Circuit Court of Connecticut, 1795);

this principle was adopted by the Roman law, and founded in strict morals. It has been received and recognised by all the civilized world ... (Parish v. Syndics of Phillips, Superior Court of the State of Louisiana, 1809);

yet if the formalities are not observed, the sale is void, by the Roman law the forms being deemed necessary for the security of the rights of minors (Griffing v. Hopkins & Elliott, Supreme Court of Mississippi, 1818 ).

Così ancora si contano riferimenti a “*known to the Roman law*”<sup>36</sup>:

the only kind of affinity, known to the Roman law, is that which exists between one of the parties joined by marriage ... (Poydras v. Livingston, Supreme Court of State of Louisiana, 1817);

the mother to have been of that class of persons, known to the Roman law, by the appellation of *statu liberi* ... (Catin v. D’Orgenoy’s Heirs, Supreme Court of the State of Louisiana, 1820);

such an action was known to the Roman law under the name of *actio publiciana* ... (Prevost v. Ellis, Supreme Court of State of Louisiana, 1845);

o anche a “*from the Roman law*”:

---

<sup>36</sup> Una nota di precisazione va fatta a proposito dell’inciso “*unknown to the Roman law*”, che pure compare nelle decisioni di alcuni tribunali americani (per esempio caso Duncan v. Dick, Supreme Court of Mississippi, 1827; Conard v. Atlantic Ins. Co., Supreme Court of the United States, 1828; Noe v. Card, Supreme Court of California, 1860; Honold v. Meyer, Supreme Court of Louisiana, 1884). E si potrebbe pensare che l’annotazione, suggerendo implicitamente un rimando al diritto romano, valorizzi ulteriormente la considerazione circa l’importanza del diritto romano nella produzione legislativa americana; come se, nel dare conto del fatto che l’istituto non era conosciuto al diritto romano, si confermi indirettamente la centralità del diritto dell’antica Roma.

his principles in this respect, were principally derived from the Roman law ... (Boyd v. Anderson, Supreme Court of Tennessee, 1809);

the first objection is supposed to be derived from the Roman law, which it is suggested limited this contract under the name of *pecunia trajecticia* ... (Conard v. Atlantic Ins. Co., Supreme Court of United State, 1828);

the general rules of practice in admiralty come to us directly from the Roman law ... (Hutson v. Jordan, District Court, 1837)<sup>37</sup>.

Un certo numero di annotazioni, poi, richiamano più puntualmente “*principles* (o *doctrines*) of the civil and Roman law”:

the true doctrine of the Roman law, on the subject of sales, appears to have been, that the sale of the thing of another, was good between the parties, to the contract ... (Bonin v. Eyssaline, Supreme Court of the State of Louisiana, 1822);

these decisions rest upon the equitable principles of the Roman law, which declares that infants, while as yet in their mother’s wombs, are considered as already brought into the world ... (Collin v. Collin, Court of New York, 1846);

Ci sono decisioni che citano più volte il diritto romano: Harrison v. Allen, Supreme Court of Virginia, 1802, sei volte<sup>38</sup>; Whiston & Al. v. Stod-

<sup>37</sup> È chiaramente impossibile elencare tutti i diversi, e possibili, richiami al “*roman law*”. Merita comunque in questa sede selezionare un primo elenco che dia conto, seppur sinteticamente, dell’ampio uso del richiamo al diritto romano nella prassi giuridica americana: “*in respect to the Roman law*” (Moore v. Lyttle, Court of New York, 1819); “*according to the Roman Law*” (Burtis v. Burtis, Court of New York, 1825); “*like the Roman law*” (Conard v. Atlantic Ins. Co., Supreme Court of United State, 1828); “*under the Roman law*” (Canal Bank v. Copeland, Supreme Court of Louisiana, 1840); “*as the Roman law expresses*” (Butterworth v. Ellis’s adm’x, Supreme Court of Virginia, 1835); “*by the authority of the Roman law*” (Polydore v. Prince, District Court, 1837).

<sup>38</sup> “... which shews, that a will in England operates like other conveyences by deed, and not as the institution of an heir by the Roman law... For, that does not depend upon the rule of the Roman law as is supposed, but is founded upon the reason stated by the Chancellor... the rule, with regard to personal estate, is predicated on the Roman law... but, there is another reason given for it, by Lord Parker in 1 P. Wms. 575, which defeats Mr. Wickham’s argument, bottomed on the Roman law... whether this doctrine was transplanted into England from the Roman law, or not, it is immaterial to enquire ... besides, this doctrine of the Roman law was interrupted in England...”.

der & Al. Syndics, Supreme Court of Louisiana, 1820, dieci volte<sup>39</sup>; fino a Bonin & Al. v. Eyssaline, Supreme Court of Louisiana, 1822, sedici volte<sup>40</sup>; o ancora Morgan v. Livingston & Al., Supreme Court of Louisiana, 1819, venticinque volte<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> "... according to the division of actions in the Roman law, it is a real, and not a personal action ... by the Roman law, the delivery to the buyer of the thing sold did transfer the property... whereas in Tuscany the Roman law was strictly followed... in the case of a sale upon credit, therefore, the principles of the common law of England, and of the Roman law, are the same... in this case, by the Roman law, the property is not transferred, although a delivery has followed the sale... much of the learned gentleman's argument seems founded on the opinion that the Roman law is applicable to the present question... the court knows well that the Roman law is of very limited authority in this state, upon any subject... our law, which gives the vendor the privilege we now claim, is not founded on the Roman law, which gives the vendor a right to reclaim or revendicate his goods, when the price is not paid ... the arguments used in the case cited from Casaregis, being founded on the Roman law... her constant commercial intercourse with the states of the continent of Europe, where the Roman civil law prevails ...".

<sup>40</sup> "... in answer, I say, the subject was not so perfectly clear of doubt in the Roman law ... and yet, this was not really the Roman law, as will be seen on consulting the following authorities... the true doctrine of the Roman law, on the subject of sales, appears to have been, that the sale of the thing of another, was good between the parties, to the contract... if we had fallen by accident, upon the proposition to be found in the Roman law, that 'the sale of a thing of another is valid',... the compilers of the Napoleon Code seem to have been dissatisfied with the abstract rule of the Roman Law, that 'the sale of the thing of another is valid'... they wished to avoid the subtleties and nice distinctions which they imagined they perceived in the Roman Law on this subject... when the Roman law calls them valid, the expression is used in reference to the parties... the Roman Law did the same. But then there is this difference, that in the Roman law, this right to damages was a theoretical consequence, resulting from the breach of a valid contract... Ours is the Roman law, without its theory. Like the Roman law, it takes away all right to damages when the vendee knew, that the thing sold did not belong to the vendor ... and restrictions, as prevailed in the Roman laws ... they are certainly contrary to the Roman law... had the Roman law been free from ambiguity and well understood, there would have been no need of the article. It was intended to correct, not to repeal the Roman Law... This opinion is in conformity with the Roman law".

<sup>41</sup> "... the wisest and most enlightened interpreters of the Roman law have always considered the law in *ager limitatus* as derogatory from the common right of the subject... this is the *ager limitatus* of the Roman law, in both senses of the word... Spain, it is true, has legislated on the subject, but not in such a manner as to exclude the exception of the *ager limitatus*, declared by the Roman law, but to confirm it... it gives the same definition of alluvion, that is contained in the Roman law... now can it, with any shew of propriety, be said that the Roman law of the *ager limitatus* is contrary... but by the authority he relies on, the Roman law may be quoted in certain cases... some direct authority, the opinion of some juridical writer, on the Spanish law, declaring that this part of the Roman law did not apply in Spain... not merely, as was asserted at the bar, referring to the digest to shew that such was the Roman law... I have quoted, and willing with them to incur the heavy penalties of citing the Roman law... such

Ma è altrettanto (se non più) significativo il fatto che in alcune ipotesi viene addirittura riportato il testo latino di riferimento. E in proposito sembrano potersi distinguere citazioni che si esauriscono in rimandi di leggi e fonti antiche, e quelle, invece, che si ampliano all'analisi dei testi latini.

Come primo esempio di citazione precisa di una fonte di diritto romano si potrebbe menzionare la causa *Berlucaux v. Berlucaux* del 1835 (due richiami di “*roman law*”)<sup>42</sup>, in cui si rinvia espressamente alla Novella 118 di Giustiniano del 543, per chiarire i rapporti tra padre e madre in relazione alla tutela del minore<sup>43</sup>:

“It is incontestable, that the mother’s right to the tutorship of her children was unknow to the jurisprudence of Rome, until the promulgation of the 118<sup>th</sup> novel of Justinian. The tutorship is conferred on her by that novel, as the nearest relation, when the father has appointed to tutor, by will, but always under the express condition that she shall renounce the right of contracting a second marriage, and the benefit of the *senatus consultum velleianum*. On making these renunciations, she shall be preferred, says the novel, to all the collaterals, except the tutor appointed by the testament of the father. 118<sup>th</sup> novel chapter 5”.

Analogamente nella decisione del caso *Nagel v. Mignot* (Supreme Court of the State of Louisiana, 1820) si accenna a C. 4.20.14. Il testo della costitu-

---

grants or assignments being, according to the principles of construction of the Roman law, most largely to be interpreted in favor of the grantees... the defendant contends, that it was previously known to the Roman law, at least as far back at the time of Julius Caesar... every valuable note and scholium upon the Roman law... the Roman law has no intrinsic authority in Spain... where the Roman law coincides with... the prohibition of the Roman law in Spain remains therefore still unrepealed... when it is manifest, that the principles of the Roman civil law ... under this head, we have shewn, that the Roman law had no intrinsic authority in Spain... where the Roman law was grounded on reason and nature... that notwithstanding this unrepealed prohibition of the Roman law... not from any general adoption of them as Roman law... the general principle of the Roman law, had enacted by positive statute... if therefore the defendant could derive any advantage from this peculiar exception in the Roman law... this Roman law appears to us an evident modification of, an exception to, natural law... the Roman law can only be resorted to in Spanish tribunals ... the right of alluvion, which was the case by the Roman law and is every where observed ...”.

<sup>42</sup> Oltre al testo in penna, nel testo della sentenza si legge: “by the Roman law, a special tutor was appointed to represent the minor in particular cases, when his absolute tutor could not act”.

<sup>43</sup> Sulla Novella 118 di Giustiniano, che – come noto – rappresenta una delle più antiche testimonianze in materia di successione *ad intestato*, cfr., per tutti, R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano 1977.

zione di Zenone, riportato per l'appunto in C. 4.20.14, viene qui menzionato per spiegare come, nell'ipotesi di smarrimento di un titolo di credito a seguito di caso fortuito, la prova verbale attraverso testimoni della sua esistenza sia ammessa solo se il titolare è in grado di ricostruire l'evento che lo ha causato<sup>44</sup>.

Un altro interessante esempio può leggersi a proposito del caso *Broh v. Jenkins* del 1821: di nuovo viene citata un'antica fonte di diritto romano, ed in particolare l'articolo della legge delle Dodici Tavole che stabiliva – come attesta Gai. 2.42 – che chi avesse mantenuto il possesso su un bene per un anno se mobile, o per due se immobile, ne avrebbe acquisito il *dominium*<sup>45</sup>:

By the ancient Roman law, as contained in an article of the Twelve Tables, one year of possession was sufficient to save title to movables, and two to immovables, being what were termed *res mancipii*.

Ma – come detto – in alcuni commenti vengono sviluppati richiami di contenuto al diritto romano.

Nel caso *Daublin v. Mayor* del 1810, Superior Court of the State of Louisiana, si legge la frase “*current autem ... aediles ... ut nullus effodiat*

<sup>44</sup> C. 4.20.14: *Imperator Zeno A. Arcadio pp. Nullum penitus, cum semel ad iudicem quemlibet, licet non suum, dicendi gratia testimonii fuerit ingressus, armatam forte militiam vel quamlibet aliam fori praescriptionem ad evadendum iudicis motum, quem vel testimonii verborum improbitas vel rei qualitas flagitaverit, posse praetendere praecipimus, sed omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato et tamquam ante iudicium interim deposito exceptionis fori privilegio huiusmodi praesidio denudatos, ita iudicantis intrare secretum, ut, quodcumque aures eius offenderit, non dubitent sibimet formidandum: data cunctis iudicibus absque ullo praescriptionis obstaculo (sicut saepe dictum est) testes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animadvertendi licentia* (a. 486). Il testo della costituzione dell'imperatore Zenone non risulta essere stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, nonostante presenti rilevanti spunti di riflessione, soprattutto per quanto riguarda la questione, ampiamente discussa tra i giuristi romani, circa il valore della prova testimoniale nell'ambito del processo, su cui si può rinviare a U. VINCENTI, “*Duo genera sunt testium*”: contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova 1989 e da ultimo a G. COSSA, *La prova testimoniale tra prassi istruttorie romane e odierna 'cross-examination'*, in *Studi senesi CXXVII*, 2015, p. 7 ss.

<sup>45</sup> Gai. 2.42: *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est*. Come ha rilevato S. RICCOBONO, *Fira, I. Leges*<sup>2</sup>, Florentiae 1941, p. 44, a proposito della ricostruzione di Tab. 6.3: «Gai 2.42 minus accurate scribit...». In verità, Gaio richiama le XII Tavole anche in Gai. 2.54, laddove scrive *lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*. Su tutto G. NICOSIA, *Il possesso, 1: Dalle lezioni del corso di diritto romano*, 1995-96, Catania 2008, p. 51 ss.

*vias neque construat in ...*”, che riproduce quasi esattamente il testo D. 43.10.1.2 (*ex lib. sing. Pap., de off. aed.*): *Item curam agant, ne quis in viis fodiat neve eas obruat neve quicquam in viis aedificiet*<sup>46</sup>.

Ancora in *Gray v. Gentry*, Superior Court of Louisiana 1812, “*Ait Praetor: eum a quo jurisjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus: aut solvat aut juret; si non jurat, solvere cogendus erit a praetore*” è l’espressione che viene ricordata per chiarire il concetto di equità, a proposito della validità della firma apposta dal dichiarante sul verbale dell’interrogatorio. E subito balza agli occhi il richiamo puntuale, parola per parola, al tenore dell’editto pretorio riportato in D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*) in tema di *ius iurandum in iure*<sup>47</sup>.

In *Conard v. Atlantic Insurance Company* del 1828 (sei citazioni di “*roman law*”)<sup>48</sup> viene recepita totalmente la definizione latina di Modestino circa la *pecunia trajecticia*, “*traiecticia ea pecunia est quae trans mare vebitur ...*” (D. 22.2.1, Mod. 10 *pand.*), per indicare quelle forme di prestito di denaro destinate al trasporto, o che comunque venivano utilizzate per l’acquisto di merci per il trasporto<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Trad. lat. di TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, Berlin 1872. Il passo, che da solo costituirebbe il titolo decimo *De via publica et si quid in ea factum esse dicatur* del libro XLIII dei Digesta di Giustiniano, offre un commento molto interessante sul ruolo che avevano gli edili nell’amministrazione e nella cura dei pubblici edifici e delle strade: dagli obblighi inerenti all’uso e alla manutenzione delle vie cittadine, a veri e propri compiti di polizia urbana. La letteratura in merito è molto ampia: si veda per tutti F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli 1975, p. 847 ss.

<sup>47</sup> Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, p. 235.

<sup>48</sup> “... such was the ancient Roman law... all the English authorities, Molloy, Beawes, Weskett, Postlewaite and Park, like the Roman law, concur in considering respondentia loans... the first objection is supposed to be derived from the Roman law... the Roman law upon this subject is misapprehended... the illustrations given show that the asserted limitation was unknown to the Roman law ... such a practice shows that the transportation of the specific loan, or of the specific goods bought with it, was no necessary part of the Roman law of respondentia ...”.

<sup>49</sup> Nella sentenza si legge esattamente: “The language of the digest is ‘*traiecticia ea pecunia est quae trans mare vebitur. Ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae, in ea causa habentur; et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent, tunc enim traiecticia pecunia fit*’. Digest lib. 22. tit. 2”.

Sul prestito marittimo (*foenus nauticum vel pecunia traiecticia*) vi è una letteratura molto vasta ed articolata, che offre il quadro completo dell’istituto. Si devono qui accennare almeno le sue due principali caratteristiche: l’aspetto relativo all’impiego di denaro per i traffici d’oltremare da un lato, l’elemento delle *usurae* che, stravolgendo il principio della gratui-

E ancora nel caso *Dunbar v. Bullard* del 1847 si fa riferimento al noto principio romano “*Qui mandat solvi, ipse videtum solvere*”, riportato in D. 46.3.56 (Paul. 62 *ad ed.*), per spiegare come nel caso di specie il pagamento eseguito dal mandatario, tale Lambeth & Thompson, dovesse considerarsi valido, così come se fosse stato compiuto dallo stesso mandante Bullard & Clanton<sup>50</sup>.

### 3. Spunti per un confronto continuo

La rassegna proposta, che ovviamente non si pretende esaustiva, consente comunque di sviluppare alcune minime riflessioni.

Innanzitutto relativamente all’apporto del diritto romano alla formazione e allo sviluppo del diritto americano. Un apporto senza dubbio significativo, considerando sia il dato prettamente ‘numerico’ della frequenza con la quale le sentenze dei tribunali americani (o comunque i relativi reports) richiamano leggi e principi dell’antico diritto di Roma; sia il dato – per così dire – ‘temporale’, che denota un contatto tra diritto romano e diritto americano perdurante ormai da diversi secoli e in qualche modo ancora attuale. E in questa prospettiva un accenno particolare merita la sentenza *Murray v. Stacy Trust* del 2002 (ben diciannove citazioni di “*roman law*”)<sup>51</sup>, nella

---

tà caratteristico del mutuo degli antichi Romani, prevedeva la corresponsione di interessi. Quanto poi al processo che avrebbe portato i Romani a recepire tale figura dal diritto greco ellenistico, alcune riflessioni di Vincenzo Arangio-Ruiz risultano particolarmente significative: scrive infatti lo studioso, *Corso di storia del diritto romano*, Napoli 1931, p. 121, che i greci «partivano dall’idea di una comunione del rischio, per cui ogni commerciante che nel gettito avesse perduto più della sua quota poteva direttamente rivolgersi contro i colleghi favoriti dalla sorte; per i romani, invece il diritto al risarcimento è considerato come un elemento del contratto di trasporto (*locatio mercium vebendarum*), per cui i caricatori danneggiati hanno un’azione (*actio locati*) contro il capitano e questo ha a sua volta altra azione (*a. conducti*) contro i caricatori avvantaggiati». Cfr., sul punto, G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA* 39, 1987, p. 189 ss. (ma dello stesso, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, *passim.*); V. GIUFFRÈ, “*Faenus*” e *intraprese commerciali*, in *SC VII*, 1995, p. 133 ss.; I. PORTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna 2011; e ancora G. PURPURA, *Rec. a Portoriero, Il prestito marittimo in diritto romano*, in *IURA* 62, 2014, p. 410 ss.

<sup>50</sup> *Dunbar v. Bullard*, Supreme Court of Louisiana, 1847: “It is a maxim as ancient as the Roman law, and retained as a formal text by Justinian, ‘*Qui mandat solvi, ipse videtum solvere*’. The payment, therefore, made by Lambeth & Thompson, was a payment by Bullard & Clanton”.

<sup>51</sup> Per avere contezza dell’uso del “*roman law*” nella giurisprudenza delle Corti ame-

quale, per mano del redattore del report, si legge una interessantissima ricostruzione circa le origini dell'azione revocatoria a partire proprio dall'antica *actio pauliana*<sup>52</sup>. Può essere utile riportarne un passaggio:

---

ricane, in questo caso – come già nelle note precedenti – si ritiene opportuno riportare i passaggi delle sentenze richiamate nella loro lingua originale: “... the Louisiana revocatory action, codified in 1984 in Article 2036 of the Louisiana Civil Code, originated in the Roman Law as the *Actio Pauliana* ... the first source, the *Institutes of Justinian*, 4, 6, 6, which actually sets forth Roman law on fraudulent conveyances, provided as follows ... the only other mention of the *Actio Pauliana* at Roman Law occurs in the *Digest* 22, 1, 38, 4 ... like the other two sources of Roman law, no mention is made of a “reasonably equivalent value” standard of measure with regard to the *Actio Pauliana*. In addition, it is noteworthy that in this excerpt from Roman law, it is the *praetor*, rather than the injured creditor, who brings the action ... in Roman law itself, the action, whatever it was called, as it appears in the legislation of Justinian, is indisputably an amalgam of various forms of relief ... with regard to the longevity of the *Actio Pauliana*, it became very popular in modern Continental Europe after the revival of the systematic study of Roman Law in the twelfth century ... the expression *in fraudem creditorum*, that is, “in fraud of creditors”, generated much difficulty, as it did at Roman law ... unlike Mr. Radin, who described the revocatory action at Roman law as contemplating “prejudice” or “disadvantage” to the creditor ... the Paulian action given to creditors goes back to Roman Law ... Planiol’s analysis of the *effects* of the French revocatory action yields a different result than that which was directed at Roman law ... the old Roman law, according to which the thing restored came back into the patrimony of the debtor ... like Mr. Radin’s analysis of Roman law, Planiol also found the *Actio Pauliana* to be purely *restitutionary* in nature ... it should be added that the commercial law has preserved the collective form which the Paulian action had in Roman law ... under Roman law, the creditor could attack only those acts by which the debtor diminished his patrimony ... besides the oblique action and the action in declaration of simulation, the revocatory or Paulian action, which derives from Roman law, is the most important weapon in the obligee’s arsenal ... like the *Actio Pauliana* under Roman law, the common law also developed a means for combating fraud on creditors, but, as will be seen, the common law imbued this means with the notion of ‘fair consideration’, while, as has been seen, Roman law pointedly *did not* ... moreover, as Professor Garrard Glenn, one of the foremost authorities on fraudulent transfers, has noted, the Roman law terms ‘in fraud of creditors’ and ‘with intent to defraud’ ... it is true that Comment (c) to Article 2036 of the Code remarks that the “revocatory or Paulian action, an institution derived from Roman law, is the civil law *analogue* to the common law suit to set aside a fraudulent conveyance” (emphasis added) ...”.

<sup>52</sup> Non è evidentemente possibile dare conto di tutti i numerosissimi lavori prodotti sull'*actio pauliana*, dalle pagine, ancora importanti e classiche, di E. ALBERTARIO, *A proposito della denominazione dell'actio Pauliana*, Modena 1921; F. SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in ZSS 48, 1928, p. 197 ss.; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*<sup>3</sup>, 1 e 2, Napoli 1945. Più recente D.A. CENTOLA, *A proposito del consilium fraudis nella revoca degli atti in frode ai creditori*, in SDHI 81, 2015, p. 361 ss.

Merita qui richiamare le principali fonti: I. 4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem*

“The Louisiana revocatory action, codified in 1984 in Article 2036 of the Louisiana Civil Code, originated in the Roman Law as the *Actio Pauliana*, and gives to creditors the right to bring in their own name an attack upon the acts taken by their debtor, by which the debtor has defrauded the creditors of their rights” (“L’azione revocatoria della Louisiana, codificata nel 1984 nell’articolo 2036 del codice civile della Louisiana, ha avuto origine nell’*actio Pauliana* del diritto romano, e conferisce ai creditori il diritto di dichiarare inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore abbia recato pregiudizio alle ragioni dei creditori medesimi” (United States Bankruptcy Court, M.D. Louisiana, 2002).

In queste sentenze dei tribunali americani si legge, dunque, la forte presenza del diritto romano nell’insegnamento giuridico e negli studi di diritto, dietro la quale si nasconde – necessariamente – una altrettanto forte consapevolezza della sua importanza e capacità di riconoscerlo anche sotto la scorza deformativa dei secoli e delle civiltà, in un ininterrotto fluire di pensiero giuridico. Ovvero – usando le parole di Hoeflich –: «sebbene il diritto romano e il civil law non siano stati recepiti nel common law anglo-americano durante l’era moderna, essi, in realtà, esercitarono una significativa influenza nel pensiero di alcuni tra i più importanti giuristi e teorici del diritto del diciannovesimo secolo in entrambe Inghilterra e Stati Uniti e pertanto giocarono un ruolo nello sviluppo del diritto anglo-americano»<sup>53</sup>.

---

*suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse; D. 22.1.38.4 (Paul. 6 ad Pl.): In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum “restituas”, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur.*

<sup>53</sup> M.H. HOEFLICH, *Roman and civil law* cit., p. 2. Sull’“attrazione” che il diritto romano ha avuto per i giuristi americani sin dal XIX secolo, si veda anche J.P. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, trad. it. a cura di R. GIURATO, Napoli 2014, che, come lo stesso curatore ricorda, p. XXVIII, «non rappresenta solo un esempio assai virtuoso di analisi storica comparata: è un grande affresco comparativo diacronico, dettagliato e di ampio respiro – e per molti aspetti insuperato, del diritto giurisprudenziale in Occidente a partire dalle premesse dell’esperienza romana fin quasi ai nostri giorni». Per altri aspetti si veda A. LORDI, *Interdisciplinarietà e pluralismo nel diritto d’impresa. L’integrazione delle esperienze e il ruolo del giurista*, Milano 2006, in particolare la prima parte “*Ricerche sul metodo*”, p. 3 ss.