

Louis Gernet

LE DROIT

Introduzione, trascrizione e note
a cura di Andrea Taddei *

INTRODUZIONE: IL DIRITTO E GLI INIZI DELLA CIVILTÀ ELLENICA

In un periodo compreso tra il 1949 e il 1951¹, Louis Gernet si dedicò alla stesura di un importante saggio generale d'interpretazione della civiltà ellenica, poi conservato nelle *Archives Louis Gernet*² e rimasto inedito fino al 1982, quando esso è stato pubblicato con il titolo di *Les débuts de l'hellénisme*³. L'inedito, che apre ora la raccolta *Les Grecs sans miracle*⁴, era stato concepito esplicitamente come introduzione ad una serie di lezioni sulle origini della civiltà ellenica. «Ce que je me proposais», afferma l'autore aprendo il suo lavoro, «c'est l'étude de la légende grecque – plus exactement des recherches sur

* Vorrei esprimere la mia gratitudine a Riccardo Di Donato, che ha letto le bozze di questo lavoro e, in più di una occasione, mi ha fornito preziosi suggerimenti e spunti di lavoro. Ho potuto fruire anche della competenza e della cortesia di Alberto Maffi, che desidero ringraziare. Di ogni errore resto ovviamente l'unico responsabile.

¹ Il periodo è dunque immediatamente successivo al rientro dello studioso a Parigi dopo il più che ventennale soggiorno all'Università di Algeri. Per i particolari sulla biografia di Gernet, si veda R. Di Donato, *Per una antropologia storica del mondo antico*, Firenze 1990, p. 13 ss.

² ALG, d'ora in poi. L'inventario completo delle carte contenute nelle *Archives* è presente in Di Donato, *Per una antropologia storica* cit., p. 318 ss. Lo stato di pubblicazione delle carte contenute in ALG è descritto in «Lexis» 17 (1999), pp. 389-391.

³ A cura di R. Di Donato, «Annales E.S.C.» (1982), p. 965 ss.

⁴ L. Gernet, *Les Grecs sans miracle*. Textes 1903-1960 réunis par Riccardo Di Donato. Préface de Jean-Pierre Vernant, Paris 1983 (trad. it. Roma 1986). Il titolo *Les débuts de l'hellénisme* è stato attribuito all'inedito dal curatore della prima edizione, sulla base di un'espressione contenuta nel testo gernetiano.

la légende grecque – en vue d'éclairer la préhistoire sociale de la Grèce et, par conséquent, les origines d'une civilisation»⁵.

L'importanza di questo lavoro ed il suo carattere di *summa* del pensiero e del metodo gernetiano costituiscono un dato assai noto⁶. Ai fini di questa esposizione interessa solo ricordare che il saggio mostra il primo sforzo di interpretazione generale della civiltà ellenica fondato sull'uso della leggenda come documento di protostoria sociale, e costituisce il primo passo verso la realizzazione del progetto terminato nel 1968 (sei anni dopo la morte di Gernet) con la pubblicazione, da parte di Jean-Pierre Vernant, della *Anthropologie de la Grèce antique*.

Les débuts de l'hellénisme è un testo articolato in più sezioni, ciascuna delle quali corrisponde probabilmente ad una delle lezioni progettate dall'autore. Nella sua versione stampata, esso consta di una importante parte metodologica introduttiva e di una lunga sezione, articolata in più paragrafi, nella quale è affrontato da vicino il tema della organizzazione della città.

... les exemplaires d'humanité à quoi correspondent les sociétés diverses et les civilisations successives sont des tous: en particulier la «mentalité» qui les caractérise est solidaire des formes d'activité ou d'organisation dont ils sont eux-mêmes inséparables; c'est ainsi que la mentalité qui caractérise la Grèce et dont participent les sociétés modernes apparaît dans les différentes zones de la vie grecque. C'est pour en prendre l'idée plus précise dont nous avons besoin que nous considérerons les «débuts de l'hellénisme» sur plusieurs chefs successifs. Le premier sera celui de la politique, c'est à dire de l'organisation de la cité.⁷

La lunga citazione è resa necessaria non solo dall'evidente importanza dei temi e dei nodi metodologici enunciati, ma anche da un'esigenza di carattere storico-culturale. Come si può comprendere dal passo citato, il carattere totale del fatto sociale (di evidente derivazione maussiana) è utilizzato come strumento ermeneutico per l'intelligenza delle reciproche connessioni tra forme sociali e forme di mentalità, e costituisce un presupposto per la necessità di studiare la civiltà ellenica *sur plusieurs chefs successifs*. Il primo di questi è i-

⁵ Gernet, *Grecs sans miracle* cit., p. 19.

⁶ Di Donato, *Per una antropologia storica* cit., pp. 100, 114 ss.

⁷ Gernet, *Grecs sans miracle* cit., pp. 22-23.

identificato nella organizzazione della città, che costituisce l'unico dei punti sviluppati per esteso dall'autore.

Il testo dei *Débuts* stampato nel 1982 si interrompe infatti, per consapevole scelta del curatore, dopo la trattazione di questo primo ambito. Il fascicolo contiene tuttavia sette pagine di cui è data notizia fin dalla prima edizione del testo e che sono state escluse dalla prima pubblicazione a causa della loro incompiutezza. In esse Gernet tratta il secondo dei *punti successivi* da lui previsti in apertura: come è facilmente prevedibile a questo punto dell'esposizione, l'inedito *Le droit* (che viene qui stampato per la prima volta) è costituito proprio da queste pagine. La continuità tra i due saggi è evidente, e non si limita ad elementi di contiguità fisica e grafica⁸, ma si estende anche a numerosi rimandi interni tra i due lavori, che possiamo a questo punto considerare legittimamente come due parti dello stesso saggio, e non come due entità autonome. Attenendosi al proposito manifestato dall'autore è possibile affermare che, con tutta probabilità, alla trattazione del diritto avrebbero dovuto fare seguito, almeno, l'esame dell'economia e della religione.

Poste queste premesse, l'analisi può rivolgersi all'inedito di cui offro la trascrizione.

Da un punto di vista paleografico, è utile osservare che *Le droit* è scritto su fogli grandi, utilizzati solo sul *recto*, con grafia estremamente chiara (ciò che lo distingue da molti altri testi contenuti in ALG). Pur mancando precisi riferimenti cronologici, la datazione del manoscritto è ricavabile da quella di *Débuts* (1949-1951), ed è riferibile perciò allo stesso periodo in cui Gernet elaborava *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, l'articolo stampato nel 1951 nell'«Année Sociologique» e poi confluito nella *Anthropologie de la Grèce antique*⁹. Si può affermare con certezza che *Le droit* è stato oggetto di un processo di revisione da parte dell'autore, i cui interventi, in margine o soprascritti, costituiscono talvolta preziosi strumenti per arricchire l'intelligenza del testo, e sono stati perciò da me trascritti in

⁸ ALG I,4. La numerazione delle pagine di *Le droit*, inserita dallo stesso Gernet, continua quella di *Débuts de l'hellénisme*. Si osserverà infatti che la numerazione dei fogli parte da 25r e giunge a 32r.

⁹ Cfr. «A.S.», 3^a sér. (1951), pp. 21-119 e L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, préface de J.P. Vernant, Paris 1968 (trad. it. a cura di R. Di Donato, Milano 1983), pp. 175-260.

alcune delle note. In particolare, nel caso di riferimenti a testi antichi (indicati da Gernet sempre in modo ellittico), ho reso esplicita l'indicazione nelle note a piè di pagina.

A dispetto di questo processo di correzione, è bene precisare fin da subito che *Le droit* è un testo frammentario, mai terminato dal suo autore. Per comprendere la natura e il grado di omogeneità del manoscritto, sarà utile osservare che il lavoro, privo di note, è articolato in tre sezioni ben distinte, due delle quali (la prima e la terza) sono sviluppate e suddivise in unità tematiche precise, identificabili con i paragrafi. La seconda sezione è invece manifestamente incompiuta, dato che la discussione si interrompe dopo un solo paragrafo, pur continuando virtualmente (e, come si vedrà, in una certa misura anche concretamente) nello schema di lavoro molto dettagliato che occupa il resto della pagina.

Le tre sezioni di cui si compone l'inedito sono segnalate nella trascrizione mediante dei numeri romani ¹⁰; l'articolazione dei paragrafi rispetta quella dell'originale. Nella prima sezione viene preso in esame lo sviluppo della nozione di giudizio, a partire dalle forme arbitrali testimoniate nell'epica omerica fino all'elaborazione di un'istituzione giudiziaria che è emanazione della *πόλις*; nella seconda avrebbe dovuto essere considerato il diritto penale in ambito «pubblico» (la reazione del gruppo di fronte a reati che ne minino l'integrità) e «privato» (la vendetta di sangue); infine, nella terza sezione è affrontata la questione della nascita delle obbligazioni in Grecia e a Roma, con enfasi particolare sul formalismo inteso come causa e condizione necessaria per la realizzazione dell'impegno reciproco.

La riflessione gernetiana mostra fin dall'inizio di risentire del dialogo intellettuale con Ignace Meyerson, il fondatore della psicologia storica che elaborò nell'unico libro della sua produzione scientifica ¹¹ la nozione di *fonction psychologique* (il rapporto biunivoco tra una nozione psicologica ed il suo oggettivarsi in un atto o in un fatto sociale). Le tre sezioni di cui si compone l'inedito sono infatti poste in rapporto con tre funzioni psicologiche definite (l'alternanza tra *notion* e *fonction psychologique* è già meyersoniana):

Et, pour nous résumer par anticipation, nous noterons qu'après tout, dans le droit pénal, c'est la notion de responsabilité; dans la procédure,

¹⁰ Presenti anche nei manoscritti, tranne che in apertura della terza sezione.

c'est la notion de preuve (et par conséquence une certaine notion de la vérité); et dans le droit contractuel, c'est la notion des volontés humaines comme condition nécessaire et suffisante de nos engagements. (f. 25r, *infra*, p. 207)

I

Poste le premesse filologiche e storico-culturali per una corretta interpretazione dell'inedito qui trascritto, è tempo di procedere ad una breve presentazione tematica delle tre sezioni, affrontandone più da vicino il contenuto e le argomentazioni.

L'autore inizia la propria esposizione ponendo esplicitamente in connessione cronologica e tematica il testo di *Le droit* con quello di *Les débuts de l'hellénisme*, rivendicando l'autonomia del campo di indagine da lui scelto e rinunciando ad una trattazione sistematica della materia: «... ce qui nous intéresse» – scrive Gernet – «ce sont les innovations à la fois caractéristiques et fécondes qui sont solidaires de cette réalité "politique" dont nous avons essayé, *précédemment*, de définir la signification» (f. 25r, *infra*, p. 207). L'uso dell'avverbio rende certi della diretta consequenzialità tra l'introduzione generale sugli inizi della civiltà ellenica e il lavoro, più specifico e successivo alla trattazione della politica, dedicato al diritto.

È chiaro fin da principio che l'approccio allo studio del diritto greco non si colloca su un piano di funzionamento istituzionale, come pure avviene in alcuni importanti scritti dello studioso nei quali il funzionamento del diritto è assunto come punto di partenza per un'indagine di respiro più ampio¹². L'esperienza giuridica ellenica è oggetto di un'indagine storico-antropologica che elabora autonoma-

¹¹ I. Meyerson, *Les fonctions psychologiques et les œuvres*, Paris 1948 (trad. it. *Psicologia storica*, Pisa 1983). Nuova edizione con una *Postface* di R. Di Donato, Paris 1995. È utile precisare che Gernet e Meyerson si conoscono dal 1928 (cfr. Di Donato, *Per una antropologia storica* cit., p. 20).

¹² Si veda, ad esempio, L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955. Il progetto di studio sul diritto greco concepito da Gernet era assai ampio e comprendeva, oltre a studi specifici, anche due volumi di carattere generale. Il primo di questi è stato recentemente stampato – a cura di chi scrive – in edizione italiana (L. Gernet, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, con una premessa di R. Di Donato, Firenze 2000); il secondo (*Etudes sur la technique du droit athénien à l'époque classique*) è in corso di pubblicazione, ancora a cura di chi scrive.

mente posizioni sostenute da importanti interlocutori. L'autore usa infatti categorie desunte dall'etnologia maussiana (area di civiltà)¹³, allude alla psicologia storica meyeroniana (nozione / funzione psicologica), e tenta di costruire un percorso di indagine *generale* sull'origine della civiltà ellenica. La reale argomentazione si avvia con una questione di metodo e una di sostanza. Elaborando alcune posizioni già enunciate in due importanti testi del 1938 e del 1947¹⁴, Gernet rivendica l'importanza dell'emancipazione della giusgrecistica dallo studio sul diritto romano, del quale – pure – sottolinea la rilevanza.

Quand on parle de droit et quand on parle de la civilisation antique dans la mesure où elle a eu des prolongements et une postérité, on pense tout de suite au droit romain. Et il est bien évident que le droit romain ... a exercé une influence considérable sur les sociétés modernes ... (f. 25r, *infra*, p. 207)

D'altra parte, l'attenzione dello studioso si rivolge alla comprensione del ruolo svolto dal diritto greco per lo sviluppo di alcune nozioni che, filtrate dal diritto romano, sono giunte fino *alle società moderne* (sia consentito soffermare l'attenzione sulla scelta, da parte dell'autore, del plurale)¹⁵. L'importanza del diritto greco è legata allo «*esprit juridique [del diritto romano e delle società moderne]* ... lequel n'a pas été possible sans certaines initiations qui ont orienté les institutions et les esprits dans un sens nouveau: et ce sont elles que nous apercevons dans l'hellénisme, et dont nous observons les conditions dans la cité grecque» (f. 26r, *infra*, p. 208).

¹³ Cfr. M. Mauss, *Les civilisations. Éléments et formes*, ora trad. it. in Idem, *I fondamenti di un'antropologia storica*, a cura di R. Di Donato, Torino 1998, p. 58 ss. Per la definizione dell'area di civiltà, cfr. *ibid.*, p. 65.

¹⁴ L. Gernet, *Introduction à l'étude du droit grec*, «AHDO» 2 (1938), pp. 1-44 e Idem, *Le droit grec ancien. Notions générales*, «Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris» 6 (1950), Paris, pp. 41-55 (trad. it. in Idem, *Diritto e civiltà* cit., appendice I, pp. 129-141).

¹⁵ Il tema ha suscitato, come è noto, l'interesse di molti studiosi. Si pensi, su tutti, alla costante attenzione dedicata da Arnaldo Biscardi all'apporto del diritto greco alla «civiltà giuridica occidentale». Così si può constatare, a mio avviso, nei molti saggi dello studioso recentemente raccolti da E. Cantarella e A. Maffi con il titolo di *Scritti di diritto greco*, Milano 1999.

Lo sviluppo del ragionamento non si limita, tuttavia, ad una semplice ricerca di continuità tra passato e presente, ma prende in considerazione le discontinuità e, soprattutto, riflette sul fenomeno sociale proprio della civiltà ellenica, la πόλις, studiandone gli antecedenti e la protostoria.

Volendo definire «la transformation qu'a déterminée l'établissement de la cité» (f. 26r), l'autore ricorre infatti ad un simbolo (nozione saussuriana, qui recepita nell'uso di Ignace Meyerson) utile a costituire – nel giudizio dell'autore – «le témoignage d'une aire de civilisation méditerranéenne orientale». Si tratta dello scettro, simbolo di regalità magica associato al *lituus* etrusco, di cui viene sottolineata la funzione formale per dirimere le liti.

Mi pare interessante, a questo proposito, riportare una serie di osservazioni che possono costituire un utile complemento alla riflessione gernetiana e, allo stesso tempo, fornire un ulteriore elemento per inquadrare da un punto di vista storico-culturale l'inedito di cui do trascrizione. Nel fascicolo delle *Archives* intitolato dallo stesso Gernet *Schluss* (ALG II,3), e cioè nel complesso di carte preparatorie all'*Anthropologie de la Grèce antique* (i contatti tra il nostro inedito e il volume si rivelano serrati), sono conservate molte schede contenenti osservazioni sul diritto e sul rapporto tra mitologia e diritto, che saranno utili anche nella presentazione della terza sezione del nostro inedito. Sul *verso* del foglio 54 si legge infatti:

Le sceptre est symbole des activités royales. Insigne de paix, et non pas insigne de guerre, instrument de domination pacificatrice, il est en vérité, comme d'autres symboles et d'autres images, un reliquat de royaume «magique». Il est significatif qu'il ait été particulièrement retenu, tel le *lituus* étrusque, comme moyen *dirimendarum litium*. Le droit qu'il administre est le droit de l'arbitrage: il est paré des attributs du divin, mais il ne pénètre pas, il n'informe pas la société. L'hellénisme a conçu autre chose: la notion du juste, qu'il introduit, écarte les symbolismes, élimine la notion religieuse de l'autorité, mais, du même mouvement, impose la règle sociale imaginée comme règle de l'intelligence. D'où, tout ensemble, le règne de la «loi», la naissance du rationalisme, celle de l'humanisme classique.¹⁶

¹⁶ ALG II, *Schluss*, 54v.

Lo scettro è simbolo della facoltà di parlare nella civiltà della parola¹⁷; verrebbe quasi da affermare che lo scettro è l'oggettivazione dell'atto del parlare «politico». In Omero esso è un bene di prestigio, un ἄγαλμα che, nel caso dello scettro di Agamennone, può possedere una propria storia autonoma degna di essere raccontata¹⁸. Lo scettro conferisce l'autorità di parlare ed ha connessione specifica con la figura dell'araldo¹⁹. Sulla scorta di una testimonianza aristotelica relativa al formalismo «efficace» nell'uso dello scettro per dirimere le controversie²⁰ e attraverso un'allusione alla *querelle* etimologica circa l'origine del termine δίκη²¹, l'attenzione di Gernet si concentra sui tratti peculiari della amministrazione della giustizia nella sua forma arbitrale:

... le roi ne rend pas véritablement la justice, le roi agit comme arbitre. Il y a là un état de choses qui, en Grèce même et à Rome encore moins, n'a pas disparu du premier coup, et qu'il est très important de définir. Que signifie ce stade de l'arbitrage? (f. 26r, *infra*, p. 209)

Gernet orienta la risposta alla domanda da lui stesso formulata intorno a tre punti, che sono tre conseguenze – sul piano della nozione di giudizio – dello stadio arbitrale.

In primo luogo, la realizzazione di un rapporto che potremmo chiamare triangolare (tra attore, convenuto e arbitro)²² si configura come alternativa al ricorso alle pratiche consuetudinarie, le quali nondimeno continuano ad esistere; in secondo luogo, la volontarietà della sottomissione all'arbitrato si realizza mediante un reciproco accordo solenne che costituisce un elemento fondante della stessa pro-

¹⁷ J.P. Vernant, *Les origines de la pensée grecque*, Paris 1962 (trad. it. Roma 1992²).

¹⁸ Hom. *Il.* II,100 ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, la disputa sorta in occasione dei giochi in onore di Patrolo. L'araldo pone lo scettro nelle mani di Antilocho e ottiene, in questo modo, il silenzio dell'assemblea, legittimando il possessore dello scettro a parlare (Hom. *Il.* XXIII,566 ss.)

²⁰ Arist. *Pol.* III,1285b11 (cfr. Serv. ad *Aen.* VII,187).

²¹ Si tratta di un tema sul quale Gernet si sofferma anche nel suo contributo intitolato *Sur la notion de Jugement*, dove vengono discusse e sviluppate alcune delle conclusioni raggiunte da Hans Julius Wolff nel suo celebre articolo del 1946 proprio sull'idea di giudizio nel diritto greco. Cfr. Gernet, *Droit et société* cit., pp. 62-63 e Idem, *Anthropologie* cit., p. 220 ss.

²² Sarebbe tuttavia da tenere presente anche un quarto elemento – il gruppo sociale – che manifesta la propria approvazione o disapprovazione, come avviene nel già citato caso dei giochi funebri in onore per Patrolo (Hom. *Il.* XXIII,466 ss.).

cedura arbitrale; infine – e l'autore propone di concentrare la propria attenzione su questo punto (*infra*, p. 209) – la nozione stessa di giudizio si configura nei termini di una lotta rituale tra attore e convenuto. All'interno dello scontro di fronte ad un'autorità, le prove (il cui carattere ordalico e decisorio costituisce ambito privilegiato per la riflessione storico-antropologica ²³) sono infatti gli strumenti per «mettere schiena a terra» l'avversario: unico ruolo del giudice è quello di presiedere a questa lotta e legittimarne il risultato: «... la conception du jugement est une conception mécanique et formaliste» (f. 27r, *infra*, p. 210).

La discussione del valore decisorio delle prove conduce l'argomentazione verso il tentativo di individuare le condizioni del mutamento operato, nella amministrazione della giustizia, dalla *instauration de la cité*: da un ricorso alla giustizia che, come si è visto, può realizzarsi solamente mediante il consenso delle parti ad un'amministrazione della giustizia che è diretta emanazione della sovranità popolare (ciò che determina la natura e la composizione dei tribunali: f. 27r, *infra*, p. 210). L'autore sente tuttavia l'esigenza di delimitare il reale interesse della propria riflessione, distaccandosi da ogni ipotesi di semplice analisi istituzionale:

Mais ce qui nous intéresse, ce n'est pas tant la figure historique de cette institution que la conception de la justice qu'elle manifeste. Elle la manifeste sur deux points essentiels, où elle est en antithèse absolue avec le passé. (ff. 27r/28r, *infra*, pp. 210)

Ciò che è in questione all'interno di questa parte conclusiva della prima sezione è una riflessione sul lento elaborarsi della πόλις e sulla graduale imposizione di quest'ultima al di sopra dei gruppi familiari e delle modalità consuetudinarie di giustizia che ne regolavano la convivenza. L'elaborazione del nuovo sistema giuridico non riesce a cancellare molti degli aspetti caratterizzanti la giustizia prepolitica (in questo senso è possibile affermare che il prediritto, nozione dinamica, coesiste accanto al diritto). Come è noto, Gernet si è soffermato in più occasioni su questo tema: l'integrazione dei gruppi familiari nel complesso processo di elaborazione della πόλις deter-

²³ Gernet si occupa della questione in una lunga sezione, interamente dedicata al sistema probatorio, di *Diritto e civiltà* cit., p. 91 ss.

minò, anche dopo la riforma clistenica, difficili equilibri, tensioni e contraddizioni ²⁴.

A ben vedere, inoltre, l'opposizione binaria tra una giustizia prepolitica e una giustizia che è emanazione del gruppo politico, pure presente in molti luoghi di *Le droit*, ha una sua validità solo nei limiti di una comodità espositiva che proceda per sommi capi. La lettura del testo gernetiano mostra assai bene un interesse rivolto piuttosto a tracciare il percorso storico, fatto di transizioni ma anche di sopravvivenze, che porta all'affermazione di una giustizia della πόλις, o meglio, all'elaborazione di un sistema giuridico oggettivato accanto al quale continueranno a coesistere elementi di prediritto. Sono proprio questi elementi di prediritto che, accanto alla leggenda, stimolano la ricerca degli antecedenti della procedura e delle nozioni affermate in età classica.

La citazione del passo gernetiano mostra, come si è visto, che i punti di rottura nei confronti del passato sono due. In primo luogo, ad un sistema fondato sul valore decisorio delle prove succede un sistema in cui vige l'apprezzamento da parte del giudice (ma pratiche come la tortura e il giuramento lasciano chiari segni dello stadio antico); in secondo luogo, all'interno di un sistema basato sulla lotta, in sede giudiziaria, tra attore e convenuto si inserisce gradualmente la nozione di «giusto» (ad esempio nel giuramento elastico, dove «avec une espèce de naïveté, mais révélatrice tout ensemble de l'état ancien et de l'état nouveau», è precisato che la dichiarazione del testimone sarà seguita solo se conforme alla verità: f. 27r, *infra*, p. 211). La funzione giuridica si estende al di sopra dei gruppi familiari (pur mantenendo alcuni tratti della giustizia di questi ultimi): «... la juridiction de la cité s'étend ... à la vie interne de la famille, c'est-à-dire à une matière qui dépendait jadis de groupes plus ou moins autonomes. La cité vraiment constituée est synonyme d'organisation totale, sur quoi s'étend tout le champ de l'institution judiciaire d'Etat» (f. 28r).

²⁴ I tre testi dedicati da Gernet alle forme di parentela nella Grecia antica (*Quelques désignations homériques de la parenté; La famille dans l'antiquité grecque. Vue générale; Observations sur le mariage en Grèce*) sono stati pubblicati in francese nel 1984 (*Forme e strutture della parentela nella Grecia antica. Tre inediti di Louis Gernet*, con un'introduzione di R. Di Donato) e in traduzione italiana nel 1997 (L. Gernet, *La famiglia nella Grecia antica*, con una premessa di R. Di Donato, Roma 1997).

II

L'importanza del momento in cui la funzione giuridica della πόλις si impone al di sopra del diritto consuetudinario interfamiliare era già stata sottolineata da Gernet in occasione della sua importante recensione al libro che Paul Fauconnet dedicò nel 1920 al tema della responsabilità²⁵. Nel volume recensito, il sociologo poneva grande enfasi sul tema della giustizia privata e sul sistema della vendetta tra gruppi familiari, ma il recensore sottolineava l'importanza dell'esistenza di un gruppo superiore alle relazioni interfamiliari:

Dans la vengeance privée, ce n'est pas la vengeance privée elle même qui est la plus intéressante à considérer pour l'étude de la responsabilité, encore qu'elle lui fournisse parfois une contribution des plus suggestives: ce sont les règles qui la dominent, et qui témoignent déjà de la présence et de l'action d'une société supérieure aux groupes familiaux ... par suite, un moment essentiel dans l'histoire de la responsabilité, c'est celui où cette société supérieure affirme son empire et où ... le responsable ... cesse complètement d'être considéré comme un *étranger*: et c'est alors, justement, que la responsabilité devient individuelle et subjective, que l'on envisage seulement l'auteur et seulement l'intention. Processus positif, pour une part: la moralité de la cité est plus exigeante, à certains points de vue, que celle de la gens.²⁶

Il tema ha rapporto con la seconda, incompiuta, sezione di *Le droit*. Come viene anticipato dallo stesso Gernet in apertura del lavoro, la nozione psicologica della responsabilità avrebbe dovuto infatti costituire l'oggetto della seconda sezione dell'inedito qui pubblicato. La redazione di questa parte si è arrestata dopo tre soli paragrafi, nei quali l'autore sottolinea l'importanza del diritto penale e della connessione di quest'ultimo con la realtà sociale della πόλις (che torna ad essere il centro dell'indagine)²⁷. L'argomentazione si interrompe nel punto in cui Gernet si propone di affrontare due ambiti di indagine precisi: la reazione del gruppo di fronte a reati che ne minino l'integrità e la vendetta di sangue.

²⁵ L. Gernet, *Recensione* a P. Fauconnet, *La Responsabilité. Etude de sociologie*, in *Travaux de l'Année Sociologique*, Paris 1920, «Revue philosophique de la France et de l'étranger» 46,91 (1921), pp. 272-286, ora in Gernet, *Grecs sans miracle* cit., pp. 175-222.

²⁶ *Ibid.*, p. 186.

²⁷ Foglio 29r, *infra*, p. 212.

Entrambi i progetti di studio hanno trovato una loro realizzazione in due inediti contenuti nelle *Archives*. Il primo dei temi evocati è affrontato per esteso nel secondo capitolo delle *Etudes sur la technique du droit athénien à l'époque classique*, una raccolta di studi sul diritto greco completamente inedita²⁸. Il secondo tema costituisce – come si è visto – un costante punto di indagine della riflessione gernetiana fin dagli anni '20. È possibile anzi dimostrare una certa continuità di attenzione, da parte di Gernet, nei confronti della questione. Il lungo brano della recensione a Fauconnet citato sopra mostra bene infatti come, già nel 1921, l'autore dei manoscritti concentrasse la propria attenzione sul rapporto tra le norme consuetudinarie proprie alla vendetta di sangue e il diritto oggettivo della πόλις. Il tema viene d'altra parte ripreso anche nel testo *Le droit pénal de la Grèce ancienne*, conservato in ALG nella duplice versione manoscritta e dattiloscritta, stampato nel 1984²⁹.

Non si tratta, in questa sede, di svolgere riflessioni di filologia gernetiana, né di rintracciare la continuità di interesse verso un tema che, peraltro, è anche sufficientemente importante per giustificare una trattazione a più riprese. E tuttavia, può non essere privo di interesse osservare che lo schema posto da Gernet nel punto in cui si interrompe la sezione II, in luogo della prosecuzione dell'argomentazione, corrisponde in modo assai preciso, nel tema e nell'ordine di trattazione, alle singole riflessioni contenute in *Droit pénal*³⁰. I fogli utilizzati per la redazione di *Droit pénal* (e la grafia con cui sono scritti) instaurano un contatto assai stretto con gli elementi paleografici che caratterizzano *Le droit*, tanto da fare pensare ad una possibilità di identificazione tra l'inedito stampato nel 1984 ed il capitolo mancante del nostro testo. E tuttavia, la presenza di una versione dattiloscritta di quest'ultimo saggio lascia supporre, se non addirittura un concepimento autonomo del lavoro (il contatto tra schema e trattazione non è dirimente), almeno un uso del tutto indipendente da quello previsto per *Le droit*.

²⁸ Di prossima pubblicazione (cit. *supra*).

²⁹ L. Gernet, *Le droit pénal de la Grèce ancienne*, a cura di R. Di Donato, in AA.VV., *Du châtement dans la cité*, Roma 1984, pp. 10-35.

³⁰ Lo schema è trascritto per intero. Cfr. *infra*, p. 212 n. 8.

III

La terza sezione dei manoscritti è dedicata ad un aspetto del diritto commerciale: la nascita delle obbligazioni contrattuali. L'esperienza della πόλις viene ancora indicata come fattore essenziale e decisivo per lo sviluppo della forma contrattuale e, per la seconda volta in un testo relativamente breve, viene ribadita l'autonoma importanza dell'esperienza giuridica ellenica e la possibile influenza di quest'ultima su un ambito circoscritto dell'esperienza giuridica romana: le *obligationes consensu contractae*.

Il percorso argomentativo costruito da Gernet è piuttosto lineare. Il diritto ateniese ammette un principio (accordo delle volontà come fattore costitutivo dell'obbligazione) che appare inizialmente estraneo al diritto romano, il quale lo rifiuta in modo esplicito³¹, pur recependone poi alcuni elementi all'interno del diritto pretorio. L'autore pone l'accento sul contrasto tra la precoce diffusione, in Grecia, dell'idea secondo la quale l'accordo delle volontà genera l'obbligo reciproco e la tarda ricezione di questa nozione all'interno del diritto romano. Gernet propone di spiegare questa *antithèse historique* (f. 30r, *infra*, p. 213) ipotizzando una dipendenza del diritto romano dal diritto greco:

... le progrès ne fait pas l'effet d'un développement organique, l'élément nouveau vient du dehors. Ainsi, dans le droit l'apparition de ce concept essentiel de l'accord des volontés peut être imputée à la Grèce.

La definizione di una possibile influenza del diritto greco sul diritto romano costituisce senz'altro uno dei nodi del processo di riflessione dell'autore, ma la discussione condotta in questa sede ha anche un altro sbocco. Gernet cerca infatti di individuare quali siano gli elementi fondanti che realizzano il vincolo psicologico dell'adempimento del patto, affondando in questo modo le radici della propria ricerca nella tradizione di studi sociologici sull'origine del contratto (Huvelin, Davy, Moret)³², nell'etnologia maussiana e, ancora una volta, nella psicologia storica di I. Meyerson. Dopo avere scartata l'i-

³¹ Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 541 ss. e, soprattutto, 606 ss.

³² Sul rapporto tra Gernet e gli studi relativi all'origine del contratto, cfr. Di Donato, *Per una antropologia storica* cit., p. 62 ss. Qualche elemento può essere reperito anche nell'introduzione a L. Gernet, *Eranos*, «Dike» 2 (1999).

potesi di inserirsi all'interno del dibattito sulla preistoria del contratto, che evidentemente non costituisce qui il reale fuoco dell'indagine³³, l'attenzione si concentra sull'importanza attribuibile al formalismo, inteso naturalmente come fiducia nella forza efficace delle forme e non come mero adempimento di semplici formalità.

È ancora intorno alla πόλις che si costituisce l'ipotesi di un'opposizione:

... il n'est pas question ici de considérer, même sommairement, le passé ou la préhistoire du contrat, mais il y a lieu de définir l'opposition entre ce passé et la conception déjà moderne que la cité grecque a rendu possible. (f. 30r, *infra*, pp. 213-214)

Eppure, ancora una volta, i termini dell'opposizione non sono netti ed hanno più il ruolo di una comodità espositiva a fini introduttivi, che quello dell'individuazione di un punto di svolta storico. Proprio nella città sono infatti individuate sopravvivenze del formalismo del contratto (l'ἐγγύη, valutata nel duplice aspetto della garanzia e del «contratto di fidanzamento»). Se è vero che la πόλις costituisce l'esperienza storica determinante per il passaggio da una dimensione pregiuridica della vita commerciale ad una nozione astratta e laica del contratto, è anche vero che la vita giuridica e giudiziaria della città non sembra potere fare a meno del rispetto di alcune forme, il cui significato è tutto da spiegare. La continuazione di alcuni tratti del formalismo ancora nell'esperienza della πόλις costituisce infatti un elemento di grande rilevanza, di cui viene indagata, *à travers la tradition légendaire*, la relazione con nozioni psicologiche e con realtà sociali di cui si è persa traccia in età storica.

In materia di commercio contrattuale, «le formalisme est un résidu: l'attachement à certains gestes et à certaines formules suppose qu'une certaine vertu efficiente leur est attribuée, laquelle vertu imprégnait d'abord tout un cérémonial religieux» (f. 31r).

Per chi legge solo questa sezione di *Les débuts de l'hellénisme* (il ragionamento condotto in apertura ci autorizza a parlare di *Le droit* in questi termini), il passaggio alla sezione conclusiva della terza

³³ Gernet si era occupato della questione in altri suoi importanti lavori: cfr. *Droit et prédroit en Grèce ancienne* cit., in *Anthropologie* cit., p. 177 ss.; *Droit de la vente et notion du contrat en Grèce* e *Sur l'obligation contractuelle dans la vente*, in Idem, *Droit et société* cit., pp. 201 ss. e 225 ss.; *Eranos* cit., pp. 5-61.

parte può forse apparire addirittura brusco. Dopo una prima sezione condotta in termini generali e con specifico riferimento all'amministrazione della giustizia (o almeno alla composizione delle liti), l'analisi si sposta infatti all'interno della documentazione leggendaria. E tuttavia, oltre ad essere enunciato in modo programmatico nella apertura di *Débuts*, il proposito di studiare la leggenda come documento di protostoria sociale (ciò che costituisce il vero presupposto metodologico dell'Antropologia storica del mondo antico), è prefigurato anche in molti luoghi di questo stesso inedito. L'analisi gernetiana raggiunge qui il punto di massima aderenza con il metodo proprio all'antropologia storica di cui l'*Anthropologie de la Grèce antique* costituisce l'esito.

Il rapporto con il mito non si stabilisce tuttavia nei termini di una semplice individuazione di *analogie* tra la realtà giudiziaria ateniese e alcuni racconti di cui la mitologia offre testimonianza. L'identificazione di scene giudiziarie nella mitologia può forse costituire il primo gradino di indagine, ma l'analisi gernetiana procede in un'altra direzione, isolando temi, stabilendo analogie e marcando differenze. La leggenda si costruisce per immagini polivalenti, le quali, nella loro connessione reciproca, rinviano a realtà storiche, sociali, economiche, giuridiche (in una parola: a fatti sociali totali) di cui si è spesso persa traccia in età storica. Gli elementi utili alla spiegazione di alcuni riti giuridici possono essere colti anche in scene che, apparentemente, non hanno alcun rapporto con situazioni giudiziarie. È in questo senso che, in relazione al rito di consacrazione di un accordo testimoniato da Pausania, Gernet parla di *un ensemble*:

On aperçoit ici un ensemble: il s'agit de pratiques relevant de la magie guerrière, où la puissance émanée de la victime a la vertu d'associer les contractants – l'idée de purification étant l'envers et comme le négatif de l'idée de force acquise et comme emmagasinée. (f. 31r, *infra*, p. 214)

L'analisi delle forme che, in quanto iterate e legittimate dal gruppo sociale, danno origine ad un rito non si limitano ad una mera opera di ricostruzione delle pratiche poste in atto per realizzare un accordo. Individuare tali pratiche (il sacrificio, i rituali del sangue e del vino, il giuramento) costituisce il presupposto per un'analisi sulle mentalità, sulle nozioni psicologiche, sulle formazioni sociali anteriori all'elaborazione del gruppo politico.

Ancora una volta, le *Archives* offrono un documento particolarmente rilevante. L'uso della mitologia come documento di protostoria sociale costituisce uno dei tratti più particolari del metodo gernetiano nello studio dell'esperienza giuridica ellenica. È ancora il fascicolo *Schluss*, con il quale evidentemente questo lavoro instaura una connessione privilegiata³⁴, ad offrire un elemento utile per rendere esplicite le ragioni dell'uso della leggenda ai fini dello studio del diritto³⁵. Al foglio 68r, dopo una serie di osservazioni intitolate, in un modo assai significativo, «*Mythologie du droit*» si legge:

Les formes essentielles de la procédure sont représentées, préfigurées dans la légende: elles ont leur mythologie. Ce qui est remarquable, c'est que, admises dans la cité, en tant que formes, elles y perdent, ou tendent à y perdre, leur vertu de réalisation et de création.

Si tratta solo di un frammento, la cui importanza emergerebbe assai meglio se il testo fosse posto in relazione con il complesso delle note di lavoro e delle schedature che lo precedono e che lo seguono. E tuttavia, le poche frasi di cui si compone l'osservazione gernetiana costituiscono forse il migliore commento all'intera sezione che chiude l'inedito *Le droit*. Vediamo di precisare.

La scelta di rivolgere la propria attenzione alla mitologia costituisce, come si è detto, il tratto maggiormente «storico antropologico» dell'indagine gernetiana sul diritto greco. Il rapporto tra dimensione giuridica e leggenda non si realizza, infatti, nei termini di una semplice individuazione di «situazioni giuridiche» all'interno delle storie degli dei e degli eroi. Il futuro autore della *Anthropologie* si muove con sicurezza sul terreno delle funzioni psicologiche e della analisi delle unità formali. Come si può vedere dagli esempi mitologici scelti per la sezione conclusiva di *Le droit*, l'autore pone in connessione il formalismo del rito giuridico con alcune «immagini» presenti nella leggenda e connesse con fatti sociali piuttosto definiti. Nel nostro caso, Gernet prende in esame il formalismo proprio della realizza-

³⁴ Tale connessione si riflette, tra l'altro, nei molteplici contatti tematici con l'*Anthropologie*.

³⁵ È evidente che, pure con differenze estremamente importanti, il punto di riferimento per l'uso della leggenda nello studio del diritto greco è da individuare nel libro di G. Glotz sulla *Solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce* (Paris 1904). Osservazioni in questo senso si possono leggere in Gernet, *Diritto e civiltà* cit., pp. 12-16.

zione dell'accordo reciproco e l'allusione a pratiche rituali e ad istituzioni sociali definite.

L'analisi di Gernet si limita all'esame di pochi esempi desunti dalla leggenda: una notizia di Pausania, un passo eschileo, un passo omerico. L'esplicitazione dei riferimenti ai testi sarà indicata nelle note alla trascrizione. Qui sarà sufficiente il riferimento ad alcuni dei temi trattati.

L'autore dei manoscritti disegna implicitamente un processo storico al cui termine c'è la «semplice» prestazione del giuramento come modo per la realizzazione di un impegno reciproco, anche nel diritto romano. Il punto di partenza di questo processo è individuato nel complesso rituale di cui il giuramento non è che una parte.

Si tratta di una transizione articolata in tre tappe, la prima delle quali mostra l'associazione tra sacrificio, prestazione del giuramento, e realizzazione dell'accordo. Il rituale presso la Tomba del Cavallo ricordato da Pausania ³⁶ mostra bene lo svolgimento di una serie di atti piuttosto definita, che implica l'immolazione di una vittima e la successiva prestazione di un giuramento a contatto con le viscere dell'animale. La forza ordalica del sangue della vittima sacrificale costituisce un elemento fondante dell'accordo tra i guerrieri, come testimonia l'episodio eschileo dei *Sette a Tebe* nel quale i guerrieri bagnano le loro spade nel sangue per concretizzare la propria alleanza ³⁷. La conclusione di Gernet è netta, e assolutamente non limitata alla ricostruzione delle pratiche rituali precontrattuali:

Voilà donc un procédé ancien pour créer l'engagement, tel qu'il fonctionne notamment dans une société militaire, dans un milieu de chefs comme le suggérerait déjà ce sacrifice du cheval ... le cheval étant apanage et symbole de «chevalerie». Ce procédé d'engagement n'est pas distinct et spécialisé: il est compris dans tout un ensemble, ensemble sacrificiel, qui est à fin, tout à la fois, de consécration et d'alliance, et qui utilise les vertus dites magiques libérées par l'immolation.

Si tratta di esempi di magia guerriera che operano all'interno di gruppi sociali a matrice militare; in essi il sacrificio del cavallo (non attestato come tale in età storica) rinvia con tutta probabilità ad un gruppo di capi militari che stringono alleanze immolando il simbolo

³⁶ Paus. III,9.

³⁷ Aesch. *Sept.* 42.

(il termine non è casuale) del proprio prestigio sociale. Con lo stesso ambito militare e di *magie guerrière* è del resto connessa la pratica di riti di sangue, in cui la potenza della vittima immolata contribuisce a realizzare concretamente un vincolo.

La seconda tappa del processo che conduce all'individuazione del giuramento come elemento fondante dell'obbligazione è individuata da Gernet sulla linea di una progressiva specializzazione. L'insieme delle pratiche sacrificali non associa più la consacrazione di un'alleanza e la realizzazione di un impegno, ma subordina gli effetti del rito al reale adempimento del patto. I contraenti si accordano per una prestazione, e ne tutelano l'efficacia proprio mediante lo svolgimento del rituale. A questo proposito vengono citati esempi mitologici – forse più vicini alla pratica del contratto – come quello relativo al duello decisivo tra Paride e Menelao³⁸ all'inizio delle vicende iliadiche, concentrato verso lo scopo definito di assicurare una prestazione anticipando la sanzione in caso di non adempimento.

Le procédé et le mécanisme ... sont en quelque sorte spécialisés, centrés sur un objet défini où l'idée d'alliance et l'idée de consécration sont résorbées et où apparaît au premier plan le souci d'assurer une prestation au moyen de la sanction religieuse qui interviendrait en cas de non-exécution.

L'evoluzione delle forme rituali dell'impegno è seguita da Gernet fino alla graduale riduzione di queste e al concretizzarsi della pratica rituale nella formula del giuramento (come forma solenne di realizzazione dell'impegno), della quale vengono segnalate due attestazioni anche nella vita giuridica e religiosa romana (XII tavole e *Ara Maxima* nel Foro Boario). Se è vero che il giuramento è un *résidu*, esso è comunque *un résidu actif*.

... et les contrats formels des anciens droits, dans leur ensemble, peuvent être interprétés de même sorte, comme une espèce d'abstrait de rites d'alliance où subsiste le souvenir d'une valeur efficiente et d'ordre magique.

C'est dire qu'en principe ils se suffisent à eux-mêmes: ils portent leur sanction en eux-mêmes. (f. 32r, *infra*, p. 216)

³⁸ Hom. *Il.* III,59 ss.

Se dovessimo operare un'indagine statistica sull'uso delle espressioni contenute in *Le droit* ne ricaveremmo, con tutta probabilità, che l'associazione più frequente è quella che lega *cité* a termini dinamici (*établissement, instauration*), utili a indicarne il lento e complesso elaborarsi. Il dato è significativo. Come si è infatti avuto modo di fare emergere a più riprese, è proprio la riflessione sull'elaborazione della città, sulla sua articolazione interna in gruppi a matrice familiare e sul graduale imporsi della giustizia cittadina al di sopra di questi gruppi, a costituire il reale nucleo dell'argomentazione condotta dall'autore. L'elaborazione del gruppo politico costituisce un primo, fondamentale, momento di svolta verso la difficile transizione dal prediritto al diritto, pur non segnando uno spartiacque definitivo tra le due dimensioni. Un criterio di reciproca esclusione tra prediritto e diritto risulterebbe infatti nettamente insoddisfacente, ed insufficiente a conferire un senso storico ai residui di giustizia arbitrare nel diritto ateniese, al valore ordalico delle prove e alla forza efficace attribuibile al giuramento.

Affermare che l'inedito *Le droit* è uno studio giuridico sarebbe, d'altra parte, non solo errato, ma anche fuorviante. Si tratta di un lavoro che si colloca nella fase finale degli studi gernetiani sul diritto greco, e deve perciò essere inquadrato nel generale sforzo di sintesi che segue ai lavori specialistici³⁹, alle edizioni degli oratori e di Platone⁴⁰, agli studi sulla leggenda. La densa prosa gernetiana assume in questo inedito dei tratti, per così dire, classificatori, e procede attraverso la chiara enunciazione di premesse e conseguenze (talvolta esposte sotto forma di elenco discorsivo).

Come si è visto, al dialogo con gli studi di giusgrecistica si affianca il rapporto scientifico con i principali membri dell'*école sociologi-*

³⁹ Solo a titolo di esempio, cfr. L. Gernet, *Notes sur les parents de Démosthène*, «REG» 31 (1918), pp. 185-196; Idem, *Sur l'epiclérat*, *ibid.* 34 (1921), pp. 337-379; Idem, *La diamartyrie, procédure archaïque du droit athénien*, «RD» (1927), pp. 5-37; Idem, *Notes de lexicologie juridique*, «Annuaire de l'Inst. de Philo. et de Hist. Or. et Slaves» 5 (1937), Mélanges Emile Boisacq, Bruxelles, pp. 391-398. Per una bibliografia completa dell'opera di L. Gernet, cfr. Di Donato, *Per una antropologia storica* cit., pp. 303-317.

⁴⁰ Gernet curò, per la collana delle «Presses Universitaires de France», le edizioni di Antifonte (Paris 1923), Lisia (Paris, Les Belles Lettres, 1924 e 1926), del Demostene civile (Paris, Les Belles Lettres, 1954-1960) e del vol. II dei *Plaidoyers Politiques* (in collaborazione con J. Humbert, Paris, Les Belles Lettres, 1959). Del 1951 è l'introduzione all'edizione delle *Leggi* (Platon, *Lois, Introduction: Les Lois et le droit positif*, Paris, Les Belles Lettres, 1951, t. I, pp. XCIV-CCVI).

que, con l'etnologia maussiana e con la psicologia storica di Meyerson. Gli anni che si sono indicati come probabile datazione per l'inedito sono gli stessi nei quali Gernet condivideva con Henry Lévy Bruhl l'insegnamento di Sociologie Juridique presso l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, tenendo corsi sul diritto greco di cui rimangono le carte preparatorie e gli appunti di alcuni allievi. E tuttavia, anche parlare di *Le droit* nei termini di un lavoro di sociologia giuridica sarebbe sicuramente riduttivo.

La relazione serrata che si istituisce tra questo saggio e *Les débuts de l'hellénisme*, e il contatto che – attraverso lo stesso testo di *Débuts* e attraverso varie carte degli archivi – si è visto instaurato con l'*Anthropologie* rendono certi del fatto che queste pagine sono in stretta relazione con il processo di fondazione della Antropologia Storica del Mondo Antico. I sette fogli che compongono *Le droit* costituiscono uno sforzo di intelligenza storico-antropologica dell'esperienza giuridica ellenica, valutata non come isolato ambito di studio tecnico, ma come una delle possibili chiavi di accesso per comprendere *gli inizi della civiltà ellenica*.

ANDREA TADDEI

LE DROIT

I

[25r] C'est une matière en apparence spéciale et d'intérêt secondaire que nous abordons: le droit peut être jugé une fonction trop particulière, trop singularisée pour être une matière instructive au point de vue où nous nous plaçons. Mais d'abord, il n'est pas question ici d'exposer cette matière dans son ensemble, quelle qu'en soit d'ailleurs l'importance dans les sociétés grecques: ce qui nous intéresse, ce sont les innovations à la fois caractéristiques et fécondes qui sont solidaires de cette réalité «politique» dont nous avons essayé, précédemment, de définir la signification. Or, à ce propos, il est facile de dissiper tout de suite l'impression de singularité historique que le terme de droit pourrait d'abord susciter. Nous nous proposons, en effet, d'examiner certains ordres de faits où le rôle de l'hellénisme, soit dans le plan institutionnel, soit dans celui des idées et d'un certain type de pensée humaine, peut apparaître vraiment significatif. Autant de secteurs considérés, autant de notions cardinales. Et, pour nous résumer par anticipation, nous noterons qu'après tout, dans le droit pénal, c'est la notion de responsabilité; dans la procédure, c'est la notion de preuve (et par conséquence une certaine notion de la vérité); et dans le droit contractuel, c'est la notion des volontés humaines comme condition nécessaire et suffisante de nos engagements.

Toutefois, et sans vouloir soulever des querelles de frontières ou des revendications de zones d'influence, ce qui serait bien puéril ou bien *scholar*, il nous faut dès l'abord répondre à une objection préalable ou plutôt définir une position de principe. Quand on parle de droit et quand on parle de la civilisation antique dans la mesure où elle a eu des prolongements et une postérité, on pense tout de suite au droit romain. Et il est bien évident, en effet, que le droit romain, qualifié de droit écrit, a exercé une influence considérable sur les sociétés modernes auxquelles il s'est transmis soit par une tradition continue et parfois plus ou moins souterraine, soit par une volonté d'importation dans les cas où on parle de sa «réception» en tel ou tel pays. Et il est bien évident que ce droit représente une espèce de création personnelle de la part de Rome, un apport singulier dans l'ensemble qu'on dénomme civilisation antique. En regard, le droit

grec peut nous apparaître bien pauvre, d'abord: et l'influence qu'il peut avoir eue en tant que droit, bien limitée, réduite à quelques emprunts occasionnels dans l'édit du préteur ou dans la législation du Bas Empire. Mais ce qu'on a en vue quand on fait cette constatation, c'est l'immense travail technique qui s'est opéré à Rome et qui s'échelonne sur plusieurs siècles; c'est même, plus pertinemment, cette discipline spéciale dont les profanes sont quelquefois portés à médire, mais qui n'en a pas moins une signification [26r] de premier ordre dans nos sociétés, celle de l'esprit juridique, lequel, par un subtil mélange d'empirisme et de déduction réalise un agencement des règles du jeu que nous considérons comme une garantie de vie humaine. Et si, sur ce point-là nous comparons la Grèce à Rome, nous pouvons dire que cette discipline n'a guère été pratiquée par la Grèce qui, au surplus, n'a pas eu les professionnels nécessaires; nous pouvons même dire, et nous aurons encore l'occasion de le remarquer, que l'esprit juridique n'a pas été possible sans certaines initiations qui ont orienté les institutions et les esprits dans un sens nouveau: et ce sont elles que nous apercevons dans l'hellénisme, et dont nous observons les conditions dans la cité grecque.

Si notre information sur les plus anciens états du droit est assez déficiente, et parfois plutôt allusive parce que littéraire, nous pouvons nous faire une idée assez définie du développement de l'institution judiciaire. Pour faire comprendre son passé et, du même coup, la transformation qu'a déterminée l'établissement de la cité, j'oserai recourir à un symbole, ou plutôt utiliser et commenter le symbole que les plus anciens témoignages nous proposent. C'est le roi qui apparaît anciennement comme juge – le roi ou les personnages revêtus d'une dignité quasi religieuse et qui sont porteurs du même instrument que lui, à savoir le sceptre. Le sceptre est, comme d'autres symboles et comme d'autres images, un reliquat de royauté magique: il est significatif qu'il ait été particulièrement retenu, tel le *lituus* des Étrusques (et nous avons sans doute ici le témoignage d'une aire de civilisation méditerranéenne orientale), comme moyen de trancher les procès. De fait, le sceptre royal, dans certains gestes efficaces auxquels fait allusion Aristote ¹ et dont l'image est peut-être

¹ [Il riferimento è a Arist. *Pol.* III,1285b11: il giuramento prestato dai re nella amministrazione della giustizia è detto τοῦ σκήπτρου ἐπανάτασις. Cfr. anche Serv. ad *Aen.* VII,187].

associée à la signification étymologique du mot δίκη, le sceptre sert à départager des adversaires ². Mais dans quelles conditions et en quel sens? Il y a ici un curieux contraste entre les espèces religieuses où se produit le jugement et la modestie de sa fonction. Car le roi ne rend pas véritablement la justice, le roi agit comme arbitre. Il y a là un état de choses qui, en Grèce même et à Rome encore moins, n'a pas disparu du premier coup, et qu'il est très important de définir. Que signifie ce stade de l'arbitrage?

Il signifie d'abord que le recours à un tiers, fût-il revêtu de la dignité royale, ne se fera que du commun accord des parties, comme on le voit par exemple dans la scène du Bouclier d'Achille chez Homère ³. Il y a des moyens d'exécution, vengeance, saisie de la personne etc. que la coutume met à la disposition de la partie offensée ou créancière, et qui sont en réalité des actes de guerre légitime dont l'effet peut s'exercer librement [27r] sauf ce recours à une procédure de paix, que d'ailleurs une certaine pression de l'opinion publique peut procurer: il n'y a pas une puissance publique qui puisse imposer le règlement d'une affaire. En second lieu, la soumission au jugement lui-même, comme on le voit dans les droits orientaux et dans la pratique subsistante de l'arbitrage en Grèce, dépend des parties et n'est assurée que par une promesse formelle des parties, par un engagement spécial qui est un des éléments, une des pièces de la procédure d'arbitrage. Un troisième caractère, plus profond, exige qu'on s'y arrête spécialement, c'est celui qui concerne la notion même de jugement, telle qu'on la reconnaît encore dans le droit d'une cité crétoise qui appartient par hypothèse à une région retardataire, dans la loi de Gortyne ⁴. Il y a des preuves, admises par la coutume, qui ont une valeur décisive par elles-mêmes: ainsi le

² [La questione è affrontata da Gernet anche in *Anthropologie* cit., p. 196 ss.].

³ [Cfr. Hom. *Il.* XVIII, 497-618. Come è noto, le interpretazioni della scena giudiziaria dello Scudo di Achille sono assai numerose. Qui basti rinviare, almeno, a quanto hanno scritto E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, Milano 1975; R. Westbrook, *The trial scene in the Iliad*, «Harvard Studies in Classical Philology» 94 (1992), pp. 53-76; H. e M. van Effenterre, *Arbitrages Homériques*, in M. Gagarin (hrsg.), *Symposium 1990. Vorträge sur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln 1991, pp. 93-105; R. Di Donato, *Omero. Forme della narrazione e forme della realtà. Lo Scudo di Achille*, in S. Settis (a cura di), *I Greci. Storia Cultura Arte Società*, vol. 2, t. I, Torino 1996, pp. 227-253].

⁴ [Cfr. Gernet, *Diritto e civiltà* cit., p. 122 ss.; Idem, *Anthropologie* cit., p. 220 s.; Idem, *Droit et société* cit., p. 66 ss.].

serment de la partie accusatrice ou le serment libératoire du défendeur, le témoignage de témoins réglementaires et en nombre fixé pour tel cas. Si ces preuves sont administrées où s'il se doit et comme il se doit, elles assurent la victoire – car le procès, dans son nom même, est une lutte – de la partie qui les administre. Juger, c'est déclarer cette victoire conformément à la règle des preuves. L'office du juge est de présider à cette forme de lutte et d'en homologuer le résultat. La conception du jugement est une conception mécanique et formaliste.

Nous aurons dans la suite à considérer spécialement ce système primitif et à approfondir cette notion primitive de l'effet mécanique des preuves. Ce qui nous intéresse pour l'instant, c'est de marquer le sens et de définir les conditions du changement qui s'est opéré par l'instauration de la cité. D'abord le recours à la justice et l'effet obligatoire du jugement ne dépendent plus du consentement des parties. La justice est une fonction de l'État et, comme telle, s'impose aux particuliers. Plus précisément: l'administration de la justice est une des espèces de la souveraineté. De là les formes particulières qu'elle a prises chez les Grecs: la souveraineté réside dans le corps politique; la souveraineté réside dans la *politeia*: en règle et sauf délégation spéciale, son action de justice s'exercera par des organes qui sont des organes de gouvernement, Conseils, magistrats – et très tôt, dans la cité orientée vers la démocratie, assemblée du peuple ou fraction de l'assemblée du peuple – d'où, dans une cité comme Athènes ces étranges tribunaux de plusieurs centaines de jurés, d'où aussi l'aspect politique et, à l'occasion, démagogique que peut présenter à l'époque classique l'institution judiciaire. Mais ce qui nous intéresse, ce n'est pas tant la figure historique de cette institution que la conception de la justice [28r] qu'elle manifeste. Elle la manifeste sur deux points essentiels, où elle est en antithèse absolue avec le passé.

D'abord, l'ancienne conception des preuves décisives disparaît: on ne peut pas dire, nous y reviendrons, qu'elle disparaisse sans laisser des traces dans certaines idées traditionnelles ou certains adages – et c'est du reste très instructif – mais le rôle du juge, ce n'est pas d'enregistrer le résultat de la lutte judiciaire en suite par exemple du serment prêté par une des parties. Et on en vient très vite, dans le droit d'Athènes du moins, à l'idée d'une libre appréciation de la part du juge: le juge n'est plus soumis au déterminisme des preuves. Nous voyons du reste, à travers le mot lui-même, la transformation

qui s'est faite dans la notion du jugement. Nous avons indiqué le sens précis qu'a eu d'abord le verbe signifiant juger⁵. Il convient d'ajouter que de bonne heure on a admis, pour les cas où les preuves décisives font défaut ou s'équilibrent, une décision propre du juge, comportant la garantie formaliste du serment: dans la loi de Gortyne notamment, on voit s'élargir le champ de cette décision, qui garde malgré tout, sous un nom spécial, un caractère exceptionnel en principe. Tout se passe comme si cette idée, d'abord localisée, s'était étendue obligatoirement à tous les cas, imprégnant le nom même qui désigne le jugement et qui en vient à signifier le contraire, en quelque sorte, de ce qu'il signifiait d'abord. Le juge prête serment, à Athènes et ailleurs, de juger «selon ce qui lui paraîtra le plus juste» – en son âme et conscience – ce qu'un règlement traduit avec une espèce de naïveté en ajoutant dans la formule de serment: «je ne jugerai pas suivant la déclaration d'un témoin s'il ne me paraît pas dire la vérité». Avec une espèce de naïveté, mais révélatrice tout ensemble de l'état ancien et de l'état nouveau. L'idée que le juge a à statuer d'après la vérité telle qu'il la perçoit et d'après la justice telle qu'il l'apprécie, cette idée qui nous paraît aller de soi est en réalité une notion acquise: l'institution judiciaire en a d'abord été le contre-pied⁶. Il nous est donné de voir, à travers l'expérience grecque, dans quelles conditions historiques elle l'a reconnue et sanctionnée.

En second lieu, en accord et en connexion avec le fait que la justice est un attribut essentiel de la souveraineté, le champ du jugement entendu comme acte public et manifestation d'autorité sociale s'élargit considérablement. Et il s'élargit très vite. A Athènes, nous le voyons dès la législation dite draconienne, où l'homicide, qui relevait auparavant de la vengeance privée, relève des tribunaux d'État. Nous le voyons plus encore avec la législation solonienne, où la juridiction de la cité s'étend en particulier à la vie interne de la **[29r]** famille, c'est-à-dire à une matière qui dépendait jadis de groupes

⁵ [Cfr. *Droit et société* cit., p. 68 n. 1].

⁶ [Sul sistema probatorio del diritto attico, cfr. A. Soubie, *Les preuves dans les plaidoyers des orateurs attiques*, I e II, «RIDA» 20 (1973), pp. 171-209 e *ibid.* 21 (1974), pp. 77-134; S. Todd, *The purpose of evidence in Athenian Courts*, in P.A. Cartledge - P.C. Millet, *Nomos. Essays in Athenian law, politics and economics*, Cambridge 1990, pp. 19-39; P. Butti de Lima, *L'inchiesta e la prova. Immagine storiografica, pratica giuridica e retorica nella Grecia classica*, Torino 1996].

plus ou moins autonomes. La cité vraiment constituée est synonyme d'organisation totale, sur quoi s'étend tout le champ de l'institution judiciaire d'État

II

Si nous considérons d'abord le droit pénal, ce n'est pas parce qu'il représente ce qu'il y a de plus proprement juridique dans le droit – au contraire: c'est parce qu'un rapport direct s'y atteste, mieux qu'en aucune autre partie, avec la réalité sociale de la πόλις.

A vrai dire, ce que nous appelons le droit pénal, et dont l'unité est justement le produit de l'organisation civique elle-même, comprend des éléments dont l'hétérogénéité primitive est manifeste. Parmi ces éléments, je me contenterai à une allusion à un droit délictuel très général dont la poursuite du vol est l'exemple le plus typique.

Mais les antécédents auxquels nous nous arrêterons se rapportent à deux domaines bien différents entre eux et qui, au surplus, témoignent l'un et l'autre de conception d'un type très ancien: l'un est celui où apparaît la réaction du groupe tout entier aux actes qui l'offensent directement⁷; l'autre est celui de la vengeance, et particulièrement de la vengeance de sang⁸.

[30r] En abordant la matière du contrat, nous abordons un domaine où l'innovation hellénique a été d'une importance et d'une fécondité qu'on ne peut pas surestimer. A vrai dire, cette innovation n'est apparue pleinement qu'au cours de la période classique, mais on

⁷ [Il tema è trattato in modo assai puntuale nel secondo capitolo delle *Etudes sur la technique du droit athénien à l'époque classique*, un volume gernetiano inedito sul diritto greco di prossima pubblicazione].

⁸ [L'argomentazione è interrotta. Segue un esaustivo schema di lavoro:

I. Modes d'exécution capitale

Caractère religieux. L'imprécation, la mise hors la loi. Caractère de l'ordalie.

II. La vengeance du sang

Contenu religieux du point de vue de la famille. La puissance du mort. La *poimé*.

Extension du sentiment religieux. Rite des Bouphonies. Signification de la souillure. La prohibition de l'homicide.

Création des tribunaux pour crimes de sang

Le principe du jugement

La responsabilité. Ses formes primitives. Survivances. Bouphonies et boucs émissaires. Ostracisme. Réalisation acquise. La réflexion sur le droit pénal].

peut affirmer qu'elle a été conditionnée par l'établissement de la cité et que l'hellénisme tel que nous l'avons défini comme création sociale la portait en soi. Indiquons d'abord d'un mot comment elle se situe dans l'histoire générale. Le droit romain, qui a exercé ici l'influence que l'on sait sur les sociétés modernes, qui, après tout, a été leur institutrice en la matière – le droit romain connaît, dans le tableau d'une symétrie artificielle qu'on s'est plu à en donner à l'âge dit classique, quatre espèces d'obligations contractuelles – la quatrième étant celle des contrats qui se forment par simple consentement: ce serait pour nous la catégorie essentielle; pour les Romains, c'est la plus récente. L'idée que l'accord des volontés est la condition nécessaire et suffisante de l'obligation n'a été reçue par le droit, c'est-à-dire sanctionnée par la loi qu'à une date relativement basse, pas avant le dernier siècle de la République – un peu avant l'époque de Cicéron et pour des espèces limitativement prévues. D'autre part un des traits les plus caractéristiques du droit athénien, dès le V^e siècle probablement, c'est l'affirmation sous forme d'un adage fréquemment répété⁹, que la convention en tant que telle, l'accord pur et simple des volontés, a force exécutoire. Cette antithèse historique pourrait ne rien signifier par elle-même; mais deux observations s'imposent: l'une c'est que la reconnaissance des contrats consensuels chez les Romains s'est faite dans le droit Prétorien, lequel applique les principes d'un *ius gentium* commun aux citoyens et aux étrangers; l'autre, que l'application du principe nouveau représente quelque chose d'hétérogène par rapport au droit que nous pouvons dénommer national ou indigène, lequel tenait pour un de ses principes essentiels que le simple pacte, c'est-à-dire la convention en elle-même ne peut entamer d'action en justice. Le progrès ne fait pas l'effet d'un développement organique, l'élément nouveau vient du dehors. Ainsi, dans le droit l'apparition de ce concept essentiel de l'accord des volontés peut être imputée à la Grèce. Voyons ce qu'elle signifie, voyons comment elle se situe dans l'ensemble de création à quoi correspond l'hellénisme.

Il n'est pas question ici de considérer, même sommairement, le passé ou la préhistoire du contrat, mais il y a lieu de définir l'opposition entre ce passé et la conception déjà moderne que la cité grec-

⁹ [Cfr., ad esempio, Plat. *Symp.* 196c].

que a rendu possible. Que la Grèce ait connu le formalisme du contrat, c'est plus qu'une induction légitime puisqu'on en reconnaît le souvenir dans une espèce qui, sous le même nom, se rapporte d'une part au cautionnement, d'autre part **[31r]** à la constitution du mariage ou, plus exactement, à un contrat de fiançailles¹⁰. Il est justement remarquable que le formalisme, là aussi, ne soit plus guère qu'un souvenir dès une époque assez ancienne, mais il ne nous est pas interdit de reconnaître, à travers la tradition légendaire, à quelles notions répondent, en Grèce comme ailleurs, les usages dits primitifs en matière de commerce contractuel. Le formalisme, dans ce domaine, est un résidu: l'attachement à certains gestes et à certaines formules suppose qu'une certaine vertu efficiente leur est attribuée, laquelle vertu imprégnait d'abord tout un cérémonial religieux. Considérons des cas d'engagement que nous offre la légende.

Il y avait, non loin de Sparte, un monument dénommée le Tombeau du Cheval¹¹: c'est là que Tyndare d'après la tradition, avait fait jurer aux prétendants d'Hélène de porter secours en cas d'offense à celui d'entre eux qui serait agréé. Un cheval avait été immolé, et c'est debout sur les parties de la victime que les prétendants s'étaient ainsi engagés¹². Un rituel analogue s'est conservé pour le serment libérateur ou judiciaire. Mais on en connaît un également comme rituel d'engagement ou rituel de purification pour une armée: il consiste à faire passer ceux qui sont soumis à ce rite entre les morceaux de la victime. On aperçoit ici un ensemble: il s'agit de pratiques relevant de la magie guerrière, où la puissance émanée de la victime a la vertu d'associer les contractants – l'idée de purification étant l'envers et comme le négatif de l'idée de force acquise et comme emmagasinée; spécialement la puissance émanée de certaines parties privilégiées ou du sang sacrificiel: c'est dans ce sang, versé dans un bouclier, que les sept Chefs devant Thèbes¹³ trempent leurs mains

¹⁰ [Sulla ἐγγύη si veda E. Cantarella, *La «eggve» prima e dopo la legislazione di Solone nel diritto matrimoniale attico*, «Rendiconti dell'Istituto Lombardo. Cl. di Lettere» 98 (1964), pp. 121-161. Cfr. anche Gernet, *La famiglia nella Grecia antica* cit., p. 107 ss. e Idem, *Anthropologie* cit., pp. 204 ss. e 248 ss.].

¹¹ [La notizia è riportata da Pausania (III,9). Sul tema si vedano le osservazioni di Gernet in *Anthropologie* cit., p. 175].

¹² In margine: *Arèopage. Démarate et sa mère*. [Il riferimento è con tutta probabilità a Her. VI,65 ss.].

¹³ [Aesch. *Sept.* 42 ss. Cfr. anche Xen. *Anab.* III,2,9 e Paus. II,19,8].

au moment où ils se lient entre eux; c'est dans ce sang qu'à l'occasion on plonge les armes. Et c'est ce sang également qui est absorbé parfois ou du moins mélangé au vin du cratère pour servir à un rite de communion. Voilà donc un procédé ancien pour créer l'engagement, tel qu'il fonctionne notamment dans une société militaire, dans un milieu de chefs comme le suggérerait déjà ce sacrifice du cheval (qui pratiquement a disparu à l'époque historique) – le cheval étant apanage et symbole de «chevalerie». Ce procédé d'engagement n'est pas distinct et spécialisé: il est compris dans tout un ensemble, ensemble sacrificiel, qui est à fin, tout à la fois, de consécration et d'alliance et qui utilise les vertus dites magiques libérées par l'immolation ¹⁴.

Par rapport à cette forme fondamentale, les engagements qui peuvent avoir lieu pour des fins particulières – des ennemis mêmes ont besoin de traiter entre eux – apparaissent comme des espèces d'application: on le voit par exemple chez Homère, quand le Roi des Grecs et le Roi des Troyens s'engagent pour leurs peuples à mettre fin à la guerre à la suite du jugement de **[32r]** Dieu qui décidera entre Paris et Ménélas ¹⁵: même procédé – celui du sacrifice –, même mécanisme – celui qui fait entrer en action les vertus de la victime. Cependant le procédé et le mécanisme, ici, sont en quelque sorte spécialisés, centrés sur un objet défini où l'idée d'alliance et l'idée de consécration sont résorbées et où apparaît au premier plan le souci d'assurer une prestation au moyen de la sanction religieuse qui interviendrait en cas de non-exécution. Et de là peut sortir une forme d'engagement où le seul résidu, mais résidu actif, c'est le serment – le serment qui peut se passer du sacrifice, qui peut se réduire à un minimum de gestes et à la formule stéréotypée: forme d'engagement générale, qui a subsisté dans l'usage hellénique extrajudiciaire, dont nous savons qu'elle était admise à Rome dans le droit des XII tables et qu'une tradition bien établie l'associait à l'autel d'Hercule sur le marché aux Bœufs ¹⁶ – forme d'engagement qui est un type de contrat formel en ce qu'elle est employée généralement

¹⁴ In margine: φιλότης.

¹⁵ [Hom. *Il.* III, 269 ss.].

¹⁶ [L'unica fonte antica che alluda esplicitamente ad un giuramento prestato sulla *Ara Maxima* è, a mia conoscenza, D.H. *Antiquitates Romanae* (I, XL, 6). Ma cfr. anche Liv. I, 7, 9 ss.; Verg. *Aen.* VIII, 193 ss.; Ov. *Fasti*, I, 541].

et considérée comme régulièrement génératrice d'obligation dans le commerce social. Et les contrats formels des anciens droits, dans leur ensemble, peuvent être interprétés de même sorte, comme une espèce d'abstrait de rites d'alliance où subsiste le souvenir d'une valeur efficiente et d'ordre magique.

C'est dire qu'en principe ils se suffisent à eux-mêmes: ils portent leur sanction en eux-mêmes ¹⁷.

LOUIS GERNET

¹⁷ [Segue citazione di Paus. II,19,8, riguardante il giuramento dei comandanti di fronte a Tebe].