

*Ei fu. Lui è ancora.
Napoleone e il diritto romano*

I. Lo stretto rapporto tra Napoleone e il diritto

Il rapporto tra Napoleone e il diritto è notoriamente molto stretto: non solo per il generale ruolo da lui svolto come legislatore¹ e in particolare come autore di una codificazione di diritto privato estremamente influente², ma proprio per lo speciale

¹ La codificazione napoleonica abbracciò tutti i campi del diritto: al Codice civile del 1804 seguirono quelli di procedura civile (1806), di commercio (1807), di procedura penale (1808) e infine il Codice penale (1810). Cfr. le miscellanee pubblicate per i tipi della Dalloz in occasione dei rispettivi bicentenni, *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Paris 2004; *Le Code de Commerce 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Paris 2007; *Code Pénal et code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Paris 2010. A questo va aggiunta la produzione di diritto pubblico, con la istituzione del Consolato nel 1799 e dell'Impero nel 1804. Per uno sguardo complessivo si rimanda ai vari contributi nel volume a cura di Th. Lentz, *Napoléon et le droit : droit et justice sous le Consulat et l'Empire*, CNRS, Paris 2017, che fin dalla quarta di copertina esprime bene il concetto: «Rares sont les époques où le droit a autant été au centre de la pensée des hommes et de l'action des États que sous le Consulat et l'Empire».

² Per il *Code civil* come «la véritable constitution» della Francia («véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel, pour emprunter aux publicistes une distinction usuelle») nonché, per una esposizione della sua storia successiva, vd. J. Carbonnier, *Le Code civil*, in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, 1.

impegno personale che egli riversò nel propugnarla e realizzarla. Altrettanto stretto è il suo rapporto con il diritto romano in particolare, e non solo per le forme costituzionali espressamente classicistiche³ in cui si trovò ad operare⁴, ma anche per il contenuto stesso della codificazione.

È la combinazione di questi due aspetti – il personale ruolo svolto da Napoleone nella codificazione del diritto privato e il preminente ruolo che il diritto romano ha avuto in essa – che ci permette di svelare, almeno in parte, il ‘vero’ rapporto che Napoleone ebbe col diritto antico, altrimenti offuscato dalla leggenda costruita intorno a lui. La maggiore tecnicità del diritto privato (nonché la sua maggiore continuità con la tradizione antica) permette inoltre di cogliere più da vicino l’effettiva conoscenza e la considerazione che Napoleone aveva della tradizione giuridica romana, al di là dei

La nation, Gallimard, Paris 1997, p. 309 e Id., *En l’année 1817*, in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris 1985, pp. 81-95.

³ Sull’uso politico, complesso e ambivalente, dell’antichità greco-romana nell’età della Rivoluzione si vd. D. Di Bartolomeo, *Nelle vesti di Clio. L’uso politico della storia nella Rivoluzione francese (1787-1799)*, Viella, Roma 2014, in part. 99 ss.; vd. anche il classico H. T. Parker, *The Cult of Antiquity and the French Revolutionaries*, University of Chicago Press, Chicago 1937 (rist. Octagon, New York 1965). In particolare sull’uso politico del diritto antico, cui i Rivoluzionari si richiamarono proprio in contrapposizione al ‘diritto divino’ dell’Ancien Régime, vd. J. Bouineau, *Les toges du pouvoir, ou la révolution de droit antique (1789-1799)*, Editions Eché, Toulouse 1986. Cfr. anche, in relazione alla repubblica romana del ‘98-99, le osservazioni di P. Alvazzi Del Frate, *La ‘romanté’ dans le système juridique de la République romaine (1798-1799)*, in *Antichità e rivoluzioni da Roma a Costantinopoli a Mosca*, a cura di P. Catalano et al., Herder, Roma 1998, pp. 201-213.

⁴ Sulla Costituzione dell’anno VIII (con il suo tricameralismo di *Tribunat*, *Senat conservateur* e *Corps législatif*) dalla prima ideazione di Sieyès alle modifiche napoleoniche, vd. S. Bloquet, *L’évolution du projet de Constitution de l’an VIII à travers ses sources manuscrites*, in Lentz (dir.), *Napoléon et le droit cit.*, pp. 75-90 ; Id., *La genèse de la Constitution de l’an VIII et ses ultimes modifications manuscrites*, «Napoleonica» 25, 2016, pp. 5-93, nonché P. Pasquino, *Sieyès et l’invention de la constitution en France*, Odile Jacob, Paris 1988 e già J. Bourdon, *La Constitution de l’an VIII*, Carrère, Rodez 1942.

generali riferimenti culturali dell'epoca e al di là dell'aspetto di propaganda⁵.

Dopo una preliminare introduzione sul ruolo svolto dal codificatore e sul mito che ne è derivato, proverò quindi a illustrare, grazie ad alcuni esempi concreti, il diritto romano di Napoleone.

II. *Il legislatore dei Francesi*

Napoleone venne acclamato e celebrato da subito come Il legislatore dei Francesi, come l'uomo che aveva dato ordine alla Rivoluzione⁶, che aveva dato corpo agli auspici di Rousseau⁷ e che da

⁵ Sul richiamo, anche in funzione legittimante, ai modelli antichi vd. J.-Ch. Assali, *Napoléon et l'Antiquité*, «Souvenir napoléonien» 333, 1984, p. 16; per il richiamo al modello imperiale antico, Th. Lenz, *Napoléon a voulu imiter les empereurs romains*, in Id. (dir.), *Napoléon*, Le Cavalier Bleu, Paris 2001, pp. 29 ss.; sull'ideologia imperiale di Napoleone come «ultimo dei Romani», tra il culto della personalità e divinizzazione della figura, J.-O. Boudon, *Napoléon, le dernier des romains*, Les Belles Lettres, Paris 2021. Per i richiami culturali e ideologici all'antico nella nuova età della 'Nazione', Ch. Dousset-Seiden, *La Nation française et l'Antiquité à l'époque napoléonienne*, «Anabases» 1, 2005, pp. 59-74, in part. 64 ss. Vd. anche *infra* la nota 79 in questo contributo.

⁶ Cfr., anche per le radici e l'evoluzione del mito, X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, Dominique Martin Morin, Bouère 2004; per come la codificazione modificò l'insegnamento del diritto, vd. Ph. Rémy, *Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle*, «Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique» 1985, pp. 91-105.

⁷ Cfr. il ruolo del *grand législateur* nel *Contrat social* (libro II) di Rousseau, su cui A. Loche, *Il legislatore nel Contrat social*, «Rivista di storia della filosofia» 65, 2010, pp. 247-270, nonché F. Bonzi, *La figura del «législateur». nel pensiero politico di Rousseau*, «Acme» 60, 2007, pp. 143-172. Nelle sue *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1772), Rousseau scriveva infatti: «Il faut faire trois codes. L'un politique, l'autre civil et l'autre criminel», cfr. *infra*, nota 19 in questo contributo. Sull'ideologia autoritaria (più che liberale) sottesa al Codice, e sulla flessibilità della codificazione vd. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris 1996, pp. 14 s. e J. Leclair, *Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction*, «Revue juridique Thémis» 36, 2002, pp. 1-82. Vd. anche X. Martin, *Nature humaine et Révolution française*, D. Martin Morin, Bouère 1994.

novello Cesare era divenuto anche novello Giustiniano⁸. Le numerose raffigurazioni artistiche di questo evento, coeve e successive, riflettono questo aspetto, tutte con una modalità che esprime l'originaria auto-rappresentazione e la successiva rievocazione in un misto di propaganda ed entusiastica celebrazione. Il celebre quadro di Jacques-Louis David, *Napoléon dans son cabinet de travail*, del 1812, ritrae un instancabile Napoleone proprio dopo una notte insonne trascorsa al lavoro sul Codice civile⁹, e già nel 1833, appena tre anni dopo la rivoluzione liberale, Jean-Baptiste Mauzaisse dipinse *Napoléon I^{er} couronné par le Temps, écrit le Code Civil*. L'opera non è bella come quella di David, ma è nitida, e tra le spoglie a lato di Napoleone si riconosce distintamente anche l'Aquila romana¹⁰.

Tra tutte le raffigurazioni, però, quella che meglio rende il senso dell'opera codificatoria nella sua percezione culturale e nel suo significato storico, è senza dubbio il celebre bassorilievo di Pierre-Charles Simart collocato nel Dôme des Invalides, davanti alla tomba di Napoleone¹¹. Il pregio costituito dal bassorilievo è considerevole: esso non solo riassume magnificamente i punti salienti

⁸ Come Victor Hugo fa dire a Marius ne *Les Misérables*, Tome III, E. Testard, Paris 1890, p. 182: «Il faisait des codes comme Justinien, il dictait comme César». L'identificazione con Cesare era già un *topos*, nel 1800 anche divulgato ad es. dal pamphlet politico di Luciano Bonaparte ad apologia del fratello, cfr. Lentz, *Napoléon a voulu imiter les empereurs romains* cit., p. 29.

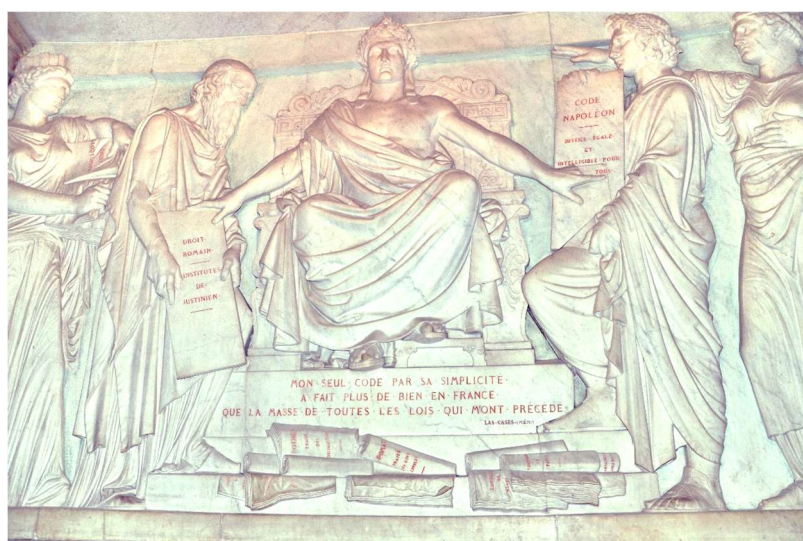
⁹ L'orologio indica le ore 4:13, lo stoppino della candela è quasi interamente bruciato, Napoleone è visibilmente affaticato per la notte insonne, e *Code* è la parola che si legge tra la pila di carte. Tra i libri a terra, si segnalano le *Vite parallele* di Plutarco: a questo proposito rinvio al contributo di F. Santangelo in questo fascicolo. Vd. Ch. Schröer, *Vive la République versus Vive Bonaparte?*, in R. Schmidt-H.U. Thamer (hrsg. von), *Die Konstruktion von Tradition. Inszenierung und Propaganda napoleonischer Herrschaft*, Rhema, Münster 2010, pp. 187 s.

¹⁰ Simili richiami anche nell'arte statuaria, vd. D. Gallo, *Pouvoirs de l'Antique*, in J.-C. Bonnet (cur.), *L'Empire des Muses*, Belin, Paris 2004, pp. 317-329.

¹¹ Pierre-Charles Simart (1806-1857) lavorò al bassorilievo dal 1850 al 1853, ma, morto giovane, non poté assistere al completamento e all'inaugurazione del monumento sepolcrale (al pari dell'altro scultore James Pradier e dell'architetto Louis Visconti). Le spoglie di Napoleone erano arrivate a Parigi nel 1840 e i lavori per la tomba erano iniziati già nel 1843, ma la traslazione ebbe luogo solo nel 1861, il 2 aprile. J.-C. Yon, *Le Second Empire*, Colin, Paris 2012, pp. 183-206, anche C. Gautier, *Le tombeau de Napoléon*, Soteca, Saint-Cloud 2010.

Ei fu. Lui è ancora

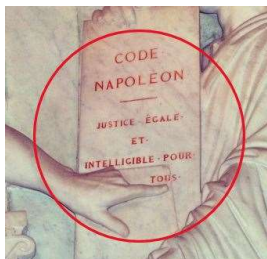
del percorso che ha portato alla codificazione napoleonica, ma ne fornisce anche una raffigurazione concettuale efficace e, pur se celebrativa, sostanzialmente esatta. Di esso mi servirò per la descrizione del contesto.



Il bassorilievo si presta a vari livelli di lettura. In quello più semplice, letto da sinistra verso destra e cronologicamente, si vede la tradizione antica riversata e superata nella nuova codificazione che, collocata più in alto, svetta al di sopra dei vari tentativi precedenti. Al centro, il messaggio finale con le parole stesse di Napoleone¹². Un secondo livello di lettura, più profondo, si ottiene invece procedendo alla lettura del bassorilievo partendo dall'alto e scandendone i passaggi in una spirale concentrica in senso antiorario: dalla tesi iniziale (gli elementi essenziali del Codice) si scende in dialettico confronto verso la tradizione (il diritto romano

¹² E. de Las Cases, *Le Mémorial de Sainte-Hélène*, éd. par M. Dunan, 2 voll., Flammarion, Paris 1951, vol. I, p. 271: «Mon seul Code, par sa simplicité, a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m'ont précédé».

e la tradizione successiva), per poi risalire e raggiungere la sintesi al centro (l'obiettivo raggiunto). Vediamo nel dettaglio.



1. *Justice égale et intelligible pour tous*. Il punto di partenza è costituito dalla realizzazione della codificazione nei suoi presupposti e obiettivi principali: l'uguaglianza e la comprensibilità. Entrambi i requisiti erano importanti e non solo sul piano teorico. L'esigenza di una legislazione che si fondasse sull'uguaglianza esprime ovviamente i principi dell'Illuminismo e in particolare quelli della grande Rivoluzione.

Ma a questa esigenza di carattere ideologico e generale si aggiungeva un'esigenza concreta di uniformità giuridica che era avvertita da secoli ed era dovuta alla effettiva frammentazione del diritto privato nella Francia precedente il *Code civil*.

La frammentata stratificazione del diritto privato francese risaliva al medioevo e non era mai stata né risolta né superata. Il diritto consuetudinario del nord, il c.d. *droit coutumier*, che non era di derivazione romana, era molto diverso (soprattutto negli istituti di diritto di famiglia) dal *droit écrit* del Sud (*écrit* proprio perché basato sulla tradizione scritta romana), in misura quasi paragonabile alla differenza che oggi c'è tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*¹³. La Rivoluzione aveva in programma di appianare questa differenza ed erano stati realizzati vari progetti anche molto avanzati¹⁴. Ma si erano arenati; fu la volontà politica di Napoleone a far sì che il progetto si realizzasse in pochi anni¹⁵.

¹³ Cfr. J.-L. Halperin, *L'impossible Code civil*, PUF, Paris 1992, pp. 20 ss. Sull'analogia tra il *droit coutumier* e il moderno *civil law* già P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Beck, München 1953, p. 56.

¹⁴ Cfr. il titolo I della Costituzione del 3 settembre 1791: «Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume». Cfr., per il *code manqué* del 1793 e per i tentativi rivoluzionari, Halperin, *L'impossible Code cit.*, pp. 109 ss., nonché pp. 232 ss. sulla *seconde chance* di Cambacérès nel 1796.

¹⁵ Cfr. S. Safatian, *La rédaction du Code civil*, «Napoleonica. La Revue» 16, 2013, pp. 49-63.

Anche il secondo punto, la comprensibilità, non era solo una delle principali battaglie culturali illuministe, ma una di quelle maggiormente portate avanti già tempo prima e non solo in Francia¹⁶. Realizzare una codificazione chiara e comprensibile non era tuttavia facile, soprattutto se intendeva essere completa e destinata a sostituire tradizioni secolari. Un paragone coevo, che fa bene capire la difficoltà, è senza dubbio costituito dal diritto territoriale prussiano. L'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794 era una codificazione meticolosa e orientata ai principi di illuminato dispotismo¹⁷, ma non ebbe neanche lontanamente il successo della codificazione napoleonica: era troppo lunga, troppo circostanziata, ancora piena di privilegi e troppo vincolata a un contesto locale ancora stratificato¹⁸.

Sotto questo profilo, la Rivoluzione sembrava aver offerto alla Francia l'occasione per procedere ad una codificazione libera dai

¹⁶ Per due esempi di questa battaglia nel primo Settecento pre-illuminista, uno sul piano prettamente giuridico e ancora classicista, l'altro sul piano satirico e letterario, si vd. i miei due contributi: S. Marino, *La 'leggiadra finzione'. La Respublica Iurisconsultorum di Giuseppe Aurelio Di Gennaro*, in P. Buongiorno-S. Lohsse (a cura di), *Fontes iuris*, ESI, Napoli 2013, in part. pp. 244 ss., e S. Marino, *Lilliput, Brobdingnag, Houyhnhnm. L'ermeneutica, la legislazione e il diritto di fronte ai limiti della natura umana nei Gulliver's Travels di J. Swift*, in P. Chiarella (a cura di), *Narrazioni del diritto, musica ed arti tra modernità e postmodernità*, ESI, Napoli 2020, in part. pp. 279 ss.

¹⁷ Anche nella convinzione che la giurisprudenza si dovesse liberare delle sottigliezze dei giuristi, cfr. il *Cabinettsorder* del 14 aprile 1780 di Federico il Grande, in *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium* VI, Berlin 1781, col. 1935, 1942: «Wenn wir... Unser Endzweck in Verbesserung der Gesetze und der Prozessordnung erlangen, so werden freylich viele Rechtsgelehrten bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnisvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht».

¹⁸ Cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*. II, Giuffrè, Milano 1982 (rist. 2005) p. 240 per la stratificazione sociale di questo «codice enciclopedico» e, p. 251, per la eccessiva normazione su casi singoli. Vd. inoltre i singoli contributi in B. Dölemeyer-H. Mohnhaupt (hrsg. von), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1995. Il numero complessivo di oltre 19.000 articoli salta immediatamente all'occhio, ma va considerato che l'ALR prussiano comprendeva l'intera codificazione di tutti i campi del diritto.

residui del passato. Si scontrava però contro l'altra difficoltà pratica, di segno opposto: fare *tabula rasa* delle precedenti esperienze¹⁹ e codificare dal nulla non era una soluzione praticabile.

Non si trattava solo di una difficoltà concreta, dovuta cioè alla resistenza da parte della società, magari degli stessi operatori giuridici²⁰. Vi era connesso piuttosto un pericolo 'gius-politico' non indifferente, che Jean-Étienne-Marie Portalis (1745-1807), il giurista che più di tutti contribuì a realizzare il Codice francese²¹, seppe opportunamente evidenziare. All'inizio del *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil* dell'anno IX (1801), egli spiegò infatti, criticando la vecchia prospettiva rivoluzionaria radicale, che per una buona codificazione occorre uno spirito conciliante con la tradizione e la storia del paese, altrimenti «tout devient droit public»²².

¹⁹ Come ironicamente suggerito da Voltaire nel *Dictionnaire philosophique* (1764), in *Œuvre complète de Voltaire*, éd. L. Moland, Paris Garnier 1878, vol. IX, p. 614: «Voulez-vous avoir de bonnes lois ; brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles», aggiungendo peraltro: «Les Romains furent trois cents années sans lois fixes, ils furent obligés d'en aller demander aux Athéniens, qui leur en donnèrent de si mauvaises que bientôt elles furent presque toutes abrogées». Nello stesso senso, Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1772): «Il faut faire trois codes... Tout trois clairs, courts et précis autant qu'il sera possible. ... Toutes les règles du droit naturel sont mieux gravées dans les cœurs des hommes que dans tout le fatras de Justinien».

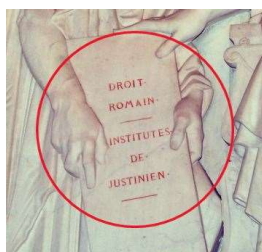
²⁰ Come avvenne appunto per il ALR prussiano, che fu dalla giurisprudenza interpretato sulla base della tradizione giuridica, vd. Ch. Wollschläger, *Savignys Landrechtsvorlesung*, in *200 Jahre ALR für die preußischen Staaten* cit., pp. 187-210.

²¹ Sull'impostazione decisamente più conservatrice di Portalis, si vedano le di lui stesse considerazioni in *Discours, rapports et travaux inédits*, Paris 1844 (rist. Hach-Livre BNF 2017) pp. 64 ss., nonché il postumo Id., *De l'Usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle* I-II, 2^e éd. 1827 (rist. Hach-Livre BNF, Paris 2017). Su Portalis vd. tra gli altri B. van Roermund, *The code civil between Enlightenment and Restoration. The heritage of Portalis*, «Diametros» 40, 2014, pp. 149-175, nonché A.A. Levasseur, *Code Napoleon or Code Portalis?* «Tulane Law Review» 63, 1969, pp. 762-774.

²² In *Discours préliminaire présenté le 1^{er} pluviôse an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, Joubert, Paris 1844. Sulla distinzione tra legislazione e politica espressa dal testo, Halpérin, *L'impossible Code* cit. pp. 287 ss. Cfr. anche i *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Éditions Confluences, Bordeaux 2004.

Ei fu. Lui è ancora

Il pericolo era, cioè, non solo quello di scadere nel «cattivo positivismo», come avrebbe spiegato, in generale prospettiva storica, Rudolf von Jhering²³, ma proprio quello di una ideologizzazione del diritto, condizionata dalle decisioni politiche di volta in volta effettuate dall'organo legislatore. Come è noto, la storia europea sarebbe caduta frequentemente in questo pericolo, nonostante gli avvertimenti; ma non in Francia in quel momento. La soluzione fu infatti quella che esprimono gli altri passaggi del bassorilievo.



2. *Droit Romain – Institutes de Justinien*. I presupposti teorici e concreti di legislazione ideale vennero invece calati nel contesto di una tradizione, attraverso cui si evitò di incappare nei pericoli dell'illuminismo astratto e del positivismo ideologico. Dello stesso orientamento di Portalis erano infatti gli altri membri della Commissione nominata il 12 agosto 1800 (24 Termidoro VIII): François Denis Tronchet (1726-1806), Jacques Maleville (1741-1824) e Jélix-Julien-Jean Bigot-Preameneu (1747-1825)²⁴. A cui si aggiungeva il Secondo Console, Jean Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), che era forse meno conservato-

²³ Si vd. R. v. Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, hrsg. von O. Behrends, Wallstein, Göttingen 2009 (ora anche in trad. italiana *La giurisprudenza è una scienza? La prolusione viennese di Jhering del 16 ottobre 1868*, ESI, Napoli 2021) pp. 52 ss. (pp. 42 ss. della trad. it.). L'espressione «cattivo positivismo» si trova nell'inquadramento storico-scientifico di O. Behrends che correda l'edizione della prolusione, pp. 98 ss., 171 ss. (pp. 82 ss., 148 s. della trad. italiana).

²⁴ Portalis fu arrestato durante il Terrore, Tronchet accettò di sostenere la difesa di Luigi XVI, Maleville trovò posto anche durante la Restaurazione. Le differenze tra loro erano però tecniche: Portalis era un canonista, Maleville era propugnatore del *droit écrit* e Tronchet del *droit coutumier*. Vd. gli schizzi biografici in E.M. Theewen, *Napoléons Anteil am Code civil*, Duncker und Humblot, Berlin 1991, pp. 26 ss. Su Trochet in particolare vd. Ph. Tessier, *François Denis Tronchet: Ou la Révolution par le droit*, Fayard, Paris 2016.

re, ma apprezzato giurista²⁵ e soprattutto autore dei precedenti progetti: ben 200 articoli del futuro *Code civil* erano già presenti nella loro formulazione nel progetto da lui proposto nel 1796²⁶.

Ma di quale tradizione di diritto romano si trattava? Il riferimento più spontaneo è a Giustiniano e in particolare alle sue istituzioni, l'opera che, letta in sintonia con le Pandette²⁷, spiegava ed esponeva sinteticamente l'antico diritto privato. Il riferimento è spontaneo sia perché nella storia Giustiniano aveva realizzato una compilazione che, salvaguardandola, metteva ordine e per certi aspetti semplificava la tradizione giuridica precedente, sia perché si riprometteva di restaurare l'impero non solo nella sua forma politica, ma anche in quella istituzionale²⁸.

Tuttavia, il riferimento a questa sola tradizione non era sufficiente e Giustiniano stesso, pur simbolo di riuscito codificatore, non era più tanto amato. L'Illuminismo non era per nulla estima-

²⁵ Al di là dei giuristi, in generale il ruolo dei repubblicani conservatori come Roederer o Boulay de La Meurthe fu molto significativo nella amministrazione del primo consolato, cfr. S. Ayad-Bergounioux, *De Brumaire à la formation de l'État bureaucratique consulaire : le rôle des républicains conservateurs*, «Annales historiques de la Révolution française» 378, 2014, pp. 51-72, nonché Id., *La République représentative selon Antoine Boulay de La Meurthe (1761-1840) : une figure de la bourgeoisie libérale et conservatrice*, «Annales historiques de la Révolution française» 362, 2010, pp. 31-55.

²⁶ *Supra*, nota 14, nonché J.-L. Halperin, *L'histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?*, «Le Seuil» 107, 2003/4, pp. 11-21.

²⁷ Le due opere sono di natura diversa, ma si deve a Cuiacio e ai suoi *Paratitla in libros L Digestorum*, Fabricium, Coloniae Agrippinae 1570, il riuscito tentativo di un'armonica esposizione del materiale dei *digesta* attraverso le *institutiones*, che esercitò notevole influenza sulla evoluzione giuridica francese, sul punto H.E. Troje, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in J. Blühdorn-J. Ritter (hrsg. von), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1969, p. 75.

²⁸ L'incipit del proemio alle *Istituzioni* (*Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam*) sembra del resto intonarsi assai bene con il progetto napoleonico. Per un convinto paragone tra le vite parallele di Giustiniano e Napoleone, anche relativamente al divieto di interpretazioni che snaturassero la codificazione D.R. Kelly, *What Pleases the Prince: Justinian, Napoleon and the Lawyers*, «History of Political Thought» 23, 2002, pp. 288-302. Vd. *supra* la nota 5 e *infra* la nota 76 in questo contributo.

tore del «principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli»²⁹ e già dall'Umanesimo non si considerava la sua compilazione particolarmente chiara e agevole³⁰. Il riferimento andava esteso e il bassorilievo lo spiega bene: non è la mera tradizione giuridica del *Corpus Iuris* quella che andava considerata per avere la codificazione ideale, bensì quella romana come rielaborata dalla tradizione giuridica francese, in particolare da Robert-Joseph Pothier (1699-1772) e Jean Domat (1625-1696). A cui va aggiunta anche quella, non romana, del *droit coutumier*, che già nel XIV sec. era stata messa per iscritto a opera di giuristi anche versati nel diritto romano³¹. La Francia, del resto, non ebbe mai la massiccia recezione del diritto romano che si ebbe in Germania³², e il diritto romano era piuttosto utilizzato come *ratio scripta* che come principio autoritativo³³. Infine, non va trascurato il contributo degli ultimi anni e il fatto che, come ricordato, Cambacérès aveva già riordinato Pothier³⁴.

²⁹ Così Cesare Beccaria, proprio nella prefazione al suo *Dei delitti e delle pene* (1764): «Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli ... ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi».

³⁰ Si vd., con un efficace esempio dall'opera di G.A. Di Gennaro (*supra*, nota 16), Marino, *La leggiadra finzione* cit., 255 ss. con lett.

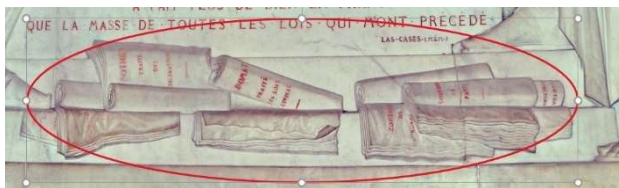
³¹ Cfr. J.-L. Thireau, *Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil*, «Droits» 42, 2005, pp. 3 ss. nonché Id., *L'enseignement du Droit et ses méthodes au XVIe siècle. Continuité ou rupture?*, «Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique» 2, 1985, pp. 27-36.

³² «Anzi, è bene notarlo, solo per la Germania si può propriamente parlare di recezione in senso tecnico», così A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa* I, Giuffrè, Milano 1979 (rist. 2015), p. 467.

³³ Come osservava F. Bigot-Préameneu ancora il 17 ventose an XII (1804), dopo cioè che, con l'entrata in vigore del codice, si aboliva ogni precedente legislazione, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, I, Videcoq, Paris 1836, p. LXXXVII: «Le droit romain aura toujours partout l'autorité de la raison écrite, et, renfermé dans ces limites, il n'en sera que plus utile».

³⁴ Né va trascurato il progetto di Codice civile della repubblica romana del 1798, cfr. F. Ranieri, *Projet du Code Civil de la République Romaine* (1798), Klostermann, Frankfurt a. M. 1976.

Insomma: era un diritto romano giusnaturalizzato, armonizzato con la storia locale e infine privato di molti elementi prerivoluzionari. Riversando tutto questo nel Codice, ci suggerisce il bassorilievo, Napoleone ha fatto meglio di Giustiniano.



3. *Mon seul code.*

Il risultato dell'opera perseguita e realizzata dal futuro imperatore si staglia dunque

come sintesi di tutto il percorso: partendo dai presupposti teorici, considerando la componente tradizionale, il Codice si pone come la legislazione migliore che la Francia avesse mai avuta. Essa è più breve, più semplice, e in questo senso persino più classica di tutti i tentativi precedenti di codificazione. Non solo, infatti, conciliare brevità e chiarezza era arduo, ma era uno degli obiettivi giuridici più antichi. La riconduzione delle norme a ideale semplicità era propria, ad esempio, del progetto di *ius in artem redigere*, i riferimenti al quale abbondano nelle fonti antiche con riferimento al periodo tardo-repubblicano, ma che non fu mai effettivamente realizzato³⁵ e da Cicerone solamente teorizzato³⁶.

³⁵ Isidoro, *Etymologiae*, 5, 1, 5: *Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituit, sed non perseveravit obrectatorum metu. Deinde Caesar coepit facere, sed ante interfectus est. Svetonio, Divus Iulius, 44, 2: ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros.*

³⁶ Cicerone, *De legibus*, 2, 18: *Sunt certa legum verba, Quinte, neque ita prisca ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora quam hic sermo est. Eum morem igitur cum brevitate, si potuero, consequar. Leges autem a me edentur non perfectae, nam esset infinitum, sed ipsae summae rerum atque sententiae.* Sul *ius in artem redigere* in Cicerone, vd. F. Bona, *L'ideale retorico ciceroniano ed il ius civile in artem redigere*, «Studia et Documenta Historiae et Iuris» 46, 1980, pp. 282-382, nonché, di prossima pubblicazione, W. Buchwitz-M. Ehmer (hrsg. von), *Ciceros Topica und das ius in artem redigere*, i.c.s., e S. Marino, *I progetti di sistemazione del diritto privato nel I° sec. a.C. alla luce del modello ciceroniano di E. Lepore*, in *Ettore Lepore, la storia*

Un obiettivo insperato, dunque, mai raggiunto nei secoli, che a Napoleone riuscì. Un'inattesa conferma di questo aspetto è la celebre citazione di Stendhal circa il suo ricorrere alla lettura del Codice civile «afin d'être toujours naturel»³⁷. L'affermazione (di certo la più nota citazione letteraria nelle aule di giurisprudenza) è menzionata spesso in tono meramente apologetico, ma è invece una sobria e perciò inattesa attestazione del Codice come esempio non di bello stile, ma di stile piano. In esso Stendhal cercava e ritrovava il registro quotidiano dell'uomo comune, lontano cioè da uno stile troppo elaborato o sofisticato. Se si considera la secolare polemica contro la difficoltà del linguaggio giuridico tecnico, la citazione, a torto o a ragione, conferma che il linguaggio giuridico del Codice Napoleone era avvertito come fruibile senza essere eccessivamente tecnico³⁸.

III. *L'impegno personale*

Il risultato così celebrato non era effetto di suggestione o solo di efficacia della propaganda. Napoleone stesso era sin dall'inizio consapevole dell'importanza del Codice come mezzo di potere e di

antica. Eredità, attualità, prospettive, Atti del Convegno internazionale di studi, Napoli, 20-22 ottobre 2021) a cura di E. Federico, Edipuglia, Bari i.c.s.

³⁷ «Civita-Vecchia, 30 octobre 1840, a M. H. de Balzac à Paris. [...] En composant La Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais de temps en temps quelques pages du Code civil, afin d'être toujours naturel ; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur. Ce pauvre lecteur laisse passer les mots ambitieux, par exemple, le vent qui déracine les vagues ; mais ils lui reviennent après l'instant de l'émotion» (*Correspondance*, éd. H. Martineau, Le Divan, Paris: vol. X, 1934, p. 277).

³⁸ Come osservavo in S. Marino, *Studio sulle proposizioni relative e condizionali nel linguaggio legislativo romano*, «Quaderni Lupiensi di diritto romano» 7, 2017, p. 96 nota 31: «L'opinione di Stendhal ... corrisponde all'apprezzamento di Cicerone per il *carmen necessarium* delle XII Tavole, e a quello di Jakob Grimm per la antica legislazione tedesca», note con lett. Sullo stile del codice francese vd. G. Chantepie, *Le discours et la norme dans le Code Napoléon*, in *Le Code en toutes lettres. Écriture et réécritures du Code civil au XIX^e siècle*, Garnier, Paris 2020, pp. 67-76.

stabilizzazione politica³⁹. Né la convinzione si attenuò, quando, ormai in esilio, rispose alla domanda che gli avrebbe fatto Alessandro Manzoni⁴⁰ qualche anno dopo: «Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles [...]. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires [...]; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil»⁴¹.

In realtà Napoleone è ancora oggi più celebre come condottiero che come legislatore. Ma per capire come questo giudizio non nascesse da un'impressione soggettiva, ma da un dato oggettivo, basta confrontare una cartina geografica politica che mostri l'estensione dell'impero francese nel 1814, con una cartina giuridica dell'età della Restaurazione, che mostri i territori in cui vigeva una codificazione civile sul modello francese. Il risultato è eloquente: il dominio francese arretra, ma il Codice rimane: negli Stati dell'Italia preunitaria⁴², in Belgio, nei Paesi Bassi⁴³, nel Baden⁴⁴,

³⁹ Celebre la sua esortazione al fratello Giuseppe appena ascenso al trono di Napoli: «Établissez le Code civil à Naples ; tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années, et ce que vous voudrez conserver se consoliderai», *Lettre, du 5 juin 1806, de Napoléon I^{er} au Roi Joseph*, in *Mémoires du roi Joseph*, II, Perrotin, Paris, 1853, p. 275.

⁴⁰ A. Manzoni, *Il Cinque Maggio. Ode* (1821) verso 31: «Fu vera gloria?».

⁴¹ Il riferimento alla «vera» gloria deriva però dal Memoriale e dalle raccolte successive. Come fa notare L. Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales*, «Napoleonica. La revue» 14, 2012, p. 25 nota 1, nella frase originalmente citata dal generale Montholon, poi edita nel suo Ch.-T. de Montholon, *Récit de captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Paulin, Paris: vol. I, 1847, p. 401, l'aggettivo «vraie» non compare.

⁴² Cfr. G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Giappichelli Torino 2018, in part. il cap. 1; S. Solimano, *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, «Forum Historiae Iuris» 2005 (<https://forhistiur.net/2005-05-solimano/2005-05-solimano>, ultimo accesso 24.10.2021).

⁴³ Cfr. G. Meijer-S.Y.Th. Meijer, *Influence of the Code Civil in the Netherlands*, «European Journal of Law and Economics» 14, 2002, pp. 227-236.

⁴⁴ Cfr. i contributi in Ch. Hattenhauer-K.P. Schroeder (hrsg. von), *200 Jahre Badisches Landrecht von 1809/1810*, Peter Lang, Köln 2011.

nella Renania prussiana⁴⁵, in Spagna⁴⁶, in Polonia⁴⁷ solo per nominarne alcuni⁴⁸. Senza contare l'influenza avuta anche nei confronti di alcuni dei paesi vincitori⁴⁹.

Nel 1807, infine, il *Code civil* fu ufficialmente rinominato *Code Napoléon* (e lo fu nuovamente nel 1852 e per tutto il corso del Secondo Impero). Questo non è un elemento da sottovalutare, sia che l'intento fosse celebrativo, sia che avesse finalità imperialiste. Il vantaggio di nominalizzare e di riconnettere il Codice a Napoleone piuttosto che ai francesi servì oggettivamente, a prescindere cioè dalle intenzioni celebrative, ad un obiettivo molto importante: nell'era della nascita del nazionalismo si sottolineava che quel Codice non era semplicemente il Codice della Nazione francese, ma era il Codice più razionale, chiaro e semplice, adatto a tutte le

⁴⁵ Cfr. per tutti A. Weller, *Die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im französischen Rechtsgebiet der preußischen Rheinprovinz*, Nomos, Göttingen 2011.

⁴⁶ Vd., tra gli altri, C. Petit, *España y el Code Napoléon*, «Anuario de derecho civil» 61, 2008, pp. 1773-1840; J. Baró Pazos, *La influencia del código civil francés (1804) en el código civil español (1889)*, in *La Codificación española*, Aranzadi, Pamplona 2014, pp. 45 ss.

⁴⁷ Cfr. M. Gałędek-A. Klimaszewska, *A Controversial Transplant? Debate over the Adaptation of the Napoleonic Code on the Polish Territories in the Early 19th Century*, «Journal of Civil Law Studies» 11, 2018, pp. 269-298.

⁴⁸ L'influenza si estese non solo ai territori coloniali, ma anche ai paesi latino-americani appena resisi indipendenti dalla Spagna, vd. A. Guzmán Brito, *La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas*, in *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855*, Santiago de Chile, 2004, pp. 17 ss. Non rimase in Tirolo né nelle provincie illiriche, ma su queste ultime vd. S. Solimano, *Il governo della complessità. Riflessioni in margine alla politica del diritto asburgica e napoleonica in Adriatico (1808-1871)*, in *La codificazione del diritto fra il Danubio e l'Adriatico*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 97-118, pp. 104 ss.

⁴⁹ Nonostante l'impianto del Codice civile austriaco sia giusnaturalista, non va trascurato il fatto che è stato completato nel 1811; né che negli stessi anni anche la Russia di Alessandro I diede una accelerazione al progetto di consolidamento del diritto vigente, che poi divenne un progetto di codificazione sul modello allora in discussione in Germania, vd. M. Avenarius, *Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des »rimskoe pravo« im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts*, Wallstein, Göttingen 2014, pp. 177 ss.

genti, realizzato da un grande legislatore⁵⁰. Era cioè il presupposto per un riuscito *legal transplant*⁵¹ e il nuovo nome, dalla celebrazione dell'impresa, passava ora ad alludere alla sua *Wirkung*⁵². Nell'ode dedicata a Napoleone, stranamente, Manzoni non menziona il diritto; ma, se il riferimento non è nascosto proprio in queste tre parole, scrivendo «Ei si nomò» (v. 49) ci aveva visto senz'altro giusto.

Il resto l'ha fatto l'impegno personale. La storiografia giuridica oggi, salvo singole eccezioni, non si sofferma più troppo sull'effettivo contributo di Napoleone alla realizzazione del Codice civile⁵³, che era invece il tema dominante del primo secolo di studi⁵⁴. Tutta-

⁵⁰ Vd. S. Soleil, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, «Histoire de la justice» 19, 2009, pp. 225-241. Il concetto è espresso dallo stesso F. Bigot-Préameneu, *Discours devant le Corps-Législatif à l'occasion de la nouvelle édition du Code*, 22 août 1807, in Fenet, *Recueil complet cit.*, vol. I, p. CXXV: «L'Empereur a voulu que l'on conservât dans leur pureté ces règles d'équité qui, de leur nature, et surtout après les avoir dégagées des subtilités scolastiques, ne sont plus que l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes et doivent, par ce motif, être immuables».

⁵¹ Per la discussione intorno al concetto di *legal transplant*, diffusamente, G.M. Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, «The Rabel Journal of Comparative and International Private Law» 72, 2008, pp. 1-42. Questo, ovviamente, in linea di principio; nella prassi, l'adattamento fu necessario, e molto fu effettuato a livello di traduzione, ad es. in Italia cfr. S. Solimano, «*Italianiser les lois françaises*». Ancora sulle traduzioni del Codice Napoleone (1803-1809), «Rivista di Storia del Diritto Italiano» 91, 2018, pp. 21-50.

⁵² Cfr. Halperin, *Histoire de la fabrication cit.* p. 13; P. Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*, «Index» 29, 2001, pp. 55-81.

⁵³ Così Halperin, *Histoire cit.*, p. 12; Halperin, *L'impossible Code cit.*, pp. 264 ss., Carbonnier, *Le Code civil cit.*, p. 295. Una eccezione è la dissertazione colonnese di Theewen, *Napoléons Anteil cit.*, che ha il merito di mettere ordine e di sottoporre a verifica il materiale, cfr. la rec. di W. Schubert, «Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte Germ. Abt.» 109, 1992, pp. 487 s. È però un libro confezionato per il pubblico tedesco: le citazioni sono tradotte personalmente dall'autore, ma la mancanza del testo originale si avverte, soprattutto nella resa dei concetti giuridici francesi.

⁵⁴ Vd. ad es. Per una descrizione del modo con cui si guardava al Codice Napoleone cento anni fa, vd. Ch. S. Lobingier, *The Napoleon Centenary and Its Legal Significance*, «American Bar Association Journal» 7, 1921, pp. 383-387, o

via, quello che distingue Napoleone dagli altri legislatori del diritto privato è senza dubbio il personale impegno che vi riversò. Al di là della consapevolezza dell'importanza politica, non solo si diede da fare attivamente perché il progetto venisse portato avanti in tempi estremamente rapidi, ma partecipò attivamente alla sua stesura, compatibilmente con i suoi impegni. E di questo abbiamo l'indubbio vantaggio di disporre di quello che per Giustiniano non abbiamo: i verbali delle sedute di discussione del progetto di Codice civile⁵⁵.

Leggendo i protocolli si viene sorpresi proprio da quest'ultimo aspetto: di 102 sedute, ne presenziò 59⁵⁶, e giacché aveva un notevole spirito organizzativo, dettò un'agenda di un certo livello, sorvegliandone meticolosamente l'applicazione. Le sedute da lui presiedute duravano interminabilmente, poneva domande, esortava i giuristi a semplificare o a considerare in maniera più funzionale molte questioni. Il diritto non era certo estraneo alla sua formazione, che pure restava militare e non giuridica⁵⁷; ma, come ci si può attendere da un uomo capace di pensare strategicamente, egli non arrivava impreparato: aveva anzi letto le precedenti bozze e la letteratura essenziale sulle questioni da discutere⁵⁸. Questo aspetto ci permette di passare finalmente al diritto romano.

a cento anni da Waterloo, Id., *Napoleon and His Code*, «Harvard Law Review» 32, 1918, pp. 114-134; per una rassegna, Theewen, *Napoléons Anteil* cit., pp. 16 ss.

⁵⁵ J.-G. Locré de Roissy, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, 16 voll., Treuttel et Würtz, Paris 1827-1828.

⁵⁶ Cfr. vd. Theewen, *Napoléons Anteil* cit., p. 62 nota 1, con discussione della letteratura e pp. 63 ss. con elenco delle sedute in cui è registrata una presa di posizione del Primo Console o la sua presenza.

⁵⁷ Sulla preparazione giuridica di Napoleone, in particolare per il diritto pubblico, vd. Th. Lientz, *La formation juridique de Napoléon*, in *Napoléon et le droit* cit., pp. 15-28. Il padre di Napoleone, Carlo, era avvocato, e alla Scuola militare di Parigi aveva seguito il *Cours de Droit public* di Georges-Adam Junker.

⁵⁸ «J'ai parcouru – disait-il [Napoléon] un jour à des conseillers d'État, étonnés de la part qu'il prenait aux discussions du code civil, – tous les livres de droit que j'ai pu me procurer», riporta F.-J. Boulay de la Meurthe, *Boulay de la Meurthe*, Labure, Paris 1868, pp. 132 s. (il corsivo è mio).

IV. La leggenda romanista

Che il Codice Napoleone fosse fondato sul diritto romano fu un luogo comune da subito⁵⁹. Oggi l'indagine storiografica conosce tutti gli aspetti e le dimensioni di tale fenomeno. Non c'è dubbio, ad esempio, che la definizione della proprietà contenuta nell'articolo 544 del Codice⁶⁰ sia molto più vicina al concetto del *dominium ex iure Quiritium* del diritto romano classico di quanto lo fosse la variegata e frammentata disciplina della proprietà medievale⁶¹. Ed è altrettanto indubbio che a quel modello romano si fece espresso riferimento per disciplinare la particolare esasperazione della pro-

⁵⁹ Ad es. P.N. Riffé-Caubray, *Les Pandectes françaises*, I, Perlet, Paris 1803, p. 5, e lo stesso F. Bigot-Préameneu, facendo riferimento al «précieux dépôt» del diritto romano nella *Présentation au Corps Législatif, 28 janvier 1804*, in Fenet, *Recueil complet* cit., vol. XIII, p. 216 : «précieux dépôt qui ne cessera de mériter le respect des hommes, dépôt qui contribuera à la civilisation du globe entier, dépôt dans lequel toutes les nations policées se félicitent de reconnaître la raison écrite». Vd. in generale A.-J. Arnaud, *Les Origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, Paris 1969, in part. pp. 121 s.

⁶⁰ Art. 544 *Code civil*: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

⁶¹ Sul concetto romano cfr. in gen. L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, La Sapienza, Roma 1986; i diversi contributi in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Giuffrè, Milano 1988; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, ES, Napoli 2006. Vd. anche M. Schermaier, *Dominus actuum suorum. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, «Savigny Zeitschrift Rom. Abt.» 134, 2017, pp. 49-105; G. Ottimofiore, *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion* Schulthess, Zurich 2012, pp. 87 ss., 174 ss.; R. Robaye, *Du dominium ex iure Quiritium à la propriété du Code civil des Français*, «Revue internationale des droits de l'antiquité» 1997, pp. 311-332; per l'utilizzo del diritto romano come elemento di congiunzione con la tradizione giusnaturalista A. Moscardini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 54 s.; per il contesto storico: D.R. Kelley-B. Smith, *What Was Property? Legal Dimensions of the Social Question in France 1789-1848*, «American Philosophical Society Proceedings» 1984, pp. 200-230.

prietà tipica del Codice⁶². La definizione, tuttavia, non era una novità del Codice: si basava su una tradizione anche recente⁶³ ed era già contenuta nei progetti precedenti⁶⁴. Ciò nonostante, è verosimile che Napoleone stesso, che peraltro non partecipò alla seduta in cui la definizione venne discussa⁶⁵, nella sua percezione avesse certamente creduto *ex post* di aver confermato quello che era romano⁶⁶.

Sulla percezione esterna, la combinazione della capacità di Napoleone di dominare la materia giuridica e la presenza di ricco materiale di diritto romano nel suo Codice ebbe un rilievo considerevole. Napoleone diventa infatti non solo il legislatore; egli diventa anche il restauratore, colui che aveva riportato il diritto romano al suo genuino splendore, offuscato dal medioevo: il diritto romano nella sua versione ordinata, chiara, semplice, illuminata. Quasi, *mutatis mutandis*, un precursore di Savigny. Da qui alla costruzione della leggenda il passo fu breve.

⁶² Sul primato della proprietà nella codificazione francese (da Portalis stesso dichiarato in più di un'occasione) vd. Halpérin, *Histoire du droit privé* cit. pp. 17 s. con lett.

⁶³ Cfr. A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, 2. Aufl., Klostermann, Frankfurt a.M. 1995, pp. 3 ss., che fa notare come da un lato alla definizione si arrivi attraverso la tradizione precedente, da Bartolo a Cuiacio, e dall'altro come l'articolo 16 della Costituzione del 1792 («Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens») ne esprima in fondo le linee giuspolitiche generali.

⁶⁴ Che peraltro non avevano alcuna intenzione di recepire nel diritto di proprietà un ipotetico *ius abutendi*. A Napoleone stesso viene del resto attribuita la frase: «l'abus de la propriété doit être réprimé toutes les fois qu'il nuit à la société». Vd. però *infra*, nota 66.

⁶⁵ Cfr. Theewen, *Napoléons Anteil* cit., pp. 65 s. La relativa seduta (nonché la successiva) del 13 ottobre 1803 fu presieduta dal Secondo Console.

⁶⁶ Come del resto già fece Jean Grenier, membro del Tribunato e relatore davanti al Corpo legislativo, che nel suo *Discours* tenuto il 27 gennaio 1804 così reinterpretava, riconducendo il *ius abutendi* a quello del Codice, in Locré, *La législation* cit., 8, pp. 202 s.: «Aussi on était porté à penser que par ces expressions, *jus abutendi*, les Romains n'avaient voulu entendre que le *droit de disposer de la manière la plus absolue*».

Già nelle dichiarazioni degli autori del Codice (che comunque ci tennero sempre a presentare il risultato come frutto di un lavoro collettivo⁶⁷) Napoleone era l'uomo della Provvidenza⁶⁸. La semplificante riconduzione alla sua espressa volontà del mantenimento o dell'introduzione di istituti schiettamente romani come la *patria potestas* e l'adozione⁶⁹ fece il resto. Le voci che gli attribuivano una competenza giuridica speciale si moltiplicarono, e tra queste, una profonda conoscenza del diritto antico. Il mito si costruisce secondo le consuete forme e si arriva così ad un Napoleone non solo deciso partigiano del diritto romano⁷⁰, ma che aveva imparato a memoria le istituzioni di Giustiniano durante un periodo di arresto a Grenoble⁷¹ e persino studiato le *institutions romaines* al *cours public* dell'Università di Strasburgo⁷².

⁶⁷ Così J.-F. Niort, *Homo Civilis*, PUAM, Aix-en-Provence 2004, p. 56, note con lett.: «Loué, encensé de mille manières pour son intervention providentielle, le sauveur de la patrie n'est pas pour autant présenté comme le 'père' du Code. Peut-être dans une sorte de réflexe corporatiste, et jouissant encore de la relative liberté de parole qui régnait sous le Consulat par rapport à l'Empire, les orateurs soulignent le fait que l'oeuvre est collective».

⁶⁸ Sul provvidenzialismo, anche religiosamente connotato, di Portalis, cfr. Niort, *Homo civilis* cit., p. 140. Anche gli storici riflettevano questa idea, si vd. ad es. il tono agiografico di J.-B. Capefigue, *L'Europe pendant le Consulat et l'Empire de Napoleon*, vol. III, Pitois Levrautl, Paris 1840 p. 475.

⁶⁹ Semplificazione spesso basata sulle dichiarazioni anche autorevoli, pur se politicamente celebrative, di collaboratori come Philippe-Antoine Merlin. Sulla cui figura vd. H. Leuwers, *Un Juriste en politique. Merlin de Douai (1754-1838)*, APU, Arras 1996.

⁷⁰ Tirando in campo anche la sua origine corsa, come V. Cronin, *Napoleon. Eine Biographie*, Claassen, Hamburg 1973, p. 257. Su questo taglia corto Theewen, *Napoléons Anteil* cit., p. 246: «Die in der Literatur vertretene Ansicht, er sei aufgrund seiner Herkunft ein Anhänger des Römischen Rechts gewesen, ist angesichts der vorliegenden Auswertung der Stellungnahmen Bonapartes nicht haltbar».

⁷¹ Così P.-L. Roederer, *Journal du comte P.L. Roederer, ministre et conseiller d'Etat. Notes intimes et politiques d'un familier des Tuileries*, éd. M. Vitrac, H. Daragon, Paris 1909, p. 97, e ancora in *Œuvres*, vol. III, F. Didot, Paris 1853, p. 383. La voce è riportata in tono agiografico e creduta anche da Lobingier, *Napoleon and His Code* cit., p. 124.

⁷² G. Pariset, *Le lieutenant Napoléon Bonaparte étudiant à Strasbourg*, «Revue historique» 125, 1917, pp. 78-92.

La realtà è invece diversa. Non v'è dubbio, ad esempio, che l'apporto di Napoleone sull'adozione fu determinante⁷³, ma già sulla *patria potestas* il suo parere era sostanzialmente condiviso dalla maggioranza del Consiglio di Stato, e in entrambi i casi comunque non perché fossero istituti romani. Le Istituzioni di Giustiano furono senza dubbio da lui lette, al più tardi durante la preparazione del Codice, ma un periodo di arresto a Grenoble non è attestato⁷⁴. Lo studio del Diritto romano a Strasburgo, città in cui Napoleone non fu mai, non ebbe invece di certo luogo⁷⁵.

Soprattutto, è completamente diversa dall'immagine 'romantica' di Napoleone quello che si ricava guardando negli scritti degli anni della sua formazione o alla luce delle dichiarazioni di carattere generale fatte dopo. Come si confà ad un uomo maturato durante la Rivoluzione, Napoleone non ebbe infatti mai a modello Giustiniano, né fece granché riferimento a lui o alla sua compilazione. I suoi veri modelli, come già evidenziato⁷⁶, rimasero fino alla fine Cesare e Alessandro, come testimonia il memoriale:

Alexandre, à peine au sortir de l'enfance, conquiert, avec une poignée de monde, une partie du globe ; mais fut-ce de sa part une simple irruption, une façon de déluge ? Non ; tout est calculé avec profondeur, exécuté avec audace, conduit avec sagesse. Alexandre se montre tout à la fois grand guerrier, grand politique, grand législateur⁷⁷.

⁷³ Maleville e Tronchet erano ad esempio contrari, cfr. Saada, *Les interventions de Napoléon* cit., p. 39, nonché, più avanti in questo contributo, p. 238.

⁷⁴ L. Garros, *Quel roman que ma vie ! Itinéraire de Napoléon Bonaparte*, Éditions de l'Encyclopédie française, Paris 1947, p. 45. Per Theewen, *Napoleons Anteil* cit., p. 39, non per questo «unbedingt ungläubhaft».

⁷⁵ Garros, *Quel roman que ma vie!* cit., pp. 34 ss., cfr. In questo senso Theewen, *Napoleons Anteil* cit., p. 62.

⁷⁶ Si vd. i contributi di D. Amendola e I. Eramo in questo fascicolo; cfr. anche J.-O. Boudon, *Napoléon et l'hellénisme*, «Anabases» 20, 2014, pp. 33-48 (nonché in gen. Id., *Napoléon, le dernier des romains* cit.) e Di Bartolomeo, *Nelle Vesti di Clio* cit., p. 99. Vd. anche *infra* la nota 162 in questo contributo.

⁷⁷ Las Cases, *Mémorial* cit., vol. II, pp. 575-576.

In questa affermazione è particolarmente rivelatore il sorprendente fatto che Napoleone pensasse ad Alessandro come ad un «grande legislatore». Quando ai posteri, invece, il richiamo ad un grande guerriero, politico e legislatore fa pensare proprio a Napoleone stesso, piuttosto che al conquistatore macedone.

Anche la costituzione romana non sembra aver lasciato granché segno nel giovane ufficiale. Nelle opere giovanili raccolte nei Manoscritti inediti, il suo interesse sembra piuttosto rivolto verso altri fenomeni, tutti peraltro in linea con gli interessi di un giovane maturato nel contesto rivoluzionario. C'è ad es., nel manoscritto del 1788, un piccolo lavoro sulla Costituzione ateniese, in cui loda Solone perché: «Il abolit la dot des mariages par rapport aux filles»⁷⁸, e uno sulla Costituzione spartana, di cui, tra gli elementi giuridici, ne loda, paradossalmente – ma in linea con l'impostazione politico-culturale della sua epoca⁷⁹ –, la democrazia:

ma la partie la plus brillante des lois de Lycurgue fut dans le moyens qu'il prit pour inspirer les sentiments de patriotisme au peuple, lui donner de l'énergie et le contenir dans de justes bornes. Point d'égalité, point de démocratie⁸⁰.

Questo non deve tuttavia far credere che il diritto romano non abbia avuto alcun rilievo nella mente e nella cultura di Napoleone e che la leggenda sia del tutto infondata. Perché in un uomo del

⁷⁸ F. Masson-G. Biagi, *Napoléon inconnu. Papiers inédits*, P. Ollendorff, Paris 1895, *Manuscrit XV*, p. 295, ora riedito in *Napoléon, Œuvres littéraires et écrits militaires*, 3 voll., éd. J. Tulard, Bibliothèque des Introuvables, Paris 2001: vol. I, p. 118.

⁷⁹ Sul modello di Sparta come alternativo a quello di Atene nella cultura rivoluzionaria e sul dibattito su quale dei due modelli seguire a ridosso dell'abolizione della monarchia, si vd. Di Bartolomeo, *Nelle vesti di Clio* cit. 216. Per l'influenza del pensiero greco sul pensiero politico europeo e su Napoleone in particolare vd. J. Assalì, *Napoléon et l'Antiquité*, in *L'influence de l'Antiquité sur la pensée politique européenne (xvie-xxe siècles)*, Collection d'histoire des institutions et des idées politiques, dirigée par M. Ganzin, Presses de l'université d'Aix-Marseille 1996, pp. 426 ss.

⁸⁰ Masson-Biagi, *Napoléon inconnu* cit., p. 297; *Napoléon, Œuvres littéraires* cit., vol. I, p. 120.

genere, più che le dichiarazioni, contano i fatti. E il modo migliore per capire il rapporto tra il diritto romano e Napoleone è infatti senza dubbio vedere il Primo Console all'azione.

V. Il diritto romano 'attuale' di Napoleone

Anche se il diritto romano in sé non sembra aver affascinato più di tanto il giovane Napoleone né eccitato la fantasia del conquistatore, la concreta confrontazione con la tradizione giuridica durante i lavori del Codice, invece, ci mostra un rapporto particolare e molto sfaccettato del Primo Console con il diritto romano.

Analizzerò quindi sette esempi (non nell'ordine cronologico in cui furono discussi) che mi sembrano particolarmente adatti a delineare questo rapporto. Si tratta delle discussioni relative a: *patria potestas*; dote; quota di legittima; adozione; divorzio; età minima per contrarre matrimonio; donazione.

1. *La patria potestas*. Il forte potere che il *pater familias* esercitava su tutti i membri della famiglia, la *patria potestas*, era uno degli istituti più caratteristici del diritto romano, dai giuristi antichi stessi segnalato come esclusivo istituto *proprium civium Romanorum*⁸¹. Come tale, era strettamente legato alla tradizione di diritto romano: il diritto consuetudinario del Nord, infatti, non lo applicava⁸². Era inoltre un istituto molto discusso e, negli ultimi tempi, peraltro, anche contestato. La Rivoluzione, in particolare, ritenendo la patria potestà un istituto dell'antico regime, ne dispose un ridimensionamento, limitandola alla minore età⁸³.

⁸¹ Inst. 1, 9, 2: *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*. Sulla *patria potestas* in senso diacronico, vd. G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Giuffrè, Milano 1984, con lett.

⁸² Sulla *patria potestas* nel diritto francese vd. E. Deleury *et al.*, *De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité*, «Les Cahiers de droit» 15, 1974, pp. 782-870, pp. 796 ss.

⁸³ Legge del 28 agosto del 1792. La minore età fu fissata a 21 anni.

In completa controtendenza con questa impostazione, nella discussione che ebbe luogo il 17 dicembre del 1801⁸⁴ vennero al contrario ribadite le idee a difesa dell'istituzione⁸⁵. Il progetto di Codice la definiva fondata nel diritto di natura e confermata dalla legge:

La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage⁸⁶.

Così formulato, l'istituto era, tuttavia, una versione giusnaturalizzata di quello originario, molto diverso da quello esclusivamente romano, che i giuristi antichi non fondavano certo nel loro diritto naturale⁸⁷. Ed è con questa idea di *patria potestas*, decisamente più mitigata rispetto alla tradizione e intesa come un potere di sorveglianza svolto nell'interesse dei figli, che Napoleone era particolarmente d'accordo. La sua concezione era insomma quella, che

⁸⁴ Napoleone, però, coinvolto dalle contingenze politiche, partecipò solamente a una delle discussioni sul titolo IX. Per questo, come fa notare Theewen, *Napoléons Anteil* cit., p. 183, non si può davvero ricavare una visione a tutto tondo della sua idea di *patria potestas*.

⁸⁵ Vd. A. Desrayaud, *Le père dans le Code civil, un magistrat domestique*, «Napoleonica. La Revue» 14, 2012, pp. 3-24, anche A. Wruck Garcia Rangel, *Pères magistrats, pères gendarmes : les vicissitudes du droit de correction des failles (1789-1804)*, «Revue historique de droit français et étranger» 95, 2017, pp. 307-346.

⁸⁶ *Projet de la commission du gouvernement (24 thermidor an VIII)*, liv. I^{er}, tit. VIII, art. 1, in Fenet, cit., vol. II, p. 67, ripreso da Tronchet, in Loqué, *La législation civile* cit., 7, p. 17.

⁸⁷ Come espressamente ancora dichiarato dai giuristi umanisti, si vd., in relazione a Zasio e Alciato, A. Becker, *Jean Bodin and the Politics of the Family*, in Ead., *Gendering the Renaissance Commonwealth*, CUP, Cambridge 2020, pp. 121 s., che sottolinea invece la diversa concezione di Bodin. Per la concezione di diritto naturale invece propria di Portalis, vd. B. Beignier, *Portalis et le droit naturel dans le Code Civil*, «Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique» 1988, pp. 77-101; e in generale, per quella degli autori del Codice, Halperin, *L'impossible Code* cit., pp. 338 s. Per la concezione illuminista, particolarmente istruttiva è la voce *Enfant* dell'*Encyclopédie* di Diderot.

Ei fu. Lui è ancora

sarebbe divenuta famosa, del padre come ‘magistrato domestico’, cioè come rappresentante dello Stato in famiglia.

In questo senso Napoleone intervenne nella discussione, pronunciandosi a favore, anzi chiedendosi se non fosse opportuno prevedere già a livello generale una responsabilità civile del padre per le azioni dei figli:

Le Premier Consul dit qu'on devrait trouver dans le projet une disposition sur la responsabilité civile des pères à l'égard des actions de leurs enfants⁸⁸.

L'idea che muoveva il Primo Console era insomma, sì, un potere esteso del capofamiglia, ma funzionalmente orientato. La risposta, negativa, che gli diede Tronchet, nello spiegare la più propria collocazione di una previsione del genere in altra sede (precisamente nella materia dei quasi contratti), non mancò di precisare la diversa natura della *potestas* romana:

Tronchet répond que cette disposition appartient à la matière des quasi-contrats : elle dérive non des principes sur la puissance paternelle, mais du principe général qu'on répond des faits de ceux qu'on est chargé de surveiller ou qu'on emploie. Chez les Romains, le père était responsable, parce qu'il avait une puissance absolue sur son fils, et que celui-ci ne pouvait contracter sans l'ordre du père.

Il potere del capofamiglia come inteso da Napoleone confondeva, cioè, i due piani: da un lato, il potere di sorveglianza nei confronti dei sottoposti da cui origina la responsabilità, dall'altro il potere assoluto del *pater familias* senza il consenso del quale non vi può essere attività negoziale.

Al di là dell'aspetto tecnico, questo elemento è importante, se si pensa al fatto che a Napoleone, come ricordato, veniva attribuita la paternità dell'introduzione della *patria potestas* nell'ordinamento civile. Napoleone si pronunciò senz'altro a favore dell'idea, ma va evidenziato che non solo questa non era la *patria potestas* dell'antico storico diritto romano, ma era il risultato di una sua propria rielaborazione, frutto di una particolare motivazione, sulla

⁸⁸ Locré, *La Législation cit.*, 7, p. 17.

base della sua personale concezione statalista. Nel dibattito, dunque, assunse una posizione intermedia.

La discussione mostrava in generale la discrepanza, tra l'impostazione del Codice, che era più liberale, e quella romana. Boulay de la Meurthe e soprattutto Théophile Berlier osservarono, perciò, che sarebbe stato meglio usare un altro nome al posto di quello, storicamente connotato, di *patria potestas*⁸⁹. Tronchet era disposto ad accettare di sostituire *puissance* con *autorité*, ma Maleville non volle cedere, poiché riteneva invece che proprio il concetto di potestà esprimesse al meglio il progetto politico del governo⁹⁰. Ma anche rispetto a Tronchet, che spiega come il figlio 'appartenesse' solamente al padre, Napoleone difendeva invece una posizione che equilibrava il concetto nell'interesse di tutti:

Le Premier Consul dit que le fils ne peut, sans le consentement du père, quitter la maison paternelle, ni voyager, s'il se le permet, le père a le droit de le faire ramener: la loi doit donc s'en expliquer. Si un père donne une mauvaise éducation à son fils, l'aïeul sera-t-il autorisé à lui en donner une meilleure?

M. Tronchet répond que le fils n'appartient qu'au père⁹¹.

Napoleone era insomma a favore di una forte figura del capofamiglia, ma intendeva la *potestas* nell'interesse del figlio, in funzione ovviamente anche del superiore interesse pubblico. Riuscì ad imporsi però solo in alcuni punti.

Vedremo come anche più avanti, discutendo della dote o della quota di legittima, Napoleone non mancherà di appoggiare le sue teorie sulla base di questo potere del padre attribuitogli dalla natura e radicato nel diritto romano.

⁸⁹ Locré, *La législation* cit., 7, p. 21: «M. Boulay trouve le mot puissance trop fastueux et hors de proportion avec l'idée qu'il est destiné à exprimer [...]»; p. 23: «D'après ces réflexions, M. Berlier conclut qu'il faut de nouveaux mots pour exprimer des idées nouvelles».

⁹⁰ Locré, *La législation* cit., 7, p. 21: «M. Tronchet pense qu'il faudrait du moins se servir de l'expression autorité paternelle, pour ne pas trop affaiblir l'idée. M. Maleville dit que l'expression puissance paternelle est le mot reçu [...]». Cfr., sulla discussione, A. Desrayaud, *Le père dans le Code civil* cit., pp. 11 ss.

⁹¹ Locré, *La législation* cit., 7, p. 20.

Ei fu. Lui è ancora

2. *La dote*. Una discussione simile a quella sulla *patria potestas* si rese necessaria con la dote, ma in un modo in cui possiamo vedere ancora più da vicino l'approccio di Napoleone al diritto antico. L'eventuale disciplina dell'obbligo di dote, nonché la sua modalità, non poteva non coinvolgere il diritto romano: nel diritto consuetudinario del Nord la dote non era obbligatoria, mentre nel diritto scritto del Sud, conformemente al diritto romano, era anche possibile agire processualmente per ottenerla⁹².

Si trattava quindi di fare una scelta sistematica di fondo, come spiegò Tronchet nella seduta 7 settembre del 1801:

M. Trochet dit que les rédacteurs du projet de Code Civil ont trouvé en France deux systèmes établis. [...] Il fallait choisir entre ces deux systèmes.

Scegliere il sistema vigente nella maggior parte del paese («la plus grande partie de la France vit sous l'empire du droit romain»⁹³) implicava prendere in considerazione anche la legge romana per cui la figlia aveva una azione contro il padre, come faceva notare Maleville:

M. Maleville rappelle qu'en pays de droit écrit, la fille avait action contre son père pour en obtenir une dot. Cette action était autorisée par le chapitre 35 de la loi Julia⁹⁴.

Il riferimento era alla legislazione matrimoniale augustea nella forma estesa dalla successiva normativa imperiale⁹⁵. Secondo questa, riportata nei *digesta*, chi avesse proibito ai figli, ancora sotto-

⁹² Vd. F. Laroche-Gisserot, *Pratiques de la dot en France au XIXe siècle*, «Annales» 43, 1988, pp. 1433-1452, vd. anche A. Gouron, *Pour une géographie de l'augment de dot*, «Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands» 28, 1968, pp. 131-152.

⁹³ Locré, *La législation* cit., 4, p. 382.

⁹⁴ Ivi, p. 380.

⁹⁵ Sulla legislazione matrimoniale augustea, vd. T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, 3^a ed., Jovene, Napoli 2010, e da ultimo F. Bonin, *Intra legem Iuliam et Papiam*, Cacucci, Bari 2020, con ricca bibliografia.

posti alla propria potestà, di sposarsi, poteva essere costretto dai proconsoli o dai presidi di provincia a dare in matrimonio e a costituire la dote per la figlia⁹⁶.

La disciplina era però troppo schiettamente romana, e non mancò infatti chi, riconducendola al suo specifico contesto, la considerava appunto un temperamento alla eccessiva *potestas* del *pater familias* ivi vigente:

M. Boulay dit que l'action dont on parle était juste dans le droit romain. Là, le père était maître absolu de la personne et des biens de ses enfants ; tout étant contre eux, il fallait bien que ce droit rigoureux fût modifié par quelque tempérament.

La lunga discussione che ne sortì andò quindi da subito sul piano tecnico romanistico. Ma su input proprio di Napoleone, il quale volle così impostare la questione:

Le Premier Consul dit qu'il est avoué que le Code Civil ne peut pas se taire sur la question ; mais il voudrait qu'on discutât les motifs de la Loi *Julia*. Il est difficile de concevoir que la puissance paternelle, qui n'est instituée que pour l'intérêt des enfants, pût tourner contre eux. D'ailleurs, c'est un principe constant que le père doit des aliments à tous ses enfants. Cette obligation va jusqu' à marier sa fille ; car elle ne peut former d'établissement de beaucoup d'autres manières. C'est, sans doute, cette différence qui a porté la loi *Julia* à accorder aux filles une action qu'elle refuse aux garçons⁹⁷.

Napoleone intravedeva il contrasto tra una forte *patria potestas* e la sua mitigazione prevista dalla legislazione imperiale e riteneva necessaria una preliminare indagine sul perché proprio i romani avessero previsto una tale discrepanza. E come prima ipotesi, fornì una sua personale spiegazione. Sulla base della sua interpretazione

⁹⁶ Cfr. Marciano 16 *inst.*, D. 23,2,19: *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

⁹⁷ Loqué, *La législation* cit., 4, p. 383.

della legge augustea, la particolare disciplina dell'azione per la dote era compatibile con l'idea di *patria potestas*. Se questa, infatti, era istituita a favore dei figli, non poteva in effetti impedire l'unico modo con cui la figlia, a differenza dei figli maschi, poteva trovare sistemazione: il matrimonio, con una decente dote. Colpisce la coerenza sistematica con cui il Primo Console impostò la questione: sulla base dell'idea che si era fatto del potere del *pater familias* romano, dibatteva la disciplina antica reinterpretandola e risolvendola di conseguenza.

Ancora una volta, però, i giuristi gli fecero notare che non era questo il vero fondamento della *lex Iulia*. Maleville gli rispose subito, ad esempio, che l'obiettivo perseguito da Augusto era piuttosto di carattere demografico: «Maleville dit que l'objet de la loi Julia est de favoriser les mariages»⁹⁸, e Portalis, in maniera ancora più storicizzante, ricorse all'argomento storico della 'decadenza' per relativizzare la mitigazione dell'istituto:

M. Portalis examine comment la loi qui ouvre l'action a été établie. Cette action fut inconnue tant que Rome conserva ses mœurs républicaines. Les empereurs entreprirent de les changer, et, dans cette vue, ils tentèrent d'affaiblir la puissance paternelle, qui était étroitement liée aux anciennes mœurs des Romains : la loi n'a pas eu d'autres motifs. Les filles en ont rarement usé⁹⁹.

A prescindere dalla effettiva consapevolezza storica, la discussione mostra molto bene come Napoleone approcci al diritto romano. Innanzitutto, lo prende sul serio, non come un mero relitto storico. Al tempo stesso, lo affronta in maniera ragionata. Informato dai giuristi dell'esistenza di una specifica disciplina romana, a favore della quale è necessario scegliere o meno, ne chiede le ragioni, riflettendo sulle implicazioni e sui nessi problematici. Ne immagina quindi una motivazione, che non è tuttavia di carattere storico o basata sulla concreta *ratio* della legislazione romana di allora (come erano invece le spiegazioni relativizzanti di Boulay o degli stessi Maleville e Portalis), ma sistematica e inserita nel con-

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ivi*, p. 385.

testo attuale. Si pronuncia infine a favore della soluzione romana, non perché sia autoritativa, ma sulla base dello stesso ragionamento funzionale che attribuisce ad Augusto.

Invece che con l'approccio di Portalis, Napoleone concordava quindi con la proposta mediana di Tronchet:

M. Tronchet soutient qu'elle avait pour but de tempérer la dureté de la puissance paternelle telle qu'elle existait chez les Romains. Il en donne pour preuve que cette loi n'accordait point d'action contre la mère pour l'obliger à fournir une dot. Le Premier Consul adopte le terme moyen proposé par M. Tronchet, et qui consiste à faire présenter la réclamation par la famille¹⁰⁰.

Significativo è peraltro il fatto che, nel concordare con il permettere alla nuova famiglia della figlia di rivendicare la dote, Napoleone contraddiceva in maniera eclatante quanto aveva scritto da giovane entusiasta di Solone¹⁰¹.

Alla fine, tuttavia, prevalse la linea di Portalis, che riteneva non fosse il caso di mitigare la *patria potestas* proprio nel momento in cui si introduceva l'istituto in zone in cui non esisteva ancora¹⁰².

3. *La quota di legittima*. In relazione alla quota di legittima, cioè alla parte dell'asse ereditario che il testatore era tenuto a riservare ai discendenti, la soluzione prevista dal progetto non era quella romana del $\frac{1}{4}$ del patrimonio¹⁰³, ma quella dei $\frac{3}{4}$. La libertà tipica

¹⁰⁰ Locré, *La législation* cit., 4, pp. 383 s.

¹⁰¹ *Supra*, nota 78.

¹⁰² Locré, *La législation* cit., 4, p. 386: «M. Portalis dit qu'à la vérité la loi Julia ne parait faite que pour diminuer les célibataires et favoriser les mariages; mais ce motif n'est qu'apparent. Peu importe au surplus l'origine de cette loi: tout se réduit à ceci: il faut choisir entre deux usages opposés. Si celui du droit écrit existait partout, on n'aurait pas à en craindre l'abus; mais il est dangereux de l'introduire, lorsque la puissance paternelle et la sévérité des mœurs sont affaiblies».

¹⁰³ Sulla evoluzione storica della legittima in diritto romano vd. il prospetto, con lett. in I.L. Nocera, *La tutela dei creditori del legittimario*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 18 ss., 65 ss.; nonché R. Zimmermann, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica*, «Familia» 2016, pp. 21-70; sulla

del diritto testamentario romano era dunque considerevolmente limitata. Si trattava però pur sempre di un compromesso: i rivoluzionari erano contrari alla libertà testamentaria, che avevano abolita nel 1793¹⁰⁴.

L'obiettivo giacobino non era prendere posizione a favore del *droit coutumier*, ovviamente, ma eliminare un istituto fonte di privilegio¹⁰⁵. Lo stesso Napoleone, da giovane, l'avrà considerata un'istituzione sbagliata; tuttavia, quando si discusse della quota di legittima e del potere del capofamiglia di disporre per testamento, il 10 febbraio del 1803, il Primo Console sviluppò una sua teoria a favore, che, nelle intenzioni, era basata proprio sul diritto romano:

Le Premier Consul dit que plus on se rapprochera des lois romaines dans la fixation de la légitime, et moins on affaiblira le droit que la nature semble avoir confié aux chefs de chaque famille¹⁰⁶.

Ritorna ancora una volta, nel ragionamento di Napoleone, il sistematico richiamo al potere del capofamiglia fondato sulla natura e da lui percepito come romano. Ma, ancora una volta, suggerisce una personale proposta di compromesso, politicamente equitativa: riconoscere maggiore libertà testamentaria nel caso di patrimonio inferiore ai 100.000 franchi. Consapevole, infatti, che il problema concreto era connesso con assi ereditari costituiti da ricche pro-

disciplina in generale M. Kaser-R. Knütel-S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., Beck, München 2021, § 76, § 87.23 con lett.

¹⁰⁴ Con la legge del 7-15 marzo 1793, vd; O. Descamps, *The Difficult Road to Harmonization of French Succession Law*, in *Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries*, Springer, Milano, 2018, 589-609 e anche A. Gustave, *Étude sur les lois successorales de la révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil*, «Revue historique de droit français et étranger» 25, 1901, pp. 444-620.

¹⁰⁵ Così H. Bosse-Platière, *L'esprit de famille. Après les réformes du droit des successions et des libéralités*, «Informations sociales» 139, 2007, p. 81: «Malgré les apparences, il ne faut pas lire le texte comme une victoire des pays de coutume sur les pays de droit écrit, de la dimension familiale de la succession sur la volonté du défunt. Tout au contraire, le législateur révolutionnaire voulait libérer l'individu du joug familial».

¹⁰⁶ Locré, *La législation cit.*, 11, p. 155.

prietà fondiaria e non con patrimoni di modesta liquidità. La tradizione romana veniva insomma salvaguardata fino al limite in cui non arriva a contrastare l'interesse generale.

Per quanto ragionevole, stavolta la sua soluzione non era per niente funzionale: impraticabile subordinare ogni testamento alla difficile e variabile stima del patrimonio del testatore.

4. *L'adozione*. L'adozione è un altro punto su cui vi fu ampio intervento del Primo Console, ed è un altro istituto di cui il diritto romano aveva fatto uso esteso, come possibilità di ottenere 'artificialmente' un erede al di là dei legami di sangue e così garantire la successione patrimoniale, spesso anche con finalità politiche e istituzionali¹⁰⁷.

Stavolta però la tradizione osservata in Francia non era affatto quella romana: l'istituto non era ben visto neanche nella Francia del sud¹⁰⁸. Ma proprio per questo – per il tipico schema a chiasmo dell'eterogenesi dei fini delle intenzioni rivoluzionarie – era un istituto che i progetti rivoluzionari volevano reintrodurre¹⁰⁹. Sintomatico fu peraltro il modo assolutamente romano con cui la

¹⁰⁷ Si vd. in generale Kaser-Knütel-Lohsse, *Römisches Privatrecht* cit., § 71.24 ss., anche R. Knütel, *Zur Adoption im römischen Recht*, in H.F. Gaul (hrsg. von), *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*, 1992, pp. 3-21. In prospettiva diacronica Ch. Neukirchen, *Die rechtshistorische Entwicklung der Adoption*, Peter Lang, Frankfurt a.M. 2005.

¹⁰⁸ Cfr. J.P. Gutton, *Histoire de l'adoption en France*, Publisud, Marseille, 59 ss., 92 ss., ma anche F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XVe au XVIe siècle*, Librairie générale de droit, Paris 1998, nonché le considerazioni di A. Fine, *Le don d'enfants dans l'ancienne France*, in *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, Maison des sciences de l'homme, Paris 1998, pp. 61-95. In generale sulla applicazione del *Code civil* nel Sud, L. Soula, *L'application du Code Napoléon en pays de droit écrit*, «Revue historique de droit français et étranger» 87, 2009, pp. 237-270.

¹⁰⁹ Si vd. la dichiarazione del 18 febbraio 1792, cfr. F. Campobello, *La rivoluzione copernicana dell'adozione*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 18 ss.; A.M. Lazzarino del Grosso, *Per una storia delle idee sull'adozione nella Francia moderna: J. Bodin*, in *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, vol. I, Franco Angeli Milano 1990, pp. 667 ss.; S. Solimano, *Verso il code Napoléon. Il progetto di codice civile di G. Jean-Baptiste Target*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 247 s.

Convenzione Nazionale lo fece in un caso singolo, decretando, nel gennaio 1793, la celebre *adozione nazionale* della figlia di Michel Le Pelletier. Per la sua commistione di diritto privato e pubblico e il coinvolgimento dell'assemblea legiferante, l'atto non era troppo dissimile dalla antica *adrogatio*¹¹⁰. Tuttavia, l'istituto dell'adozione rimaneva ugualmente problematico e potenzialmente sospetto anche in prospettiva rivoluzionaria, poiché poteva divenire un modo con cui l'aristocrazia poteva riuscire a perpetuarsi. Nonostante le pressioni del Corpo legislativo, il progetto di Codice, quindi, opportunamente, glissava.

Nella divisione dei giuristi nel corso della discussione il 5 dicembre 1801, Napoleone, che notoriamente aveva anche un interesse personale perché venisse disciplinato l'istituto¹¹¹, sviluppò invece una tesi propria. Richiamandosi proprio all'esempio romano, nonché al precedente rivoluzionario, individuava nel coinvolgimento dell'assemblea legiferante l'elemento chiave dell'importanza attribuita all'istituto:

Le Premier Consul dit que ceux qui ont parlé sur la question, semblent n'avoir pas remonté jusqu'aux principes qui doivent la résoudre. Chez les Romains, a-t-on dit, les adoptions étaient faites dans l'assemblée des comices; donc on les considérait comme des actes législatifs: mais, chez les Romains, tous les actes importants étaient faits dans l'assemblée des comices¹¹².

¹¹⁰ Sulla *adrogatio* romana, con la sua caratteristica commistione di elementi politici, giuridici e sacrali, vd. A.M. Seelentag, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.

¹¹¹ Come noto, Napoleone non ebbe figli dal matrimonio con Giuseppina, e se da imperatore avrebbe trovato la soluzione al problema attraverso il matrimonio dinastico con gli Asburgo (previo divorzio, e su questo vd. *infra* il successivo paragrafo), un'altra possibile soluzione era l'eventuale adozione. Si vd. del resto l'art 4. del Senatoconsulto organico (l'atto del Senato suscettibile di mutare la costituzione) del 28 floreale anno XII (18 maggio 1804), istitutivo dell'impero «Napoleone Bonaparte può adottare i figli o nipoti dei suoi fratelli, purché [...]».

¹¹² Locré, *La législation* cit., 6, p. 450.

L'atto legislativo aveva l'autorità per dare origine a un nuovo vincolo familiare. E Napoleone si mostra consapevole anche della necessità di adattare questa idea all'ordinamento costituzionale moderno, in particolare al principio di divisione dei poteri, con il quale non vedeva alcuna contraddizione:

La constitution, a-t-on dit encore, ne permet pas la délégation qu'on propose de faire au pouvoir législatif. Tout ce que la constitution ne défend pas, est permis: il suffit donc de déclarer que l'adoption n'est pas une matière judiciaire, pour faire tomber cette objection. La même réflexion répond à ce qu'on a allégué, qu'attribuer les adoptions au pouvoir législatif, c'est blesser le principe de la division des pouvoirs. L'adoption en soi, n'est ni une matière judiciaire ni une matière législative; tout est arbitraire à cet égard [...]¹¹³.

E infine presenta la sua soluzione:

L'adoption est une fiction qui singe la nature; une espèce de sacrement destiné à établir les sentiments et les affections de la filiation et de la paternité entre deux individus nés étrangers l'un à l'autre: c'est dans l'essence de l'institution ainsi conçue qu'il faut chercher les règles de son organisation. Les ministres de ce sacrement civil ne peuvent être trop élevés: ce doivent être les premières autorités de la république; et s'il était possible de monter à des pouvoirs encore plus éminents, le législateur devrait le faire¹¹⁴.

La proposta in cui si lanciò il Primo Console era originale; in essa si rintracciano le letture fatte, il diritto romano, la tradizione, tutto commisto con la particolare sensibilità statalista sua propria. La frase «une fiction qui singe la nature» è un richiamo al principio romano *adoptio imitat naturam*¹¹⁵. La sua soluzione, di creare un 'sacramento civile', mira a superare i motivi culturali che

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Ivi, pp. 450 s.

¹¹⁵ Sul punto, in prospettiva diacronica e dogmatica, vd. I. Kroppenber, *Adoptio naturam imitatur*, «Forum historiae iuris» 2012, par. pp. 9 ss. (<https://forhistiur.net/en/2012-03-kroppenberg/abstract/2012-03-kroppenberg>, ultimo accesso 24.10.21).

ostavano alla idea dell'adozione: il contrasto tra l'appartenenza anche affettiva alla originaria famiglia di sangue e la lealtà cui si sarebbe tenuti nei confronti della nuova. I protocolli della seduta, nel riassumere il concetto, tornano sul punto:

Le Premier Consul soutint que, même en donnant à l'adoption que le caractère d'une institution de droit commun, il convenait de ne la faire prononcer que par une des grandes autorités de l'Etat. Pour motiver cette opinion il développa une théorie dont j'ai déjà dit un mot dans les Prolégomènes, et qui tendait à faire de l'adoption une imitation parfaite de la nature, ou plutôt une institution qui détruisit celle de la nature: le fils ne devait plus connaître que son père adoptif; il devait le préférer au père qui lui avait donné la vie. Afin que ces sentiments pussent se former en lui, il était nécessaire que, dès son bas âge, le père adoptif se l'attachât irrévocablement; et il fallait aussi que l'adoption devint une sorte de sacrement politique, qui fût administré par les autorités les plus éminentes. Le Conseil adopta cette théorie¹¹⁶.

Nella sua proposta, come sagacemente osserva il verbalizzatore, Napoleone passa dalla imitazione della natura alla sua completa rimozione. Proponendo, infatti, di fare dell'adozione stessa una sorta di istituzione civile, giuridicamente artificiale, che sostituisca in tutto e per tutto la precedente realtà naturale, anche negli affetti e dunque nel sentimento di lealtà, il vincolo giuridico si sostituisce alla natura in tutto e per tutto.

L'idea di configurare una «sacramento politico» per realizzare questo effetto (anche sotto il profilo, per così dire, sacrale) è particolarmente significativa: la tesi è originale, il suo spunto viene dalla storia, ma non è basata sulla tradizione. Eppure non solo è romana nella sua impostazione, ma lo è anche nella sua genesi concettuale e declinazione: un legame giuridico che sostituisce a quello naturale per intervento della sfera pubblica, attraverso un rituale che unisce diritto civile e diritto religioso¹¹⁷. Questo fornisce un esempio di come alla base della leggenda vi sia un certo

¹¹⁶ Locré, *La législation* cit., 6, p. 360.

¹¹⁷ Ancora una volta simile al concetto di *adrogatio*, vd. *supra*, nota 110.

fondamento di verità. L'istituto poi codificato era comunque più limitato di quello romano.

5. *Il divorzio*. Ancora più che per l'adozione, celebre è l'impegno di Napoleone a favore del divorzio. Immensa è peraltro la letteratura sui motivi personali che lo spinsero a favorirlo¹¹⁸. Il dibattito sul punto mostra però bene come il futuro imperatore sapesse servirsi del diritto romano anche al di fuori della tradizione, in un modo del tutto opposto a quello visto finora.

Notoriamente, il diritto romano antico non ancora cristianizzato non conosceva l'indissolubilità del matrimonio. Ma come in tutti i paesi europei di allora, l'istituzione matrimoniale in Francia derivava dal diritto romano-canonico e il divorzio contraddiceva palesemente non solo il modello, ma il modo con cui era organizzata la società in vista della formazione della famiglia naturale¹¹⁹.

Quando il divorzio fu introdotto dalla Convenzione Nazionale nel fatale 20 settembre del 1792, era dunque in aperta rottura con la tradizione giuridica¹²⁰. Il progetto di Codice, in un tentativo di mediazione, lo ammetteva invece solo in alcuni casi. Personalmente, il canonista Portalis era espressamente contrario all'istituzione. Gli argomenti di Napoleone a favore furono invece molte-

¹¹⁸ Per la discussione, vd. Theewen, *Napoléons Anteil* cit., pp. 143 ss.

¹¹⁹ Sulla concezione romana si vd., tra gli altri, R. Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, «Bulletino dell'Istituto di diritto romano» 105, 2011, 197-233, nonché *infra*, nota 120. Sul diritto canonico, in funzione del matrimonio come sacramento, si vd. ancora A.C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, p. 89. Nei paesi protestanti, l'allontanamento dalla tradizione canonistica iniziò prima, ma la legislazione francese fu la prima a introdurre ufficialmente una disciplina generale in questo senso. La Prussia avrebbe seguito due anni dopo – per quanto la disciplina contenuta nell'ALR del 1794 fosse già stata discussa e parzialmente anticipata negli anni precedenti – ma comunque in maniera molto limitata e piuttosto caratterizzata da una finalità sanzionatoria a fronte della colpevolezza di uno dei coniugi, cfr. D. Blasius, *Ehescheidung in Deutschland 1794-1945*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2011, pp. 29 ss.

¹²⁰ Vd. R.G. Phillips, *Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle*, «Annales» 34, 1979, pp. 385-398.

plici. Tra questi, nella seduta del 6 ottobre 1801, va segnalato il richiamo alla società romana:

Le Premier Consul pense que le mariage prend sa forme des mœurs, des usages, de la religion de chaque peuple. C'est par cette raison qu'il n'est pas le même partout; il est des contrées où les femmes et les concubines vivent sous le même toit, où les esclaves sont traités comme les enfants. L'organisation des familles ne dérive donc pas du droit naturel: les ménages des Romains n'étaient pas organisés comme ceux des Français¹²¹.

La teoria di Napoleone era originale e non solo non si basava su un principio, ma intendeva proprio relativizzare la disciplina tradizionale del diritto di famiglia, mostrando come essa fosse condizionata dalle singole culture in cui si sviluppa. Il diritto romano stavolta gli serviva come argomento a favore di una concezione alternativa del matrimonio. L'argomento per il quale l'organizzazione della famiglia non è diritto naturale (che va ovviamente letta nel senso del diritto naturale eterno ed immutabile¹²²) contraddice la lettera delle fonti romane¹²³, ma non è troppo distante dalla differenziazione che queste fanno tra le diverse fonti (*mores*, ma anche *leges*) che possono concorrere al disciplinare il matrimonio¹²⁴.

¹²¹ Locré, *La législation cit.*, 5, p. 58.

¹²² Per la concezione di diritto naturale dei codificatori, *supra*, nota 87.

¹²³ Ulpiano, *inst.* 1, D. 1,1,1,3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus [...]*.

¹²⁴ Ulpiano, 32 *ad Sabinum* D. 24,1,3,1: *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit.* Bene scrive R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, 2ª ed., Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2014, p. 13, a proposito dei due passi di Ulpiano, «La definizione [...] mostra che la giurisprudenza romana riteneva avere il matrimonio, presso ogni popolo, e quindi anche per i romani, un fondamento di *ius naturale*. Essa però riteneva anche che ogni popolo, compreso il romano, lo potesse integrare e completare con altri elementi costitutivi, secondo il proprio ordinamento statale. [...] anche Ulpiano completa la definizione naturalistica [...] indicando gli elementi con i quali il diritto dei romani la integra».

Non era però la specifica disciplina romana che gli interessava. I giuristi gli fecero notare, del resto, che, la sua argomentazione a favore del divorzio unilaterale non distingueva tra *divortium* e *repudium*¹²⁵. Il punto per lui era un altro: il diritto matrimoniale romano gli si offriva, in ottica di comparazione, come esempio di una disciplina proveniente da una cultura differente, utile a relativizzare la propria tradizione.

6. *L'età per contrarre matrimonio*. Il caso dell'età minima per contrarre matrimonio va segnalato non tanto per il rapporto col diritto romano di Napoleone, da lui in questo non preso in considerazione, ma per come esso venne considerato nella discussione, da cui Napoleone cercò di prescindere.

Il diritto romano fissava l'età minima per contrarre matrimonio per i maschi e per le femmine rispettivamente a 14 e 12 anni. La proposta, discussa il 13 settembre del 1801 nella bozza del futuro art. 144 c.c., prevedeva un anno in più, rispettivamente 15 e 13 anni. L'aumento di un anno rispetto alla dottrina romana venne motivato da Pierre-François Réal, con un ragionamento tipico della cultura del suo tempo, come la conseguenza del clima meno temperato delle regioni francesi rispetto a quelle antiche¹²⁶:

En fixant la puberté présumée à douze ans et à quatorze ans, ou à treize et à quinze, les Romains, les empereurs Justinien et Léon, faisaient un choix raisonnable, et obéissaient à la nature, qui, dans les climats brûlants de l'Italie et de la Grèce, de Rome et de Constantinople, donne une puberté très précoce¹²⁷.

¹²⁵ Locré 5, *La législation* cit., pp. 63 s.: «M. Emmercy dit [...] Par les lois romaines, la répudiation n'était d'abord permise qu'au mari, et seulement en trois cas».

¹²⁶ Il celebre fondamento di questo ragionamento è nel libro 14° (in part. cap. II e cap. XI-XV) dell'influente *Esprit des Lois* (1748) di Charles de Montesquieu. Per l'importanza storica concettuale della tesi, al di là del suo stretto intendimento, vd. Z. Gobetti, *Le origini della geopolitica francese nel pensiero di Montesquieu*, «Scienza & Politica» 38, 2008, pp. 111-126.

¹²⁷ Locré, *La législation* cit., 4, p. 316.

Napoleone non discusse né l'argomento, né la disciplina romana. Se ne distaccò semplicemente, proponendo di avvicinare il limite per contrarre matrimonio al conseguimento della maggiore età, fissandolo rispettivamente a 20 e 18 anni¹²⁸. Alla fine, si impose però Réal, e infatti il *Code civil* continuò a prevedere un'età minima fortemente differenziata tra maschi e femmine, rispettivamente 18 e 15 anni, fino al 2006. Per quanto, l'articolo 145, su suggerimento del Primo Console, prevedeva la possibilità di fare eccezioni¹²⁹.

7. *La donazione.* L'ultimo caso che intendo discutere è invece più squisitamente tecnico-privatistico. I casi finora considerati hanno registrato l'intervento di Napoleone in relazione ad istituti che, oltre a quelli tecnici, riguardano aspetti di politica sociale e familiare. Da un lato, come si è ricordato, questi erano i settori che avevano bisogno di maggiore amalgamazione e dall'altro attiravano il maggior interesse sia personale sia politico-sociale di Napoleone, che intendeva la famiglia come la cellula primaria della società e il capofamiglia come prefigurazione del capo dello stato al suo interno. Ma vi erano anche cause contingenti altrettanto determinanti: il libro sul diritto di famiglia fu il primo ad essere discusso e dunque inevitabilmente quello che attirò il maggior entusiasmo del futuro imperatore; e poi soprattutto, le vicende politiche e belliche contestuali alla rottura del trattato di Amiens gli impedirono di prendere parte a molte delle sedute successive.

Un particolare caso di un intervento nel tecnico settore dei diritti di obbligazione è invece la discussione del 27 gennaio 1803 sulla donazione. Il caso è significativo, perché se l'intervento di Napoleone incontra solo indirettamente il diritto romano, investe invece direttamente, nella sua tecnicità, tutta la tradizione romani-

¹²⁸ Per Theewen, *Napoléons Anteil* cit., p. 114, la proposta di Napoleone riportata da Loqué, *La législation* cit., 4, p. 319, rispettivamente 21 e 15 anni, non è affidabile, perché inconsistente con quanto prima da lui dichiarato.

¹²⁹ Cfr. anche S. Armani, *La storiografia in materia di matrimonio romano alla luce della legislazione francese di fine Ottocento e primi del Novecento*, «Quaderni lupiensi di diritto romano» 8, 2018, pp. 445-464.

stica. Fornisce inoltre un sorprendente esempio di come Napoleone arrivasse giuridicamente preparato.

La donazione ha una storia giuridica piuttosto complessa. Il diritto romano non la conosceva come *contractus*, né come figura negoziale autonoma. Era piuttosto una *causa*, cioè un titolo giuridico sulla base del quale poteva giustificarsi un'attribuzione patrimoniale¹³⁰. L'evoluzione successiva, a partire dal tardoantico¹³¹, arrivò invece a configurarla come una particolare figura contrattuale tipica, senza obbligazioni reciproche ma basata su un accordo tacito, dotata di una sua propria causa costituita dalla *liberalità*¹³². In Francia la materia era stata da poco oggetto di sistemazione dall'ordonnance di d'Aguesseau del 1731, che ne aveva disciplinato i requisiti formali¹³³ e che, insieme alla successiva ordinanza del 1735 sui testamenti, aveva dunque precodificato la materia delle disposizioni a titolo gratuito. Tra queste, gli autori del Codice avevano deciso di eliminare una figura romanistica ancora diffusa nei paesi di *droit écrit*, la donazione *mortis causa*¹³⁴. Le

¹³⁰ Cfr. in generale G. Archi, *La donazione*, Giuffrè, Milano 1960.

¹³¹ Dalla riforma di Costantino del 316 d.C., che ne fissò i requisiti formali, C. 8,53,25 *pr.*; C.Th. 8,12,1; *Frag. Vat.* 249. Cfr. P. Voci, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, «Iura» 38, 1987, pp. 72-148.

¹³² Cfr. J. Domat, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, J.B. Coignard, Paris 1695, liv. I, tit. I, § vi, p. 72: «Dans les donations, & dans les autres contrats ou l'un seul fait, ou donne; & où l'autre ne fait & ne donne rien», vd. sul punto G. Albers, *History of a Notion*, in G. Albers *et. al.* (hrsg. von), *Causa contractus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, pp. 19 ss. note con lett.

¹³³ Vd. per il profilo storico verso l'evoluzione moderna, A. Venditti, *La forma del contratto*, in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La donazione*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 701 s.

¹³⁴ Che infatti rimase, ad es., nella coeva codificazione austriaca, pur se convertita in legato: si vd. art. ABGB § 956 (1811): «Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist... als ein Vermächtnis gültig [...]», e lo è tuttora, pur se considerata contratto dal 2015, vd. art. 603 ABGB (2015): «Eine Schenkung auf den Todesfall ist auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag anzusehen...».

possibilità di disporre a titolo gratuito rimanevano così due: la disposizione testamentaria e la donazione tra vivi¹³⁵.

Il risultato fu la particolare collocazione di quest'ultima tra le successioni (libro III, titolo 1) e i contratti (libro III, titolo 3) e un istituto che non vantava «una sua compiuta fisionomia giuridica»¹³⁶. Nonostante precedesse la sezione dedicata ai contratti, il progetto del futuro art. 894 definiva comunque, non diversamente da altri codici¹³⁷, la donazione tra vivi come un contratto:

La donation entre vifs est un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement en faveur du donataire, de la propriété de la chose donnée.

Napoleone intervenne per primo, obiettando che non gli sembrava corretto parlare di 'contratto':

Le Premier Consul dit que le *contrat* impose des charges mutuelles aux deux contractants ; qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la donation¹³⁸.

L'obiezione era, come si vede, tecnica: se un contratto presuppone un accordo di due (o più) parti e obbligazioni reciproche, queste non si rinvengono nel contratto di donazione, dove solo una parte si obbliga unilateralmente a favore di un'altra.

Al Primo Console era certamente possibile rispondere che si poteva senz'altro parlare di contratto unilaterale senza alcuna

¹³⁵ Art. 893 *Code civil* (1804): «On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies».

¹³⁶ Così G. Conte, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* cit., pp. 9 s., ma a proposito della donazione tra vivi disciplinata dal Codice italiano del 1865 (che però traduce fedelmente il Codice francese) e in relazione anche alla formulazione dovuta a Napoleone, vd. *infra*.

¹³⁷ Così ad es. il § 1037 ALR, che usa il plurale: «Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet».

¹³⁸ Locré, *La législation* cit., p. 88.

difficoltà per la sistematica¹³⁹. Tuttavia, alla peculiare collocazione dell'istituto si aggiungevano una serie di debolezze nella terminologia e nella sistematica usata.

Nell'impostazione del Codice, il contratto, basato sulla «mutuelle dependance», era la principale fonte delle obbligazioni¹⁴⁰. Ma se il Codice offriva un modello contrattuale unico e coerente¹⁴¹, non definiva pur tuttavia un tipo unitario di contratto¹⁴². La terminologia usata era inoltre piuttosto incerta, obbligazione e contratto spesso usati interscambiabilmente e il contratto stesso era definito come una convenzione, di fatto spiegata nella obbligazione¹⁴³. La stessa definizione di convenzione non mancava di sollevare problemi, tanto che il progetto di Codice aveva anche previsto di precisare che una *convention* non è tale se non vi è accettazione dall'altra parte¹⁴⁴.

¹³⁹ Come del resto era codificato nell'art. 1103 del *Code civil* (1804): «Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement».

¹⁴⁰ D. Deroussin, *Le contrat à travers le Code civil des Français*, «Histoire de la justice» 19, 2009, p. 10 nota 37 e p. 252 note con riferimenti a Domat e a Pothier e ancora nei progetti rivoluzionari, ad es. l'article 2 du titre I, livre III (Des contrats) dispose que «les obligations dérivent naturellement des contrats».

¹⁴¹ Così E. Montero-M. Demoulin, *La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil Lieu de publication*, La Chartre, Bruxelles 2004, pp. 61-120, pp. 3, 6.

¹⁴² Deroussin, *Le contrat* cit., p. 254, cfr. anche G. Rouhette, *La définition du contrat et la méthode juridique française*, «Droits» 12, 1990, pp. 59-66.

¹⁴³ Art. 1101 del *Code civil* (1804): «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose». Cfr. Deroussin, *ibidem*.

¹⁴⁴ Montero-Demoulin, *La formation du contrat* cit., pp. 14 s. e nota 96: «La promesse d'un seul non acceptée n'est point une convention». La distinzione con la promessa unilaterale era un punto importante. Su quest'ultima, sull'importanza della accettazione per distinguere contratto e promessa nonché sulla associazione tra promessa e gratuità, cfr. G. Albers, *Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich*, in G. Albers et al. (hrsg. von), *Wortgebunden*, Klostermann, Frankfurt a.M. 2021, p. 32 nota 12: «Die Auffassung des Vertrags als angenommenes Versprechen findet sich in den vom aufgeklärten

Ei fu. Lui è ancora

Come si vede, l'osservazione di Napoleone toccava un punto dolente. Jean Bérenger gli concesse che la definizione non era del tutto esatta, proprio per la mancata menzione del donatario:

M. Bérenger dit que la définition est inexacte en ce qu'elle ne parle que du donateur et non du donataire¹⁴⁵.

Così impostata, però, la discussione sul valore della definizione coinvolse tutti e, nella sua vivacità, da subito verté sui massimi sistemi. Sollevato il problema, infatti, si ebbe immediatamente una spontanea reazione dei pratici contro le definizioni. Michelle Regnaud de Saint-Jean-d'Angely tagliò cortò, arrivando a dire:

M. Regnaud ... pense que les définitions sont inutiles, puisqu'elles ne sont pas des dispositions dans la loi¹⁴⁶.

Sorprendente per quanto possa sembrare una tale affermazione (come avrebbe potuto una disposizione di legge non essere di legge?), ancora più sorprendente era la successiva dichiarazione di Pierre Galli della Loggia, se la si considera alla luce della moderna idea che abbiamo di codificazione:

M. Galli est d'avis de supprimer les définitions ; elles lui semblent déplacées dans un code civil. Les constitutions du Piémont, qui ont été indiquées au grand Frédéric comme un modèle parfait, sont dégagées de toute définition. La loi en effet ne doit définir que les choses dont elle veut changer la nature : c'est dans le Digest qu'il faut aller chercher les autres définitions¹⁴⁷.

Diversamente dal giurista moderno, che – figlio appunto delle sistematiche codificazioni ottocentesche – è abituato a trovare nella legge codificata la maggior parte delle definizioni degli isti-

Naturrecht geprägten Gesetzbüchern» e p. 35: «Diese Assoziation von Versprechen mit Unentgeltlichen ist von großer Bedeutung, weil das Recht unentgeltlichen Geschäften nur eingeschränkten Schutz zugesteht und gegenüber unentgeltlichen Verpflichtungen geradezu Misstrauen hegt».

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Locré, *La législation cit.*, p. 89.

tuti con cui opera, Galli vedeva la necessità di una positiva definizione legislativa *solo* per le norme modificative di uno stato giuridico, riservando invece la ricerca delle definizioni degli istituti 'naturali' (vale a dire, piuttosto, tradizionali¹⁴⁸) al *Corpus Iuris* e dunque alla tradizione di diritto romano.

La risposta all'argomento la diede, con estrema competenza, Portalis, che corresse questa (di lì a poco antiquata) visione del rapporto tra scienza della definizione e scienza della legislazione, ricordato il valore *positivo* sia del diritto romano che della definizione giuridica:

M. Portalis observe que dans le Piémont et à Milan, le droit romain fait loi et décide à défaut des constitutions [...] Aujourd'hui qu'on rédige un code destiné à remplacer le droit écrit et les coutumes, on ne peut se dispenser de définir [...] Un code competent, tel que celui que le Conseil prépare, n'existe qu'en Prusse, et le Code prussien contient des définitions: au reste, on ne fait ici que suivre l'exemple de Justinien. Personne ne saurait plus précisément ce qu'est une donation entre-vifs ou un testament, si Justinien n'en avait fait insérer les définitions dans le Digeste¹⁴⁹.

Con un ragionamento che in una prospettiva di storia giuridica rappresenta il punto di contatto tra la tradizione romanistica e la nuova era del positivismo giuridico, Portalis tagliò quindi corto contro le altre obiezioni di chi considerava le definizioni «très difficiles» (così Bérenger) e più di pertinenza della scienza che di un Codice:

M. Portalis dit que les définitions de droit ne sont pas purement scientifiques; elles sont positives. Dans les sciences ordinaires, tout est de doctrine et de raison; dans la législation, rien n'existe que par la volonté positive du législateur¹⁵⁰.

¹⁴⁸ *Supra*, note 33, 87.

¹⁴⁹ Locré, *La législation cit.*, 11, pp. 89 s.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 90.

Le definizioni cioè non derivano solamente dalla tradizione, ma vanno prese sul serio proprio in quanto espressione della volontà del legislatore¹⁵¹.

Quel che conta per noi, però, è che, nel merito, il Consiglio venne incontro alla considerazione di Napoleone. Come proposto da Maleville, l'articolo fu adottato, ma sostituendo *contrat* con *acte*¹⁵², come ancora si legge nel *Code civil*¹⁵³, in una formulazione che allude però anche all'accettazione.

Parte della giurisprudenza successiva lo ha considerato un errore¹⁵⁴. Ma, per fare l'esempio del Regno d'Italia, durante la vigenza del vecchio Codice del 1865 (che recepiva letteralmente la formulazione francese) la natura del contratto o dell'atto di donazione era uno dei punti più discussi¹⁵⁵. E anche dopo che il Codice

¹⁵¹ Per il valore particolare della definizione nella giurisprudenza romana, cfr. A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Jovene, Napoli 1966 e R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Giuffrè, Milano 1966.

¹⁵² Locré, *La législation* cit., 11, pp. 89 s.

¹⁵³ Art. 894 *Code civil*: «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte».

¹⁵⁴ Così G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, I, Larose, Paris 1897, p. 6: «L'observation du premier consul portait donc à faux, et l'on eu tort d'y donner suite, en remplaçant le mot contrat par le mot acte».

¹⁵⁵ Forse anche a seguito della traduzione in italiano del trattato di Baudry-Lacantinerie (*Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, II, trad. della 3^a ed., Vallardi, Milano s.d., a cura di P. Bonfante, G. Pachioni, A. Sraffa, con addizioni di A. Ascoli e P. Bonfante) l'idea dell'errore di Napoleone venne ripetuto per confutare la dottrina che negava la natura contrattuale della donazione. Così ancora B. Biondi, *s.v. donazione*, «Nuovissimo Digesto» 6, Utet, Torino 1957, p. 233: «il nostro codice abrogato, seguendo l'errore di Napoleone, che confondeva contratto, inteso come accordo di volontà, come contratto bilaterale, definiva la donazione come «atto» e lo collocava tra il titolo 2 «delle successioni» e il titolo 4 «delle obbligazioni e dei contratti in genere». Cfr. A. Ascoli, *Trattato delle donazioni*, altra letteratura in G. Conte, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* cit., pp. 9 s.

del 1942 tornò a qualificarla espressamente come contratto¹⁵⁶, la collocazione e la sistematica della donazione rimase distinta¹⁵⁷. Il diritto francese ha di recente completamente riformato la disciplina dei contratti¹⁵⁸, codificando finalmente i risultati raggiunti dalla successiva scienza giuridica¹⁵⁹.

Napoleone, insomma, consapevolmente o per istinto, aveva sollevato la discussione toccando nodi problematici ma assolutamente centrali della dottrina civilistica francese, individuando i punti deboli: a) della scienza giuridica in generale, quello della definizione giuridica; b) dell'istituto della donazione in particolare, in linea peraltro con il diritto romano classico, che non conosceva la donazione neanche come negozio autonomo; c) del *Code civil* in

¹⁵⁶ Art. 769 c.c. (1942): «La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione».

¹⁵⁷ Cfr. Biondi, s.v. *donazione* cit., p. 233: «La relazione Pisanelli, pur riconoscendo che la donazione “come atto tra vivi partecipi della natura dei contratti”, giustificava quella collocazione, ammettendo in tal modo il titolo delle donazioni “viene ad essere un punto di transizione fra queste (cioè le successioni) e i contratti)», che infine, p. 234, è costretto a chiosare: «In definitiva la donazione ha tutta la struttura formale del contratto, ma sostanzialmente in gran parte segue la disciplina del testamento, di cui presenta anche quella certa prevalenza della volontà del donante».

¹⁵⁸ Con la *Réforme du droit des contrats* prevista dalla Ordonnance del 10 febbraio 2016. Sulla riforma del diritto francese con le sue motivazioni e implicazioni comparatistiche vd. G. Albers, *Why Cause of Contract Again, and How? e Causa contractus* cit., pp. 1 ss.

¹⁵⁹ Ad esempio: la definizione di contratto attualmente vigente è più rigorosa di quella del 1804 (*supra*, nota 143), cfr. art. 1101 *Code civil* (2016): «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations». L'art. 893 (vd. *supra*, nota 135) definisce, dal 2007, la liberalità: «La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne...». La distinzione tra contratti sinallagmatici e contratti unilaterali (*supra*, nota 139) è stata risistemata dal nuovo art. 1106 (si vd. peraltro la tesi di B. Moron-Puech, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, LGDJ, Paris 2020). Il rapporto tra offerta e accettazione è stato infine codificato, sulla scia del BGB, all'art. 1113: «Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager».

sé, al quale mancava la coerenza sistematica della teoria del negozio giuridico poi sviluppata dalla Pandettistica tedesca e che infatti si trova nel *Bürgerliches Gestezbuch* tedesco del 1900¹⁶⁰.

Con una sola osservazione, insomma, per quanto non strettamente necessaria e aggirabile, Napoleone mostrava di essersi preparato, di capirne di teoria generale e di storia del diritto, toccando aspetti centrali dell'impianto sistematico del Codice e della scienza giuridica in generale. Capiamo bene quindi lo stupore di M. Bertrand de Molleville (uomo dell'Antico Regime e della Restaurazione) che, imbattutosi nelle discussioni relative al *Code civil*, fu costretto a riconoscere: «Mais où diable avait-il appris tout cela ? ... un prodige!»¹⁶¹.

VI. Considerazioni conclusive

Da quello che si è visto, si possono trarre ora sinteticamente le seguenti conclusioni. Con il diritto romano, Napoleone ebbe innanzitutto un rapporto tecnico e funzionale. Da non esperto di diritto, ma da uomo pratico e militare di formazione, lo valuta non ideologicamente, bensì concretamente, sulla base della propria esperienza, dei suoi interessi e delle finalità che intravedeva. Nel far questo, però, lo prende estremamente sul serio. Questo è significativo: Napoleone era notoriamente un eccellente organizzatore, un uomo dall'incredibile capacità lavorativa, meticoloso nella preparazione e capace di pensare strategicamente. Di qui, la sorpresa per come riuscisse a discutere anche problemi tecnici.

¹⁶⁰ Sul rapporto tra il diritto privato francese e la dottrina giuridica tedesca vd. Bürge, *Das französische Privatrecht* cit., in part. p. 150. Sullo stile del Codice in relazione alle definizioni e alle descrizioni, vd. N. Dissaux, *Le style du Code civil*, in *Le Code en toutes lettres. Écriture et réécritures du Code civil au XIX^e siècle*, Garnier, Paris 2020, pp. 53-66. Per la forte pandettizzazione del diritto italiano, invece, vd. F. Ranieri, *Einige Bemerkungen zu den historischen Beziehungen zwischen deutscher Pandektistik und italienischer Zivilrechtswissenschaft: Die Lehre des Rechtsgeschäfts zwischen 19. und 20. Jahrhundert*, in *Mélanges Rieg, Bruyant*, Bruxelles 1999.

¹⁶¹ Las Cases, *Memorial* cit., vol. I, p. 597.

Salvatore Marino

Il diritto romano non apparteneva alle sue emozioni e non gli arrivava in via diretta, ma mediata: dalla sua esperienza, dai libri letti, da quanto riferitogli dai giuristi, dalla tradizione applicata. Ma nel momento in cui lo affrontava, lo faceva non passivamente, cioè non meramente all'interno delle coordinate culturali generali del suo tempo, né sulla base delle opinioni riferite da altri. Al contrario, anche quando lo fraintende o lo semplifica, vi approccia attivamente e in maniera creativa: cioè documentandosi nei limiti del possibile, facendosi una propria idea delle varie discipline e soprattutto prendendolo in considerazione non come un antico diritto, autoritativo o obsoleto che sia, ma discutendolo nel suo elemento concreto e *vivente*.

Quest'ultimo aspetto è particolarmente sintomatico, perché corrisponde all'approccio che Napoleone aveva in genere anche nei confronti degli antichi scrittori di questioni geografiche, militari, letterarie, storiografiche¹⁶²: il diritto antico è un suo interlocutore, del quale cerca anche di farsi interprete, in vista della soluzione più funzionale per l'obiettivo da raggiungere.

Abstract.

The close relationship between Napoleon and Roman law is an important part of the myth surrounding the 'legislator of the French'. It has its kernel of truth in the practical and functional, but ultimately not passive way in which he approaches ancient law and takes it seriously as a 'living' actual thing.

Keywords.

Napoleon, *Code civil*, Roman Law.

Salvatore Marino

Università di Napoli Federico II

salvatore.marino@unina.it

¹⁶² Si vd. in questo fascicolo i contributi di M. Zanin e di B. Colson, nonché quello di I. Eramo. Per l'acuta sensibilità storica rivelata da Napoleone nel *Précis des guerres de César* nel giudicare l'accusa mossa a Cesare di ambire al *regnum*, si vd. O. Licandro, *Cesare deve morire*, Baldini+Castoldi, Milano 2022, pp. 11-20.