

Gradenwitz, Riccobono und die
Entwicklung der Interpolationenkritik
Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della
critica interpolazionistica

Methodentransfer unter europäischen Juristen
im späten 19. Jahrhundert

Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei
nel tardo Ottocento

Herausgegeben von

Martin Avenarius, Christian Baldus,
Francesca Lamberti und Mario Varvaro

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags.

Martin Avenarius ist Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte in Köln.

Christian Baldus ist Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Römisches Recht in Heidelberg.

Francesca Lamberti ist Universitätsprofessorin für Römisches Recht und Recht der Antike in Lecce.

Mario Varvaro ist Universitätsprofessor für Römisches Recht und Recht der Antike in Palermo.

Unterstützt von / Supported by



Alexander von Humboldt
Stiftung/Foundation

ISBN 978-3-16-155902-0 / eISBN 978-3-16-156193-1

DOI 10.1628/978-3-16-156193-1

ISSN 2197-8573 (Ius Romanum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von eplene in Böblingen gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags.

Inhaltsverzeichnis/Indice

Vorwort	V
Prefazione	VI
<i>Martin Avenarius, Christian Baldus, Francesca Lamberti und Mario Varvaro</i> Einleitung	1
<i>Martin Avenarius, Christian Baldus, Francesca Lamberti e Mario Varvaro</i> Introduzione	7
<i>Salvatore Marino e Pierangelo Buongiorno</i> Interzessionen vs. Interpolationen. La „Nostrifizierung“ di Otto Gradenwitz tra Heidelberg e Berlino	13
<i>Mario Varvaro</i> Circolazione e sviluppo di un modello metodologico. La critica testuale delle fonti giuridiche romane fra Otto Gradenwitz e Salvatore Riccobono	55
<i>Stefano Barbati</i> Nota minima sulle interpolazioni delle costituzioni imperiali nel pensiero di Gradenwitz	101
<i>Tommaso Beggio</i> La <i>Interpolationenforschung</i> agli occhi di Paul Koschaker. La critica a Gradenwitz e alla cosiddetta <i>neuhumanistische Richtung</i> e lo sguardo rivolto all'esempio di Salvatore Riccobono	121
<i>Stephan Meder und Christoph-Eric Mecke</i> Otto Gradenwitz' Berliner Familienrechtsvorlesung von 1892. Nach einer Mitschrift von Salvatore Riccobono im Kontext von SpätPandektistik und Familienrechtspolitik am Vorabend des BGB	157
<i>Francesca Lamberti</i> La storiografia italiana sulla <i>familia</i> tra tardo Ottocento e inizi Novecento. Antropologia, evolucionismo e primi influssi delle teorie interpolazionistiche	215

Iole Fagnoli

Poche ombre sugli entusiasmi coevi.

Lecture critiche della teoria interpolazionistica di Otto Gradenwitz

tra Germania e Italia 239

María Teresa González-Palenzuela Gallego

Die Rezeption von Gradenwitz' und Riccobonos

Interpolationentheorien in der spanischen Romanistik 255

Lorena Atzeri

Reazioni all'interpolazionismo tra Cambridge e Oxford

nella prima metà del Novecento 267

Martin Avenarius

Methodenwandel und Wissenschaftstransfer

in der Interpolationenforschung.

Neue Quellen und wissenschaftsgeschichtliche Forschungsperspektiven

(Zusammenfassung) 303

Ortsregister / Indice dei luoghi 315

Namenregister / Indice dei nomi 317

Sachregister / Indice degli argomenti 323

Quellenregister / Indice delle fonti 329

Interzessionen vs. Interpolationen

La „Nostrifizierung“ di Otto Gradenwitz tra Heidelberg e Berlino

Salvatore Marino e Pierangelo Buongiorno*

Abstracts

Nel contributo si tratteggia l'attività scientifica di Otto Gradenwitz tra il 1883 e il 1887, con particolare attenzione alla seconda, vittoriosa, procedura di abilitazione berlinese e alle cause del suo diverso esito rispetto al primo tentativo a Heidelberg, grazie al confronto tra gli inediti verbali dei differenti procedimenti e le opere a stampa prodotte dallo studioso in quel periodo. Contrariamente alla vulgata diffusasi nella storiografia più recente, l'abilitazione non aveva a oggetto l'opera alla quale il giurista deve la sua fama, *Interpolationen in den Pandekten*, bensì ampliava la tesi sul *sc. Velleianum* che Gradenwitz aveva presentato a Heidelberg nel 1883, ma che non aveva incontrato il favore di Karlowa. Il contributo analizza infine diffusamente l'influsso prodotto sulla storiografia romanistica da *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, pubblicato lo stesso anno del suo libro più famoso, e che raccoglie fedelmente il contenuto della *Habilitationsschrift*.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der wissenschaftlichen Tätigkeit von Otto Gradenwitz zwischen 1883 und 1887, und zwar mit besonderem Augenmerk auf das in Berlin mit Erfolg durchlaufene, zweite Habilitationsverfahren und auf die Gründe der unterschiedlichen Ergebnisse im Vergleich zum ersten (Heidelberger) Habilitationsversuch anhand der unveröffentlichten Protokolle beider Habilitationsverfahren und der Publikationen von Gradenwitz in dieser Zeit. Anders als nach einer im jüngeren Schrifttum verbreiteten Vorstellung betraf Gradenwitz' Habilitationsschrift nicht die *Interpolationen in den Pandekten*, den Gegenstand seines berühmtesten Buches, sondern sie bestand in einer Erweiterung seiner Heidelberger Arbeit über das *sc. Velleianum*, die sich nicht der Gunst von Karlowa erfreute. Der vorliegende Beitrag schildert im Folgenden ausführlich den Einfluss von Gradenwitz' Werk *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, welches in demselben Jahr wie *Interpolationen in den Pandekten* erschienen ist und den Inhalt seiner Habilitationsschrift treu wiedergibt, auf die spätere romanistische Forschung.

* Il presente lavoro è frutto di collaborazione e discussione comune. Anche la responsabilità, pertanto, è comune. Salvatore Marino è autore dei §§ I-III; Pierangelo Buongiorno del § IV. Un particolare ringraziamento va al Prof. Mario Varvaro per il prezioso aiuto nella revisione delle trascrizioni dei verbali relativi all'abilitazione di Gradenwitz. Un ulteriore ringraziamento va al Dott. Tommaso Beggio per il reperimento di materiali d'archivio presso la Ruprecht-Karls-Universität di Heidelberg.

Premessa

Contrariamente a una *vulgata* diffusasi nella storiografia più recente¹, l'abilitazione conseguita da Otto Gradenwitz all'Università di Berlino nel 1885 non ebbe a oggetto l'opera alla quale il giurista dovette la sua fama, la celebre *Interpolationen in den Pandekten*², per quanto quest'ultima fu edita a ridosso della stessa abilitazione e l'attitudine che dimostrò Gradenwitz in quel tipo di ricerca fosse strettamente connessa con l'inusuale rapidità del procedimento di abilitazione. La prova scritta dell'abilitazione, la sua *Habilitationsschrift*, fu invece *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*³, che Gradenwitz pubblicò lo stesso anno del suo libro più famoso.

La tesi d'abilitazione recuperava inoltre la tesi sul *sc. Velleianum* che Gradenwitz aveva presentato a Heidelberg nel 1883⁴, ma che non aveva incontrato il favore in particolare del coreferente Otto Karlowa; circostanza in forza della quale Gradenwitz si risolse a interrompere la procedura di abilitazione e a spostarsi a Berlino⁵. Nel contributo che segue si cercherà di tratteggiare l'attività e l'opera scientifica di Gradenwitz tra il 1883 e il 1887, con particolare attenzione proprio alla seconda vittoriosa abilitazione berlinese, alle cause del suo diverso esito, grazie al confronto tra gli inediti verbali⁶

¹ Si veda J. Hermann, *Otto Gradenwitz*, in W. Dörr (a c. di), *Semper Apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386-1986*, Band III, Berlin 1985, 137: „Die Habilitationsschrift erschien 1887 mit dem Titel ‚Interpolationen in den Pandekten‘ und wurde die Grundlage für das hohe wissenschaftliche Ansehen des Autors“. Ancora: K.-P. Schroeder, *Eine Universität für Juristen und von Juristen. Die Heidelberg Juristische Fakultät im 19. Und 20. Jahrhundert*, Tübingen 2010, 317: „gelang es ihm an dieser renommierten Juristenfakultät überraschend schnell, sich im Wintersemester 1884/85 mit einer brillanten Studie zu den ‚Interpolationen in den Pandekten‘ zu habilitieren“. Ripreso in Chr. Baldus, *Die Auslegung nach dem Willen: und eine Heidelberger These von Otto Gradenwitz*, in Chr. Baldus / H. Kronke / U. Mager (a c. di), *Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen 2013, 209. L'erronea *vulgata* pare risalire a W. Kunkel, *Otto Gradenwitz. Zum 100. Geburtstag*, in *Ruperto Carola Mitteilungen* 28, 1960, 13, che, in un ricordo pur ricco di dettagli del vecchio professore di Heidelberg, scrive: „Mit dem 1887 erschienenen Buch ‚Interpolationen in den Pandekten‘ (seiner Habilitationsschrift) hat er die echtheitskritische Forschung an den Quellen des römischen Rechts [...] als erster an und für sich zum Gegenstand einer stark methodisch orientierten Studie gemacht und auf diese Weise, wie er selber sagt, ‚Methode hineingebracht“.

² O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887.

³ O. Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887.

⁴ O. Gradenwitz, *Die Ungültigkeit der unter das Senatusconsultum Velleianum fallenden Rechtsgeschäfte*, 111 pp. in 16°, non rilegate, copertina manoscritta, inedito, conservato nell'Universitätsarchiv Heidelberg, Akten der Juristischen Fakultät, H-II-111/93, 51-108.

⁵ Il testimone più preciso sul punto è lo stesso Gradenwitz: v. O. Gradenwitz, *Otto Gradenwitz*, in H. Planitz (a c. di), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, III, Leipzig 1929, 41-88 [= Sonderdruck 1-48] 3. Il sospetto che un certo antisemitismo possa aver portato al voto negativo di Karlowa e della Facoltà (cosa che, sulla base delle riflessioni di Kunkel cit. *supra*, nt. 1, la storiografia più recente ha supposto aver avuto un ruolo, v. per tutti Baldus, *Die Auslegung nach dem Willen* cit. 208, nt. 5), in realtà, per quanto ovviamente possibile, non è necessario. Le motivazioni scientifiche, come si vedrà *infra*, sono perfettamente sufficienti a spiegare il diverso giudizio e la differente sorte delle due procedure abilitative.

⁶ Le trascrizioni dei documenti scritti in *deutsche Kurrentschrift* riproducono fedelmente i testi dell'originale. Le parole o le lettere in *Antiqua* sono rese in corsivo. Le sottolineature, semplici o doppie, sono rese con lo spaziato. Le abbreviazioni meno evidenti sono sciolte tra parentesi quadre. Il segno | indica il cambio di pagina, il segno || quello di foglio. Nel complesso, ci si è attenuti ai criteri indicati da M. Varvaro, *La storia del ‚Vocabularium iurisprudentiae Romanae‘ 1. Il progetto del vocabolario e la nascita dell'interpolazionismo*, in *QLSD*. 7, 2017, 313.

dei differenti procedimenti conservato negli archivi della facoltà di Heidelberg⁷ e di Berlino⁸ e le opere a stampa prodotte dallo studioso in quel periodo.

I. Heidelberg. L'abilitazione fantasma

Addottoratosi all'Università di Berlino il 31 luglio del 1880⁹ con una tesi di dottorato *Über den Begriff der Voraussetzung*¹⁰, il giovane Gradenwitz fu spinto da Ernst Immanuel Bekker, che lo aveva conosciuto personalmente già da studente¹¹, a intraprendere la carriera universitaria e a far richiesta per l'abilitarsi a Heidelberg. L'esame di dottorato di Gradenwitz invero non era stato particolarmente brillante (il voto *rite*), ma ciò non fu dovuto alla qualità della tesi di argomento romanistico, bensì alla carenza di una preparazione nelle altre materie¹².

1. Tra Bekker ...

Ernst Immanuel Bekker poteva essere considerato un tardo pandettista¹³, ma la sua posizione era certamente quella di chi era consapevole del precario futuro della materia¹⁴. Avrebbe dedicato pagine critiche alla codificazione¹⁵, ma l'aspetto per noi più significativo era il suo orientamento scientifico. *Herausgeber* dal 1881 della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, insieme a Paul von Roth, Hugo Böhlau e Alfred Pernice, faceva parte di quel gruppo di studiosi che, sulla scia di Mommsen, si orientavano verso un metodo che mirasse a realizzare pienamente la storicità del diritto romano, contro le tendenze di appiattimento sul moderno¹⁶.

⁷ Universitätsarchiv Heidelberg, Akten der Juristischen Fakultät, H-II-111/93 (da ora: UH, JF, H-II-111/93), ff. 43–50.

⁸ Humboldt Universität Berlin, Universitätsarchiv, Jur. Fak. 143, Habilitationen (da ora: HUB, UA, JF 143, Hab.), ff. 108–125.

⁹ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 125rv. Il titolo di Dottore fu ottenuto il 31 Luglio 1880, l'esame si tenne il 20 luglio.

¹⁰ O. Gradenwitz, *Über den Begriff der Voraussetzung*, Diss. Berlin 1880, pp. 47.

¹¹ Gradenwitz studiò a Breslavia, Berlino, Heidelberg e Lipsia, v. il *curriculum* in calce alla dissertazione, Gradenwitz, *Über den Begriff* cit. 47.

¹² Come Gradenwitz stesso onestamente riconosceva: v. Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 2: „Rite, weil deutschrechtlicher Text mit Recht für ungenügend erklärt und der größere Teil des für das Staatsexamen äußerlich Eingelernten vergessen war“.

¹³ Per la sintesi della carriera romanista di Bekker v. Schröder, *Eine Universität für Juristen* cit. 249, e per la discussione della sua posizione scientifica, M. Kriechbaum, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, Ebelsbach 1984. Per Bekker come uno dei „wichtigste Vertreter“ della Pandettistica v. K. Luig, *Pandektenwissenschaft*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 3, Berlin 1984, col. 1423.

¹⁴ Si vedano ancora Schröder, *Eine Universität* cit. 249 s. (nonché Schröder, *Die Heidelberger juristische Fakultät im 19. Jahrhundert*, in *JuS*. 1986, 919 s.). Bekker continuò a tenere fino all'ultimo i tradizionali insegnamenti romanistici e ancora da emerito (nel 1908) offriva esercitazioni in diritto romano.

¹⁵ Si veda soprattutto: E. I. Bekker, *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin 1888.

¹⁶ R. Stintzing/E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III.2, München 1910 (rist. 1957), 850: „Insofern gesellt sich Bekker durch diese seine Arbeit zu der Schaar derer um und

Pur rimanendo fedele sostanzialmente allo spirito della Scuola storica¹⁷, Bekker aveva insomma già intravisto la via che la romanistica avrebbe potuto percorrere per realizzarsi ed emanciparsi dallo studio positivo che l'avrebbe altrimenti sempre più marginalizzata¹⁸. In questo senso, la tesi dottorale di Gradenwitz, che rivedeva criticamente la dottrina di Windscheid sulla presupposizione, non poteva non piacergli. Come egli stesso avrebbe scritto nel giudicare le qualità dell'allievo nella procedura di abilitazione, infatti:

Für die Eigenart vielleicht noch charakteristischer als die Habilitationsarbeit ist die Inaugural-dissertation, widerlegende Kritik der Windscheidschen Lehre von der Voraussetzung, die zu dem treffendsten gehört das über dies heikle und vielbehandelte Thema geschrieben worden¹⁹.

Forte di un interesse sostanzialmente orientato verso l'interdisciplinarietà dello studio del diritto, Gradenwitz cominciò quindi a lavorare all'abilitazione dal gennaio del 1883²⁰, e il 30 luglio dello stesso anno inoltrò al Decano della *Juristische Fakultät* di Heidelberg la domanda, allegando i documenti necessari:

Euer Hochwohlgeboren

erlaube ich mir, anliegend das Gesuch an das Großherzogliche Ministerium des Innern um Zulassung zur Habilitirung ganz gehorsamst zu unterbreiten.

Dem Gesuche sind beigefügt:

- a. mein Doktor-Diplom;
- b. als Zeugniß ... ein Attest des Herrn Präsidenten des Königl. Preußischen Oberlandesgerichts zu Frankfurt a. M.;
- c. meine Referendariats-Arbeit und meine Inaugural-Dissertation | [45v]
- d. eine zum Zwecke der Habilitation verfaßte rechtswissenschaftliche Abhandlung²¹.

Tuttavia le cose si rivelarono più difficili del previsto. Innanzitutto la facoltà chiese subito a Gradenwitz una versione a stampa della *Habilitationsschrift*, che lui invece aveva depositato manoscritta. Annotava infatti il 31 luglio il decano Heinze²²:

nach Mommsen, die, unberührt durch gemeinrechtliche Anwendbarkeitsrücksichten und durch deren erdrückendes Übergewicht, für die klarere, strenger historische Behandlung des römischen Rechtsstoffes als solchen neue Zeiten heraufgeführt haben“. Per una valutazione del giudizio su Bekker dato da Landsberg v. Kriechbaum, *Dogmatik und Rechtsgeschichte* cit. 30 ss. e 276 ss.

¹⁷ Si vedano Stintzing/Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* cit. 850, in moderazione di quanto scritto prima: „... da alle seine Arbeiten doch immer an das Dogmatische anklängen und des Rechts der Gegenwart als der Hauptsache gedenken“.

¹⁸ Lo stesso Gradenwitz, grato allievo, nel suo *Nachruf* al maestro scritto trenta anni dopo, volle dipingere molto bene la preparazione umanistica e filologica di Bekker, collegandola in maniera assai elegante alla figura di Bekker padre, eminente filologo, mostrando il pieno riconoscimento di Mommsen: v. O. Gradenwitz, *Ernst Immanuel Bekker*, in *ZSS.* 37, 1916, VII-XXXII.

¹⁹ UAH, JF, H-II-111/93, f. 47v.

²⁰ Così egli stesso nel *curriculum* allegato agli atti della abilitazione berlinese, HUB, UA, JF 143, Hab., f. 111: „Das Doktor-Examen bestand er am 20. Juli 1880 zu Berlin. Seit Ende Januar 1883 beschäftigte er sich in Heidelberg und Berlin mit wissenschaftlichen Arbeiten“.

²¹ UAH, JF, H-II-111/93, f. 45rv.

²² Il decano della facoltà di giurisprudenza di Heidelberg era eletto in ottobre. Nell'ottobre del 1883 a Heinze succederà August von Bulmerincq, e nell'ottobre 1884 toccherà nuovamente a Bekker; v. W. Dörr (a c. di), *Semper Apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386-1986*, Band II, Berlin 1985, 351.

Die Fakultät hat in ihrer heutigen Sitzung beschlossen vorerst noch die statutenmäßige Vorlegung einer gedruckten Habilitationsarbeit zu verlangen, was Herrn Dr. Gradenwitz endogen mündlich eröffnet werden soll²³.

Soprattutto però, il parere degli altri docenti non corrispondeva a quello del maestro. Il 7 novembre il nuovo decano²⁴ August von Bulmerincq metteva in circolazione nuovamente i lavori di Gradenwitz, pregando i referenti Bekker e Karlowa, nonché gli altri colleghi della facoltà²⁵, di fargli avere i loro pareri²⁶.

Il giudizio di Bekker, del 16 novembre, come prevedibile, era assai positivo. Pur riconoscendo tuttavia la mancanza di eccessiva originalità della tesi di abilitazione in sé:

Nach den vorliegenden Arbeiten trage ich kein Bedenken, die Erteilung der *venia legendi* unbedingt zu befürworten. Alle drei ergeben zunächst, daß der Vf. einen scharfen klaren und wolgeschulten Verstand besitzt: überall ist die Disposition im ganzen und im einzelnen durchsichtig und zweckmäßig, ebenso ist die Sprache deutlich und flüssig, der ganze Vortrag aber doch ein knapper. Die eigentliche Habilitationsschrift enthält keine neuen überraschenden Gedanken, überhaupt ist die Förderung der Wissenschaft durch dieselbe keine hervorragende, sie dokumentirt aber neben guter Einsicht in die allgemeine- [47v] ren Fragen ausreichende Kenntnis der Litteratur und ein durchaus befriedigendes Vertrautsein mit den Quellen²⁷.

Del tutto differente invece era il parere di Karlowa, che arrivò il 27 novembre. Esso costituiva una lunga e minuziosa critica allo scritto di Gradenwitz.

2. ... e Karlowa

Karlowa non era certamente un giurista disinteressato all'approccio storico. Tutt'altro: egli apparteneva infatti decisamente a „denjenigen Gelehrten, die ... in diesem neuen, philologisch-historischen Geiste an die Bearbeitung der römischen Rechtsgeschichte herangetreten sind“.²⁸ Tuttavia, il suo approccio era in un certo senso più conservatore²⁹, ad ogni modo sicuramente più orientato verso la dogmatica del diritto vigente³⁰.

In questo senso, l'autore di *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*³¹ (ricerca con la quale „hat Karlowa ... tief in die bei dieser Lehre konzentrierten Ideenkämpfe unserer

²³ UAH, JF, H-II-111/93, f. 44r. La comunicazione avvenne il giorno successivo.

²⁴ *Supra*, nt. 22.

²⁵ A Heidelberg insegnavano (e le loro firme sono tutte presenti nei verbali della procedura): Otto Gierke, Ernst Immanuel Bekker, Otto Karlowa, Hermann v. Schulze-Gaevernitz, Rudolph Heinze, Heinrich Buhl e Achilles Renaud.

²⁶ UAH, JF, H-II-111/93, f. 47r.

²⁷ UAH, JF, H-II-111/93, f. 47rv.

²⁸ Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 882.

²⁹ Il giudizio finale di Landsberg è in effetti molto illuminante in questo senso, v. Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 886: „Damit hat Karlowa zwar sicherlich keinen abschließenden und bleibenden Überblick gegeben ... wohl aber dürfe Karlowa das Verdienst des ersten klärenden Vorgehens zukommen, mag ein solches auch bald überholt zu werden bestimmt sein“. A differenza di Pernice, si può quindi dire, il suo orientamento più dogmatico lo avrebbe portato a realizzare un'ottima opera di sistemazione, ma non un'opera moderna rispetto allo spirito dei tempi.

³⁰ V. Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 885.

³¹ O. Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877 (rist. 1968).

Rechtsdogmatiker eingegriffen³²) non poteva apprezzare l'approccio di Gradenwitz fin dalle prime affermazioni:

In der Einleitung tadelt der Autor den bisher aufgestellten Begriff der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts und unternimmt es, ohne es für nöthig zu halten auf den Begriff des Rechtsgeschäfts selbst einzugehen, einen neuen Begriff der Ungültigkeit aufzustellen³³.

Il negativo e apodittico procedere di Gradenwitz, corroborato unicamente da una casistica esposizione di singole fonti non però sufficientemente argomentate sistematicamente, per Karlowa era superficiale:

Dabei läßt sich aber der Verfasser keineswegs darauf ein, dieses eigentliche Gebiet der Ungültigkeitsfälle näher zu präzisiren. Wir erfahren nur, daß die Gränze dieser Ausnahmefälle beschränkend und in gewissem Umfange sogar in's Belieben des Darsteller's gegeben sei!!

Kurz darauf lesen wir, daß das Rechtssystem nicht ein Organismus sei, in dem alle Theile in einem nothwendigen inneren Zusammenhange stehen, denn es gäbe Ausnahmen von der Rechtsconsequenz, ohne daß es unsrem Autor beliebte, einen etwaigen Zweifel seiner Leser aufzuklären, ob sich dann nicht auch Anomalieen in einen Organismus einfügen können³⁴.

Diversamente da come giudicava Bekker, insomma, questa mancanza metodologica non compensava la mancanza di originalità della ricerca:

Was die Ausführungen über das Sctum Velleianum und die sich daran anschließende Rechtsentwicklung betrifft, so würde ich keinen Anstoß daran nehmen, daß dieselben keine neuen überraschenden Gedanken, keine hervorragende Förderung der Wissenschaft enthalten³⁵.

Né, infine, Karlowa concedeva nulla alla tesi di dottorato, anzi:

Über die Doctordissertation des Herrn Gradenwitz mich näher zu äußern, liegt keine Veranlassung: in das hohe ihr gespendete Lob vermag ich auch nicht einzustimmen. Jedenfalls läßt aber die hier kritisirte Arbeit, zwischen welcher und der Doctordissertation ein Zeitraum von vollen drei Jahren liegt, kein Wachsen in der wissenschaftlichen Ausbildung erkennen³⁶.

La chiave di lettura per comprendere il senso del rifiuto di Karlowa sul modo di procedere di Gradenwitz può leggersi chiaramente in un appunto su una singola nota della tesi.

In essa³⁷ Gradenwitz menzionava criticamente una generale affermazione di Windscheid, in base alla quale il *Velleianum* avrebbe avuto come scopo quello di proteggere esclusivamente atti negoziali in cui una donna si fosse avventurata a causa d'inesperienza e bonaria ingenuità (un vero gentiluomo, il Windscheid), fiduciosa nel pagamento della controparte. Gradenwitz liquida rapidamente l'idea, semplicemente facendo il concreto esempio di una donna che ben sapeva quello che faceva, chiedendosi perché questo non dovesse non ricadere nella previsione del senatoconsulto. Karlowa osserva in merito:

³² V. Stintzing / Landsberg, *Geschichte* cit. 885, e *infra*, § III.1 e nt. 96.

³³ UAH, JF, H-II-111/93, f. 47v.

³⁴ UAH, JF, H-II-111/93, f. 48r.

³⁵ UAH, JF, H-II-111/93, f. 49r.

³⁶ UAH, JF, H-II-111/93, f. 49v.

³⁷ La nota è ancora leggibile nella pubblicazione: Gradenwitz, *Ungültigkeit* cit. 81 nt. 1.

Es ist bemerkenswerth, daß der Autor in einer Anmerkung (S. 18 A. 1) den Windscheidschen Versuch der Formulirung jener Grundgedanken, welcher vielleicht anfechtbar ist³⁸, anführt, sich aber einfach damit begnügt, zweifelnd einen concreten Fall anzuführen, welcher gegen Windscheid's Ansicht sprechen möchte. Ganz vorwiegend besteht die Arbeit aus Interpretationen von Quellenstellen, welche aber nirgend zu einer Förderung der Lehre geführt haben, nirgend einen besonderen Scharfsinn an den Tag legen, sondern sehr wohl an einen Studenten gegeben werden können, der sein Triennium absolvirt und sich einige Semester mit Quelleninterpretation beschäftigt hat³⁹.

Sic stantibus rebus, ovvero su queste belle premesse, non era possibile per Gradenwitz proseguire. Il resto della Facoltà non ritenne di dover risolvere il contrasto. Renaud e Schulze constatarono la differenza di opinioni e la conseguente impossibilità di deliberare sulla abilitazione, e Bulmerincq informava della decisione di Gradenwitz di interrompere la procedura⁴⁰.

Gradenwitz, infatti, era stato consigliato da Bekker di rivolgersi alla sua *alma mater*, dove l'ambiente scientifico era ben diverso e dove insegnava un giurista anche lui intenzionato a lavorare sul diritto romano nel nuovo spirito storico-filologico, ma per il quale, a differenza di Karlowa, „Die Systematik muss sich diesen Anforderungen unterordnen“⁴¹.

II. Berlino. Una nuova speranza

Il 1° dicembre 1884 Gradenwitz pregava quindi Bekker, diventato nuovamente decano della facoltà di Heidelberg⁴², di inviare i documenti relativi alla sua abilitazione al suo nuovo indirizzo berlinese⁴³. Il 5 dicembre 1884 „die fraglichen Papiere sind dem Kandidaten zurückgereicht“⁴⁴. Iniziava una procedura di abilitazione destinata a concludersi molto rapidamente.

1. Il *Gesuch*

I passi che Gradenwitz doveva compiere per abilitarsi erano elencati negli Statuti dell'Università di Berlino. Gli Statuti in vigore nel 1884 risalivano al 1836, e l'unica variazione nel frattempo intercorsa era quella del 1876, relativa al non più necessario,

³⁸ Corregge: „welche ... sind“.

³⁹ UAH, JF, H-II-111/93, f. 49r.

⁴⁰ UAH, JF, H-II-111/93, f. 50r.

⁴¹ Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 884. Il giudizio è su Alfred Pernice, v. *infra*, § III.1

⁴² *Supra*, nt. 22.

⁴³ UAH, JF, H-II-111/93, f. 43r: „Euer hochwohlgeboren trage ich, unter Zurückziehung meines Gesuchs an das hohe Großherzogl. Ministerium des Innern, betr. meine Zulassung zur Habilitirung, eine gehorsamste Bitte vor, hochgeneigtest die unterm 30. Juli 1883 der hohen Fakultät von mir eingereichten Papiere an meine Adresse, Berlin, Mauerstraße 26 I gelangen lassen zu wollen“. Tra le carte di cui Gradenwitz ottenne la restituzione era presumibilmente anche presente una copia della tesi di abilitazione. V. *infra*, § II. 3.b.

⁴⁴ UAH, JF, H-II-111/93, f. 43r. Tra le firme dei membri della facoltà si annoverano: Heinze, Karlowa, Schulze, von Bulmerincq, Buhl e Gierke.

né facoltativo uso della lingua latina per *Curriculum*, *Gesuch* e *Probeschrift* (nonché, ma lo vedremo dopo, *Probevorlesung*)⁴⁵:

§ 55. Wer bei der Fakultät als Privatdozent Vorlesungen halten will, muß sich bei derselben habitüiren ...

§ 56. Der Nachsuchende hat in einem [*ante 1876*: lateinischen] Schreiben bei der Fakultät um die Zulassung zur Habilitation anzuhalten. Diesem Schreiben sind beizulegen: [... *Doktorgrad*, *Militärpflicht* ...]; ein Curriculum vitae [*ante 1876*: in lateinischer Sprache]; eine geschriebene oder gedruckte Abhandlung aus jedem der Hauptfächer, über welche er zu lesen gedenkt, [*ante 1876*: in lateinischer oder auch in deutscher Sprache]. – Die Doktordissertation des Adspiranten darf nicht als hinreichend zu diesem Zwecke angesehen werden.

Lunedì 12 gennaio 1885, in ottemperanza ai suesposti requisiti, Gradenwitz presentava il suo *Gesuch* (*Sichtvermerk* del 13 gennaio):

Euer Hochwohlgeboren

habe ich die Ehre, anbei unser *Gesuch* an die hohe Fakultät um Zulassung zur Habilitation ganz gehorsam zu überreichen.

Dem Gesuche sind beigefügt:

- 1) Ein Lebenslauf
- 2) Ein Zeugniß des Herren Präsidenten des Königl. Oberlandesgerichts zu *Frankfurt a. M.* als Nachweis dafür, daß ich über drei Jahre im Justizdienst beschäftigt war.
- 3) Vier civilistische Abhandlungen über den Gesamttitel: „Die Ungültigkeitslehre im Römischen Obligationenrecht.“

(Die Titel der einzelnen Abhandlungen lauten:

- 1) Allgemeiner Theil
- 2) Die Intercession der Frauen
- 3) Schenkungen unter Ehegatten durch Obligation und Liberation
- 4) Erpfeßte Obligationen und Liberationen.)
- 4) Endlich mein Militärpaß⁴⁶.

La nostra attenzione si concentra ovviamente sulla *Abhandlung*. Gli Statuti non richiedevano che fosse presentata in stampa e, diversamente che a Heidelberg, dalle carte d'archivio non risulta che la commissione ne abbia fatto richiesta. Rilevante è inoltre il fatto che Gradenwitz non presentasse un'unitaria trattazione, ma consegnasse, per la venia in diritto civile, quattro *Abhandlungen* raccolte sotto il tema generale dell'invalidità nel diritto romano delle obbligazioni. Di tutte, quello che colpisce in particolar modo è la seconda, che, intitolata *Die Intercession der Frauen*, trattava palesemente della disciplina del *sc. Velleianum* e quindi tematicamente richiamava la *Schrift* di Heidelberg.

Nella sua autobiografia, in effetti, anni più tardi, Gradenwitz scrisse⁴⁷: „Anfang 1884 nach Berlin auf und habilitierte mich dort am Schluß des Wintersemesters 1884/85 mit einem Manuskript, zu welchen der Heidelberger Versuch einen Teil unter

⁴⁵ Si veda J. F. W. Koch (a. c. di), *Die Preussischen Universitäten. Eine Sammlung der Verordnungen welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen*, I., Berlin 1839, 97 ss., nonché P. Daude et al. (a. c. di), *Die Statuten der juristischen Fakultät vom 29. Januar 1838*, in *Die Königl. F.-W.-Universität zu Berlin. Systematische Zusammenstellung der für dieselbe bestehenden gesetzlichen, statutari-schen und reglementarischen Bestimmungen*, Berlin 1887, 83–116.

⁴⁶ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 108r.

⁴⁷ Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 3.

fünfen lieferte“. La criptica annotazione, che è stata col tempo equivocata⁴⁸, verrà ora meglio chiarita.

2. I commissari

Presentato il *Gesuch*, gli Statuti prevedevano che si nominassero due commissari che giudicassero la *Schrift* del candidato:

§ 57. Die Eingabe des Habilitanden nebst allem, was dazu gehört, hat der Dekan in der nächsten Sitzung an die Fakultät zu bringen. Nachdem sie sich überzeugt hat, daß dem genügt sey, was zur regelmäßigen Erlangung des Doktorgrades erforderlich ist, ... wählt sie in derselben Sitzung durch geheime Abstimmung mit absoluter Stimmenmehrheit, zwei Commissarien, denen die genaue Prüfung der eingereichten Probeschriften obliegt ... Jedem der Commissarien werden zur Prüfung vierzehn Tage bewilligt. Sie sind verpflichtet, über die Probeschriften ein motivirtes Urtheil schriftlich abzugeben ...

La „nächste Sitzung“ ebbe luogo già il giorno dopo, il 13 gennaio, e in quella circostanza furono scelti i due commissari⁴⁹ per la *Begutachtung* della *Probeschrift*: Alfred Pernice ed Ernst Eck. Il verbale di abilitazione berlinese conserva i loro giudizi motivati su quella che entrambi i commissari qualificano *Habilitationschrift*. Il dettagliato giudizio di Pernice⁵⁰, di 9 pagine, arriva già il 22 gennaio (*Sichtvermerk* del 23/2), in 9 giorni netti. Il 23 gennaio il Decano inoltra i documenti al coreferente Eck che, consumando il rimanente tempo complessivo, consegna il suo *Bericht* di 4 pagine lunedì 9 febbraio 1885 (*Sichtvermerk* del 10/2)⁵¹. Entrambi i pareri recano il titolo di „Bericht über die Habilitationsschrift des Dr. O. Gradenwitz ‚Beiträge zur Ungültigkeitslehre im römischen Obligationenrecht“⁵².

Oltre alla discreta velocità con cui Pernice aveva proceduto alla correzione, è da notare una differenza nel titolo rispetto al *Gesuch*: se Gradenwitz indicava come titolo *Die Ungültigkeitslehre im römischen Obligationenrecht*, i correttori riportano un *Beiträge zur Ungültigkeitslehre im römischen Obligationenrecht*. La causa di questa differenza potrebbe risiedere nel fatto che si trattava di un lavoro misto di più parti, ma sicuramente depone a favore della rapidità con cui il materiale è stato raccolto e consegnato insieme alla domanda. Questa impressione è confermata, infatti, dalla circostanza che nel corso del giudizio Pernice riferisce di un ordine diverso dei capitoli rispetto a quello indicato da Gradenwitz, con inversione dei §§ 3 e 4:

⁴⁸ V. per esempio Baldus, *Auslegung* cit. 209 nt. 6.

⁴⁹ Nell'archivio non è conservato un documento attestante la nomina, ma vi si fa riferimento nella conferma da parte del *Dekan* della presenza dei requisiti per il proseguimento del *Habilitationsverfahren* (HUB, UA, JF 143, Hab., f. 121: „mit den Urtheilen der beiden erwählten Commissarien, der Herren Dr. Pernice und Dr. Eck“, v. *infra*, § II.4) e dall'annotazione firmata il 23 gennaio dal Decano Hinschius, che attesta l'invio del primo *Gutachten* al secondo correttore, si fa riferimento alla data del 13 gennaio (HUB, UA, JF 143, Hab., f. 112).

⁵⁰ HUB, UA, JF 143, Hab., ff. 113r–117r.

⁵¹ HUB, UA, JF 143, Hab., ff. 118r–119v.

⁵² HUB, UA, JF 143, Hab., ff. 112r, 113r, 118r.

Die umfassende Abhandlung zerfällt in 4 Teile: I. Allgemeiner Teil⁵³; II. die Intercession der Frauen; III. erpreßte Obligationen u. Liberationen; IV. Schenkungen unter Ehegatten durch Obligationen u. Liberationen⁵⁴.

Lo stesso ordine è riportato da Eck (né poteva essere diversamente, giacché il giudizio di Eck fa riferimento a quello di Pernice e i materiali gli devono essere giunti nello stesso ordine). Nel corso dei giudizi i commissari tornano del resto sul fatto che le varie sezioni non erano del tutto ben amalgamate fra loro, come lo stesso Pernice in particolare dichiara:

Endlich scheinen mir die vier Teile – was wol von der Art ihrer Entstehung herrührt – nicht so ineinander gearbeitet, wie es wünschenswert wäre⁵⁵.

Un altro elemento degno di nota è che nel parere di Pernice le parole *Allgemeiner Teil* correggono le parole *allgemeine Einführung*. Sull'origine di questa correzione torneremo più avanti.

3. La *Habilitationsschrift*

Constatato che oggetto dell'abilitazione fu l'invalidità nel diritto romano delle obbligazioni, più precisamente, di cosa constava e com'era composto il manoscritto consegnato da Gradenwitz? In primo luogo siamo in grado di ricostruire esattamente la sua seconda parte.

a) *Le intercessioni*

La seconda *civilistische Abhandlung*, ovvero la seconda parte della *Probeschrift* di Gradenwitz, verteva su *Die Intercession der Frauen*. *Die Intercession der Frauen*, tuttavia, è anche il titolo di una delle opere a stampa allegate da Gradenwitz a integrazione del *Gesuch* e menzionata quale allegato nel certificato del 10 marzo 1885 attestante l'avvenuta abilitazione:

An wissenschaftlichen Arbeiten des Dr. Gradenwitz haben der juristischen Fakultät vorgelegen:

1. Die Doktordissertation: „Ueber den Begriff der Voraussetzung.“
2. über: „*Per traditionem accipere* in den Pandekten.“
3. über: „die Interessen⁵⁶ der Frauen.“
welche in den Anlagen⁵⁷ gehorsamst beigefügt werden⁵⁸.

Sul secondo allegato ci diffonderemo più avanti⁵⁹. Ora occorre soffermarsi sulla *Intercession*. Il manoscritto della *Probeschrift* berlinese in sé non ci è rimasto, ma caso vuole che, non nell'archivio, bensì nella Biblioteca dell'Università di Berlino, sia

⁵³ Corregge: „Allgemeine Einleitung“.

⁵⁴ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 113r.

⁵⁵ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 116v.

⁵⁶ Sic, per „Intercession“.

⁵⁷ Corregge: „hier“.

⁵⁸ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 125v.

⁵⁹ *Infra*, § III.

conservato un volumetto rilegato di 111 pagine, più indice, con copertina manoscritta recante il titolo *Die Intercession der Frauen*⁶⁰.

Come già il numero di pagine e l'argomento fanno intuire, c'è ben più che una somiglianza tra il volumetto conservato nella Biblioteca di Berlino e la stampa conservata nell'archivio di Heidelberg: a un confronto, copertina manoscritta a parte, i due libelli sono assolutamente identici. Si tratta con tutta evidenza di due copie della stessa stampa, una delle quali successivamente rilegata⁶¹.

Con altrettanta evidenza, inoltre, il volumetto berlinese era quello allegato ai documenti di abilitazione e costituiva la seconda parte della *Habilitationsschrift* di Gradenwitz. Dai pareri scritti di Pernice e di Eck che valutano il manoscritto, possiamo infatti ricostruirne indirettamente il contenuto. E se il resoconto di Eck è abbastanza sintetico, quello di Pernice invece è molto dettagliato: indica frequentemente contenuto, argomento dei paragrafi e numeri di pagina:

Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Ungiltigkeit der Intercession von Frauen nach dem *Velleianum*. Zunächst kommt I. die *obligatio personae* in Frage und da wieder zuerst 1.) die Haftung der Intercedentin selber. Es wird hier davon ausgegangen, daß das SC. lediglich eine Instruktion an den Prätor sei, den Frauen zu helfen, noch dazu (S. 18) eine recht undeutliche. Die darauf hier vom Prätor geschaffene U[n]giltigkeit der Intercession (S. 19) stellt sich dar als Nichtdasein der Obligation in 3. Beziehungen: ...⁶².

Tutti i riferimenti di Pernice coincidono perfettamente con le pagine del volumetto.

Il seguente prospetto, che alla sinistra elenca i capitoli del libello di Heidelberg/Berlino e a destra i principali riferimenti nel *Bericht* di Pernice (con eventuale indicazione del numero di pagina), mostra una coincidenza totale. I numeri indicano quello che nel giudizio è indicato espressamente come titolo del capitolo:

I. Obligatio personae	I. Obligatio personae
§ 1. Die Intercedentin selbst	1. Haftung der Intercedentin
<i>condictio indebiti, expromissio</i> (19)	<i>condictio indebiti, expromissio</i> (19)
<i>Macedonianum</i> (22)	<i>Macedonianum</i> (22)
§ 2. Die von der Intercedentin Vorgeschobenen	2. Rechtsverhält. der von den Frauen
(65 ss.)	geschobenen Personen (65)
§ 3. Die Bürgen (74–86.)	3. Bürgen (74–86)
Der fideiussor	
Der Constituent (82)	Constitut (82)
Der Mandator (83)	Mandat (83)
§ 4. Das Pfand	
II. Obligatio rei (87 ss.)	II. Obligatio rei (87 ss.)
§ 5. Verpfändung des Eigenthums (87)	
§ 6. Verpfändung eines dinglichen Rechts (88)	
§ 7. Venditio et traditio? (91 ss.)	Verkauf einer Sache an den Gläubiger (91)

⁶⁰ Erroneamente riportato come „*Die Interession der Frauen*“ nel catalogo elettronico della Humboldt Universität di Berlino. Il nome dell'autore nel volumetto è stato aggiunto a matita, sopra il titolo che costituisce la copertina manoscritta. Sempre a matita, sulla copertina, è annotata la *Signatur*: 1912.9844.

⁶¹ La rilegatura è peraltro successiva al processo di abilitazione, v. *supra*, nt. 43.

⁶² HUB, UA, JF 143, Hab., f. 114v.

III. Actio quae obligationem

§ 8. a) restituit (98–107)

§ 9. b) instituit (108–111)

III. Actio Restitutoria und institoria

Ma c'è di più: la copia che è conservata nella Biblioteca berlinese è proprio quella che era passata per le mani di Pernice per la correzione⁶³. Infatti, copertina più curata a parte, le uniche differenze tra la copia di Heidelberg e quella di Berlino sono le annotazioni a matita presenti nella seconda⁶⁴ e assenti nella prima.

Lo stile di queste annotazioni è correttivo: si insinuano dubbi, sono poste obiezioni, si suggeriscono variazioni, si evidenziano punti problematici, si rinvia ad altre parti della trattazione. La grafia è del tutto simile a quella del *Gutachten* di Pernice. Inoltre – e questo è l'elemento che ci indirizza contro ogni dubbio verso la penna di Pernice – c'è corrispondenza tra le annotazioni a matita e le osservazioni indicate nel *Gutachten*.

La copia a stampa berlinese presenta poi un segno a matita che taglia via verticalmente tutta la *Einleitung* (pp. 1–13). Giacché anche nel sommario attorno alla parola *Einleitung* sono state inserite a matita due parentesi quadre, l'intento era molto probabilmente quello di segnalare che quella parte non era oggetto di valutazione, o, più probabilmente, che non è quella la sede in cui andava posta la *Einleitung*. Questo fornisce la probabile spiegazione dell'errore di Pernice, che corregge *Einleitung* in *Allgemeiner Teil*, come titolo della parte consegnata. La spiegazione la otteniamo analizzando le altre parti del manoscritto.

b) *Il manoscritto della Probeschrift*

Oltre all'*Abhandlung* II, sulla base del giudizio fornito da Pernice e di Eck siamo in grado di ricostruire anche il contenuto della intera *Probeschrift*.

L'*Allgemeiner Teil* non sostituisce l'*Einleitung* della tesi di Heidelberg, ma ne è una sua espansione. Un'altra *Einleitung*, più breve, è invece preposta all'*Allgemeiner Teil*, e riprende sostanzialmente i punti principali del libro:

Den Grundgedanken stellt die *Einleitung* kurz und klar heraus (I,1–12): Dem R[ömischen] R[echt] fehlt, wie der allgemeine Begriff des Rechtsgeschäftes so der correlate der Ungiltigkeit u. bedeutet bloß, daß die Willenserklärung den normalen Erfolg nicht habe; wie weit die Abweichung reiche, ist nur für den Einzelfall bestimmt und bestimmbar. Ob die so im R[ömischen] R[echt] entstehenden Differenzen, welche in der individualistischen Betrachtungsweise ihren Ursprung haben, für uns noch maßgebend sein können, nachdem wir den Begriff des

⁶³ Che successivamente o fu restituita a Gradenwitz per permettergli di apportare le correzioni in sede di pubblicazione (v. *infra*, § II,3), o finì al ministero, oppure rimase a Pernice. In ogni caso fu acquisita alla biblioteca della Humboldt-Universität nel 1912 (v. *supra*, nt. 60).

⁶⁴ Annotazioni o sottolineature sono nelle pagine: 16, 19–21, 23, 26, 28 s., 31, 35, 37, 55, 65, 80, 82–88, 98, 100 s., 108. Le correzioni escono spesso dai bordi e risultano tagliate dalla rilegatura. Per questo motivo non è possibile ricostruire con certezza il preciso tenore letterale di alcune frasi, ma è un indubbio segno del fatto che Pernice ebbe a disposizione la versione ancora in 16°, con pagine separate, ma non ritagliate, e non rilegata, del tutto uguale quindi alla copia di Heidelberg. Precisamente, si trattava di otto *folii* per un totale di 128 pagine, con le ultime pagine stampate nel 7° *folio*; mentre l'indice era contenuto presumibilmente da solo nell'ultimo *folio* (la pagina 112 era il retro della pagina 97, la prima del *folio* 7).

Rechtsgeschäftes entwickelt haben, ist eine Frage für sich. Zunächst soll das röm. Verfahren an Beispielen vorgeführt werden⁶⁵.

L'Allgemeiner Teil è invece più corposo, ed è diviso in tre sezioni per un complessivo numero di circa 120 pagine. Sulla base dei riferimenti di Pernice, si può dire che esso analizza sotto il profilo generale i punti che sono poi trattati successivamente. Le prime due sezioni introducono, in una trentina di pagine, il tema in generale:

Der allgemeine Teil stellt nun I. (S. 5 – 17) fest, daß der Begriff der Ungiltigkeit im Privatrechte sich auf das Gebiet der Rechtsgeschäfte beschränkt; hie aber tritt die U[ngiltigkeit] schon nach dem Sprachgebrauche in mannigfacher Abstufung auf und hat verschiedene Anlässe. Man kann allgemein nur sagen (S. 16) | [113v] es werde damit bezeichnet das Ausbleiben eines (rechtlichen) Erfolges auf eine Handlung hin, die diesen Erfolg zu verwirklichen bestimmt zu sein scheint⁶⁶.

Nella più densa sezione III (pp. 33–119) invece sono trattati in maniera sistematica i punti che poi, in applicazione al Velleiano, saranno analizzati anche nella Parte II:

Mit dieser Maßgabe werden III. die einzelnen Aeußerungen der U[ngiltigkeit] im Obligationenrecht durchgegangen u. zwar zunächst:

A. die ungiltigen Begründungsakte. 1.) Hier wird an die Spitze gestellt der „Einfluß der U[ngiltigkeits]art auf die Ausbildung des gesetzgeberischen Gedankens“ (S. 33 – 58). Es kommt dabei in Betracht: die Intensität der Ungiltigkeit, die Convalescenz durch Wegfall des U[ngiltigkeits]momentes oder durch Verzicht, die Delegation zur Verwirklichung einer ungiltigen Obligation, die Möglichkeit der Erfüllung, die Klage auf Befreiung. Es wird hie überall darauf hingewiesen, daß bei den verschiedenen U[ngiltigkeits]figuren alle diese Punkte verschieden behandelt werden...⁶⁷.

In maniera corrispondente sono trattati di seguito: *Bürgschaft* (68–102), *adpromissio*, *fideiussio*, *constitutum*, *mandatum*, *Pfandbestellung* (103–108), *Liberierungsakte* (114–119).

Della *Abhandlung* II, di 97 pagine a stampa (al netto dell'introduzione confluita nella prima parte) già si è detto. Le *Abhandlungen* III e IV contano circa 110 pagine ciascuno. Della *Abhandlung* III, dedicata alle *Erpresste Obligationen und Liberationen*, si segnalano le seguenti sezioni: I. *Actio metus* (12–30); II. *Exceptio metus* (75); III. *restitutio* (79); IV. *Konvalescenz* (89); V. *Erpresste Liberation* (101).

Della *Abhandlung* IV, in tema di donazioni tra coniugi, dopo una *Einleitung* (1–22) e l'analisi dei „*soziale Gründe*“ (S. 22–37), tratta dapprima lo *Schenkungsversprechen* in generale, quindi: 2. *Schenkung durch Delegation* (73–77); 3. *Schenkung durch Acceptilatio* (78–87); 4. *Zusammengesetzte Schenkungen* (90–104); 5. *Konvalescenz des Schenkungsversprechens*.

c) La monografia del 1887

Ricostruito sommariamente il contenuto della *Probeschrift* sottoposta ai commissari per l'abilitazione, è possibile ora verificare la sua avvenuta pubblicazione. Nel 1887,

⁶⁵ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 113r.

⁶⁶ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 113rv.

⁶⁷ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 113v.

proprio nello stesso anno e luogo in cui pubblicava le celebri *Interpolationen in den Pandekten*, appare anche *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*.

Il confronto tra quanto desunto dal verbale e questa monografia è decisivo. Non solo la monografia reca, in versione più sobria, lo stesso titolo della *Probeschrift*, ma anche il contenuto coincide. Già la struttura dei capitoli del libro assomiglia a quella del manoscritto:

Die (bzw. Beiträge zur) Ungültigkeitslehre im Römischen Obligationenrecht (1884)
Einleitung (12 pp.)

1. Allgemeiner Theil (ca. 120 pp.)
2. Die Intercession der Frauen (97 pp.)
3. Erpreßte Obligationen und Liberationen (ca. 110 pp.)
4. Schenkungen unter Ehegatten durch Obligation und Liberation (ca. 110 pp.)

Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887)
Einleitung (8 pp.)

1. Erpresste Obligationen und Liberationen (55 pp.)
2. Intercessionen der Frauen (125 pp.)
3. Schenkungen unter Ehegatten durch Obligation und Liberation (65 pp.)
4. Systematik für das Römische Recht (36 pp.)
5. Systematik der Ungültigkeit im heutigen Recht (31 pp.)

Ma ancora più eclatante è il confronto dei capitoli della monografia con le informazioni che abbiamo dal *Bericht*. Pernice infatti annota titoli, cita espressioni o richiama contenuti che, con una variazione nel livello di *Gliederung*, in particolare nell'ordine dei capitoli, trovano esatta corrispondenza nella monografia:

Monografia del 1887

Probeschrift del 1885

Kap. 1. – Erpresste Obligationen und Liberationen

Abh. III. – Erpresste Obligationen und Liberationen

§ 1. Einleitendes

Erzwungene Rechtsgeschäfte

Erpresste Obligation

I. Actio quod metus causa

I. Actio quod metus causa

§ 2. Historische Erklärung

Es wird vermutet, daß die a. q. m. c.

im Anschluß an die Repetundenklage

aufkam urspr. reine Strafklage, mixta ab

Julian...

§ 3. Gegenstand

§ 4. Natur der Klage

§ 5. Lex 9 § 3 h. t.

II. Exceptio und restitutio

II. Exceptio metus

§ 6. ...

III. *Dasein einer restitutio wird geleugnet*

III. Gemeinsames

§ 7. Convalescenz

IV. Convalescenz

§ 8. Erfüllung

§ 9. Regredienten

§ 10. Accessionen

Erpresster Erlass

V. Erpresste Liberation

§ 11. ...

Monografia del 1887	<i>Probeschrift</i> del 1885
Kap. 2. – Interzessionen der Frauen	Abh. II. – Interzession der Frauen
§ 12. Historische Einleitung	Einleitung
1. Obligatio Personae	I. Obligatio personae
I. Die Intercedentin selbst	§ 1. Die Intercedentin selbst
§ 13. Art der Ungültigkeit, Begründung.	
§ 14. Interzession und delegation	
§ 15. Interzession in Schenkungsabsicht.	
§ 16. Rückblick	
II. Die von der Intercedentin Vorgeschobenen	§ 2. Die von der Intercedentin Vorgeschobenen
III. Accessiones	
§ 18. Die Bürgen	§ 3. Die Bürgen
§ 19. Das Pfand	§ 4. Das Pfand
2. Obligatio rei	II. Obligatio rei
§ 20. Verpfändung des Eigenthums	§ 5. Verpfändung des Eigenthums
§ 21. Verpfändung eines dingl. Rechts	§ 6. Verpfändung eines dingl. Rechts
§ 22. Venditio et traditio?	§ 7. Venditio et traditio?
3. Actio quae obligationem instituit	III. Actio quae obligationem
§ 23. a) Restitutoria	§ 8. a) restituit
§ 24. b) Institutoria	§ 9. b) instituit
Kap. 3. – Schenkungen unter Ehegatten durch Obligation und Liberation	Abh. IV. – Schenkungen unter Ehegatten durch Obligation und Liberation
§ 25. Einleitendes	Einleitung
§ 26. Historische Ausgangspunkte Die einzelnen Rechtsgeschäfte	<i>Soziale Gründe</i>
I. Das einfache Schenkungsversprechen	1. Schenkungsversprechen in Allg. ipso iure nichtig... Exkurs über die Erfüllung
§ 27. a) Allgemeines	
§ 28. b) Nichtigkeit	
§ 29. c) Erfüllung	
§ 30. d) Delegation	2. Schenkung durch delegation
II. Einfache Schenkung durch Erlass	3. Schenkung durch Acceptilation
III. Zusammengesetzte Schenkungen durch Versprechen und Erlass	Zusammengesetzte Schenkungen
§ 32. Übersicht	
§ 33. Die zusammengesetzten Schenkungs- versprechen	
§ 34. Die zusammengesetzten Erlassverträge.	
§ 35. ...	5. Convaleszenz der Schenkungsverspr.

Anche se in maniera più nascosta rispetto agli altri, la corrispondenza può essere verificata anche per i capitoli 4 e 5. Il capitolo 4 della monografia, infatti, originariamente era collocato nell'*Allgemeiner Teil*, e ne costituiva il terzo paragrafo:

Monografia del 1887	<i>Probeschrift</i> del 1885
Kap 4. – Systematik für das Römische Recht	Abh. I – Allgemeiner Teil §.3
I. Obligationsakte	A. Ungültigen Begründungsakte
§ 36. A. Die Hauptperson	1. Einfluß der Ungültigkeitsart auf die Ausbildung des gesetzgeberischen Gedankens. Convalescenz durch Wegfall des U-Momentes, Delegation zur Verwirklichung einer ungültigen Obligation, Möglichkeit der Erfüllung.
1. Form	
2. Entstehungsart	
3. Convalescenz	
4. Verzicht	
5. Ungültigkeit	
6. Möglichkeit der Erfüllung	
§ 37. B. Regredienten des Schuldners	2. Regredienten des Schuldners bei ungültiger Obligation
§ 38. C. Bürgschaft	3. Die Bürgschaft
1. adpromissio	a adpromissio, fideiussio
2. constitutum	b. constitutum
3. mandatum	c. mandatum
§ 39. D. Pfand	d. Pfandbestellung (103–108)
1. fiducia	
2. pignus und hypotheca	
a) Besitzinterdikte	
b) actio quasi Serviana?	
II. Liberierungsakte	B. Liberierungsakte (114–119)

Il capitolo 5 invece corrispondeva alle prime due sezioni dell'*Allgemeiner Teil*. Si confrontino i paragrafi del capitolo con quanto scrive in merito Pernice nella relazione sull'*Allgemeiner Teil*⁶⁸:

5. Kap. Systematik der Ungültigkeit im heutigen Recht
- § 41. Begriff des Rechtsgeschäfts
 - § 42. Begriff der Ungültigkeit
 - § 43. Unanwendbarkeit der Römischen Gegensätze innerhalb der Ungültigkeit
 - § 44. Mögliche Eintheilung der Ungültigkeitsfälle

Quale ulteriore risultato di questo confronto, siamo inoltre in grado di supporre con sufficiente certezza che solo la Parte II è stata presentata da Gradenwitz in versione stampata, ancorché, come si è detto, *in folio* e non rilegata, al pari della tesi di Heidelbergh. Le altre parti sono state presentate in tutta evidenza come manoscritto: il

⁶⁸ *Supra*, § II.3.b.

rapporto tra il loro numero di pagine e quello dei corrispondenti capitoli della monografia è sempre di 1 a 2 circa. Una pagina a stampa ha presumibilmente raccolto cioè circa due pagine del manoscritto. Le complessive 328 pagine del volume del 1887 corrispondono quindi al centinaio di pagine a stampa (diventate 125 nella impaginazione del 1887) della *Abhandlung* II più le circa 350 pagine manoscritte. Di queste circa 220 corrispondono alle 120 pagine dei capitoli 1 e 3. Un numero („229“) è annotato inoltre a matita nell'ultimo foglio (p. 112, vuota) del volumetto conservato a Berlino, e allude molto probabilmente al numero complessivo di pagina⁶⁹.

d) „Ein Teil unter fünf“

La monografia del 1887 ripropone fedelmente la *Abhandlung* depositata a Berlino. Se per gli altri capitoli lo si può supporre con ragionevole certezza, per la parte che abbiamo in versione stampata, la *Abhandlung* II, possiamo constatare esattamente che la coincidenza col capitolo 2 della monografia è letterale.

Tra il volumetto conservato a Berlino (e a Heidelberg) e il secondo capitolo della monografia cambiano infatti solo i seguenti minimi punti (*legenda*: pp. 1883–5 / pp. 1887):

- 14–16/65–79: Fino alle parole „gehabt hätte“ / Fino alle parole „enthalten ist“.
La *Historische Einleitung* del 1887 riscrive in maniera più approfondita le prime 2 pagine e mezza del § I. 1. La nt. 1 di pag. 16 della tesi viene eliminata.
- 16–18/79–81: Dalle parole „Das Senatsconsult selbst“. Le corrispondenti pagine del § I. 1 della tesi sono spostate nella *Historische Einleitung* della monografia.
- 19/82: il § *Die Intercedentin selbst* inizia quindi nella monografia con le parole che nella tesi sono a p. 19.
- 21/85: Grund / dogmatischer Grund, con aggiunta di nota che rinvia all'ultimo capitolo (in corrispondenza ad un'annotazione di Pernice).
- 26–27/90: „Ganz complicirt ... gestattet“. È eliminato il paragrafo, in corrispondenza di una annotazione di Pernice.
- 31/95: inserimento di titolo di sottoparagrafo.
- 56/124: inserimento di titolo di sottoparagrafo.
- 63/134: inserimento di titolo di sottoparagrafo.
- 65/136: eliminazione di un refuso (un punto) ed eliminazione del rinvio interno.
- 74/146: inserimento di un titolo intermedio.
- 108/173: *obligationem / obligationem instituit*. I titoli dei paragrafi sono sostantivati e al titolo del capitolo è aggiunto *instituit*.

Nel prossimo paragrafo analizzeremo più da vicino il modo con cui Gradenwitz procedé alla pubblicazione della tesi e come recepì le correzioni. Qui preme innanzitutto rilevare che la tesi presentata a Heidelberg nel 1883 è confluita interamente nella *Habilitationschrift* presentata a Berlino nel 1885, e così, pressoché integralmente, è arrivata alla pubblicazione nel 1887. Ora si può quindi comprendere pienamente il senso della frase di Gradenwitz: „[ich] habilitierte mich dort am Schluß des Winter-

⁶⁹ Se i nostri calcoli sono esatti, infatti, introduzione (12 pp.), *Allgemeiner Teil* (119 pp.) e *Intercession der Frauen* (al netto della introduzione e contanto l'ultima pagina, vuota annotata, pp. 14–112, cioè 98 pp.) danno un totale di 229 pagine.

semesters 1884/85 mit einem Manuskript, zu welchem der Heidelberger Versuch einen Teil unter fünf lieferte⁷⁰.

Il senso è letterale: la tesi di Heidelberg era stata travasata in quella berlinese, che sarebbe sfociata in una *Habilitationsschrift* di cui la prima costituiva uno dei cinque capitoli. *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte* del 1887 raccoglie insomma in versione integrale la tesi di Heidelberg e dà veste definitiva alla *Habilitationsschrift* berlinese in cui la prima era confluita come secondo capitolo.

Non a caso, il volume è dedicato a Ernst Bekker, il maestro che, avviandolo a Berlino, lo aveva saputo indirizzare nel portare a termine con successo la ricerca.

e) Dalla Schrift alla pubblicazione

È senz'altro affascinante osservare come Gradenwitz abbia deciso di accogliere le correzioni e come abbia impostato la monografia rispetto al manoscritto di partenza. Da un lato, perché possiamo avere un vivido esempio di come si lavorava nel XIX secolo. Dall'altro, perché ha operato nel modo più rapido ed efficiente possibile.

Le differenze sono nel titolo, per il quale Gradenwitz scelse il più sobrio *Ungültigkeit*, nell'introduzione, che viene implementata di qualche pagina, e nell'ordine dei capitoli. Minime sono le differenze per quel che attiene la sezione sul senatoconsulto Velleiano. Ragionando analogicamente, si può immaginare che anche gli altri capitoli della *Probeschrift* non siano stati modificati troppo al momento della pubblicazione.

In ordine alle poche osservazioni mosse da Pernice contenute nel volumetto berlinese, prescindendo dai rilievi formali, ci sono in effetti solo tre punti contenutistici: in un caso, là dove, a p. 26/90, Pernice annota: „Sollte es nicht für die Erleichterung des Lesers erwünscht sein, den Text der Stelle abzdrukken?“, nella monografia del 1887 Gradenwitz elimina semplicemente l'intero paragrafo. Le altre due osservazioni riguardano invece la sovrapposizione tra argomenti discussi nell'*Allgemeiner Teil* e il capitolo successivo, a p. 29: „Müßte diese allgemeine Bemerkung nicht in den all[emeinen] Teil gestellt werden? I, 36. Hier scheint die Ausführung des Zusammenhanges zu unterbrechen“; e infine a p. 86: „Diese ganze Ausführung deckt sich mit der im all[emeinen] Teile, und scheint mir notwendig wegfallen zu müssen“.

Come già si è visto⁷¹, Pernice rilevava che *Allgemeiner Teil* e restanti capitoli non erano ben coordinati, e alcuni punti ritornavano o dovevano essere ripresi in maniera più coerente. Invece di riscrivere o di rielaborare il testo, Gradenwitz risolve tutte queste difficoltà semplicemente spostando l'*Allgemeiner Teil* agli ultimi due capitoli, spezzandolo in due e trasformando insomma in conclusioni problematiche le considerazioni generali. La cosa ha assolutamente senso, perché tiene conto del giudizio che ne danno i due relatori:

Parere conclusivo di Pernice:

Erklärlicherweise kann eine Arbeit dieser Art nicht neue, weittragende constructive Gedanken entwickeln; sie stellt sich ja gerade die Aufgabe, eine moderne Abstraktion zu zerpflücken. Immerhin hätte der Arbeit wol eine bessere Abrundung gegeben werden können, sie schließt mit einer Negation. Die wissenschaftlich u. gesetzgeberisch naheliegenden Fragen der Einleitung,

⁷⁰ *Supra*, nt. 47.

⁷¹ *Supra*, nt. 55.

ob mit der Herausbildung des Rechtsgeschäftsbegriffes nicht auch die Ungiltigkeitslehre einheitlicher gestaltet werden könne und müsse, ist, wie mir scheint zum Nachteile des Ganzen, später nicht wieder aufgenommen.

Die Darstellung des Verfassers zeigt eine weitgehende Neigung zu abstrakter Denk- u. Vortragsweise. Die offenbar durchgängig sorgfältigst erwogenen Formulierungen des V[er]f[asser]s sind hie u. da der Art, daß es mir schwer geworden ist, eine komplette Vorstellung zu gewinnen (B. I. 49 ff.)

Dieser Vorwurf – wenn es einer ist – trifft übrigens wesentlich I u. II; III u. IV scheinen mir viel anschaulicher geschrieben, II. überhaupt am wenigsten gelungen.

Endlich scheinen mir die vier Teile – was wol von der Art ihrer Entstehung herrührt – nicht so ineinander gearbeitet, wie es wünschenswert wäre. Die grundlegenden Entwicklungen müssten allesamt dem ersten Teile zugewiesen werden, so daß die drei übrigen nur als Erläuterungen und weitere Ausführungen erscheinen. Dieser Gesichtspunkt ist m. E. namentlich in II. nicht festgehalten.

Nach allem dem fürchte ich, der Vf. wird für sein nicht leicht lesbares Buch nicht so viele Leser finden, wie er u. es verdienen. Denn im ganzen wie im einzelnen sind seine Ausführungen ebenso eindringend wie belehrend u. – um dies ausdrücklich zu sagen – was „Geist und Gelehrsamkeit“ anlangt als Habilitationsleistung vollkommen genügend⁷².

Parere conclusivo di Eck:

Ich kann dem Urtheil des Hrn. Referenten⁷³ in allen Hauptpunkten nur beitreten.

Die Arbeit des Kand[idaten] beweist gründliche Kenntnisse, eindringenden Scharfsinn und entschiedene Selbständigkeit des Denkens. Aber ihr Ergebnis ist im wesentlichen ein negatives, daß es einen einheitlichen Begriff der Ungiltigkeit im Röm. Obl. Recht nicht giebt; in positiver Beziehung liefert die Arbeit nur eine Menge feiner Einzelbemerkungen und Quelleninterpretationen, die sich aber durchaus nicht zu einem Ganzen zusammenfassen lassen. ... | [118v]

Wegen der beständig in das kleinste Detail eindringenden Art der Arbeit liest sich dieselbe auch recht schwer. ...

Es ist aber anzuerkennen, daß je gründlicher man sie studirt, umso mehr ihr Werth hervortritt. Ich meinerseits || [119r] würde am höchsten stellen die Abh. III „über erpreßte Obligationen und Liberationen“ und demnächst die Abh. IV „Schenkungen und Ehegatten durch Obligation und Liberation“. Dagegen scheint mir (abweichend vom Hrn. Referenten) die Abhandlung I „Allgemeiner Theil“ am wenigsten befriedigend, weil hier der Verf. allgemeine Gesichtspunkte einzunehmen versucht, aber über⁷⁴ seiner penibeln Formulierung unbestimmt und unverständlich wird⁷⁵.

Leggendo i giudizi conclusivi di Pernice, ma soprattutto di Eck, si capisce bene il senso delle modifiche fatte da Gradenwitz nel pubblicare la sua *Habilitationschrift*.

Pur con una piccola differenza di opinione nel considerare la parte meno riuscita (la *Abhandlung* II per Pernice, la *Abhandlung* I per Eck) i due valutatori infatti sono concordi nel giudicare deboli le prime due parti e nel ritenere di difficile lettura il libro che ne risultava, poiché partiva da considerazioni astratte e generali – per di più negative – ma che poi non trovavano richiami nella casistica dettagliata dei successivi capitoli.

⁷² HUB, UA, JF 143, Hab., ff. 116v–117r.

⁷³ Segue cancellato: „der“.

⁷⁴ Segue cancellato: „von“.

⁷⁵ HUB, UA, JF 143, Hab., ff. 118–119r.

È quindi perfettamente spiegata la scelta di Gradenwitz di spostare all'inizio del libro il capitolo che Eck considera il migliore, la *Abhandlung* III sulle *Erpresste Obligationen*, e di posticipare invece le considerazioni della parte generale, facendone conclusioni. Per rimediare all'accusa di mancanza di omogeneità e chiarezza dell'*Abhandlung* I, Gradenwitz la ha infine divisa in due differenti capitoli finali. Nel penultimo ha collocato la parte (negativa) sulla base comune tra il sistema romano e il moderno, e nell'ultimo invece le considerazioni astratte di carattere sistematico. Uno dei rimproveri da parte di entrambi i commissari era, infatti, che l'opera si concludeva con una negazione che non faceva seguito al discorso iniziato.

Semplicemente spostando l'ordine delle parti Gradenwitz ottiene un risultato rapido ed efficace: la bontà di questa soluzione è confermata dalla positiva recensione che lo stesso Eck avrebbe fatto nel 1888 del libro che aveva già valutato come commissario. Si può vedere che egli era ben soddisfatto delle modifiche apportate:

Als dann aber folgt in Kap. V noch der im Eingang angekündigte Nachweis, daß für uns die bei den Römern historisch entstandenen Unterschiede nicht mehr haltbar, und neue Kategorien zum Bedürfnis geworden seien, deren Aufstellung der Verf. unternimmt. Der negative Theil dieser Beweisführung ist entschieden gelungen⁷⁶.

4. La *Probevorlesung*

Occorre ora proseguire nella analisi della procedura di abilitazione, per verificare il ruolo svolto in esso dallo studio sulle interpolazioni. Gli Statuti della Facoltà prevedevano, una volta accolta la *Probeschrift*, come ulteriore passaggio una *Probevorlesung* da tenersi a porte chiuse davanti ai membri della Facoltà:

§ 58. Hat die Fakultät beschlossen, den Ansuchenden zur Habilitation zuzulassen, so muß derselbe eine Probevorlesung, [*ante 1876*: in der Regel] in deutscher Sprache, über ein von der Fakultät aufgegebenes oder von dem Ansuchenden mit ihrer Beistimmung gewähltes Thema vor der versammelten Fakultät halten ...

§ 59. Zur Ausarbeitung jeder solchen Probevorlesung erhält der Ansuchende eine Frist von vier Wochen nachdem ihm das Thema bekannt gemacht worden ...

§ 60. Nach beendigter Probevorlesung vor der versammelten Fakultät, wird mit dem Verfasser über den Inhalt derselben ein Kolloquium gehalten ...

§ 61. Nach beendigtem Kolloquium entfernt sich der Ansuchende von der Versammlung, und es wird durch absolute Stimmenmehrheit der anwesenden Fakultätsmitglieder der Beschluss gefasst, ob er als Privatdozent anzunehmen sei, oder nicht ...

Nel caso di Gradenwitz, la Facoltà gli aveva già concesso a dicembre la possibilità di suggerire gli argomenti della *Probevorlesung*. Il 18 gennaio 1885, cinque giorni dopo aver inoltrato il *Gesuch*, Gradenwitz comunicava infatti al *Geheimrath*:

Im Begriffe, auf etwa acht Tage von hier fortzureisen, mache ich von der im December gütigst mir ertheilten Erlaubnis Gebrauch ... [Seguono proposte tematiche per la *Probevorlesung*:]

1. Unterbrechung der Ersitzung durch den Proceßbeginn
2. Über die Fiktionen.

⁷⁶ E. Eck, *Rec. di O. Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, in *KViert.* 30, 1888, 89.

Anche la *Probevorlesung* di Gradenwitz non verté quindi sulle interpolazioni. Il 10 febbraio 1885, nell'attestare la ricezione dei positivi giudizi di Eck e di Pernice, il decano Hinschius fissava il tema (il secondo suggerito da Gradenwitz) e la seduta:

Den Herren Ordinarien der Fakultät beehre ich mich in Gemäßheit des §. 57 der Statuten die Habilitationsschriften des Referendars *Dr. Gradenwitz* mit den Urtheilen der beiden erwählten Kommissarien, der Herren *Dr. Pernice* und *Dr. Eck*, zur gefälligen Kenntnißnahme zugleich mit der Bitte vorzulegen, das von dem Habilitanden vorgeschlagene Thema zur Probevorlesung in der Fakultät: „Ueber Fiktionen“, mit welchem sich die bezeichneten Herren Kommissarien bereits einverstanden erklärt haben, vorläufig genehmigen zu wollen.

Mit Rücksicht darauf, daß bei dem Ausfall der Urtheile der Herrn Kommissarien die Zulassung des Habilitanden aller Wahrscheinlichkeit nach beschlossen werden wird und daß andererseits an Ostern kein abschließendes Examen in Ansicht steht, noch zu einer Sitzung sonst kein ausreichender Stoff vorliegt, erlaube ich mir ganz ergebenst den Vorschlag zu machen, mich zu ermächtigen, die Sitzung, in welcher in der Anwesenheit von $\frac{3}{4}$ der Fakultätsmitglieder, formal über die Zulassung zu beschließen ist, und die Sitzung für die Probevorlesung des Habilitanden an einem Abend, die letztere eine Viertel – bis halbe Stunde später, (wie dies schon früher geschehen ist), anzusetzen⁷⁷.

Ancora una volta, come è già visibile dalla preventiva autorizzazione concessa dalla Facoltà, si riscontra la rapidità del procedimento: il decano suggerì „wenn keiner der Herren Kollegen widerspricht“, il 24 febbraio. La facoltà acconsentì⁷⁸ e la mattina di lunedì 16 febbraio, convocato e avvisato Gradenwitz, il decano provvedeva agli inviti previsti dagli statuti:

Die Herren Ordinarien der Fakultät erlaube ich mir hierdurch ganz ergebenst mit Rücksicht auf die mir ertheilte Ermächtigung auf Dienstag d[en] 24. Februar d[ieses Jahres] in meiner Wohnung:

1) zu einer Sitzung behufs Beschlußfassung über die Zulassung des *Dr. O. Gradenwitz* zur Probevorlesung und zum Colloquium um 6 Uhr präzise, und

2) eventuell zu einer weiteren Sitzung um 6 $\frac{1}{2}$ Uhr für die Probevorlesung des genannten Kandidaten und die Abhaltung des Colloquiums mit demselben,

einzuladen, indem ich mir zugleich die Bemerkung gestatte, daß nach §§. 57. 58 der Statuten in beiden Sitzungen nur bei einer Anwesenheit von $\frac{3}{4}$ der Fakultätsmitglieder (also acht) gültige Beschlüsse gefaßt werden können⁷⁹.

Tenuta la *Probevorlesung* sulle *fictiones*, il risultato fu, come previsto, positivo. Restava ora l'ultimo requisito previsto dagli Statuti, la *publica lectio*:

§ 62. Ist der Beschluß der Fakultät günstig ausgefallen, so hat der angenommene Privatdozent noch eine öffentliche Vorlesung [*prima*: in lateinischer Sprache] über ein Thema, welches ebenfalls auf die § 58 angegebene Weise bestimmt wird, zu halten, wozu ihm von der Fakultät eine Frist von drei Monaten nach gehaltener Probevorlesung bewilligt wird ...

⁷⁷ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 121rv.

⁷⁸ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 121v. Tra le firme, tutte apposte tra l'11 e il 14 febbraio, si leggono le firme di Heinrich Dernburg, Rudolf von Gneist, Bernhard Hübler, Georg Beseler, Heinrich Brunner, Albert Friedrich Berner, Levin Goldschmidt, nonché ovviamente di Eck, Pernice e del decano Paul Hinschius.

⁷⁹ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 123r. Le firme apposte sono di Eck, Dernburg, Brunner, Hinschius, Berner, Hübler, Gneist, Goldschmidt, Beseler, Pernice.

§ 63. Die Einladung zu dieser öffentlichen Vorlesung geschieht durch einen lateinischen Anschlag, wovon auf Kosten des Privatdozenten 150 Exemplare gedruckt werden. Ein Exemplar wird öffentlich angeschlagen, von den übrigen werden zwölf an das Ministerium gesandt, und die erforderliche Zahl an die Professoren der Universität ... vertheilt und zu den Akten genommen ...

Ancora una volta con sorprendente rapidità, un invito (questo, sì, ancora in latino) affisso il 2 marzo⁸⁰ annunciava la *praelectio* di Gradenwitz per il 10 marzo 1885 alle ore 12.00, intitolata *Über Interpolationen in den Pandekten*.

Lo stesso 10 marzo 1885, presumibilmente dopo la lezione, il Decano comunicava al ministro von Gossler l'avvenuta conclusione dell'abilitazione:

Ew[er] Excellenz beehre ich mich gehorsamst anzuzeigen, daß Herr Dr: Jur: Otto Gradenwitz sich heute bei der hiesigen juristischen⁸¹ Fakultät für das Fach des römischen Rechts habilitiert hat.

Herr Dr. Gradenwitz, geboren zu Breslau am 16. Mai 1860 als Sohn des Banquiers Moritz Gradenwitz, mosaischen Glaubens, ... beschäftigt sich seit Ende Januar 1883 mit wissenschaftlichen Arbeiten.

Den Dokortitel hat Herr Gradenwitz bei der hiesigen juristischen Fakultät unterm 31. Juli 1880 erworben. | [125v]

An wissenschaftlichen Arbeiten des Dr. Gradenwitz haben der juristischen⁸² Fakultät vorgelegen:

1. Die Doktordissertation: „Ueber den Begriff der Voraussetzung.“
2. über: „Per traditionem accipere in den Pandekten“
3. über: „die Interessen⁸³ der Frauen.“
welche in den Anlagen gehorsamst beigefügt werden⁸⁴.

Contestualmente annota sul verbale l'avvenuta lezione e la restituzione a Gradenwitz di tutti i suoi documenti.

5. *Excursus*: confronto con l'abilitazione di Max Weber

Gradenwitz si abilitò in 2 mesi scarsi, precisamente 57 giorni, dal *Gesuch* inoltrato il 12 gennaio 1885 alla abilitazione certificata il 10 marzo 1885. Per capire la rapidità dei tempi può essere utile un confronto con il ben studiato caso dell'abilitazione di Max Weber, che si tenne 6 anni dopo quella di Gradenwitz, sempre a Berlino, e che vide tra i relatori della sua tesi in diritto romano proprio gli stessi Pernice ed Eck⁸⁵. Weber si abilitò tuttavia sia in diritto romano sia in diritto commerciale e presentava ben due *Habilitationsschriften* stampate: *Die römische Agrargeschichte* e *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*.

I tempi della sua abilitazione furono più tormentati di quella di Gradenwitz: il *Gesuch* fu inoltrato il 22 ottobre 1891; il 10 novembre 1891 fu accettato (18 giorni con-

⁸⁰ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 124r.

⁸¹ Corregge: „unserer“.

⁸² Corregge sul rigo: „unterzeichnete“.

⁸³ Sic, per „Intercession“.

⁸⁴ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 125rv.

⁸⁵ Cfr. J. Deininger, *Zur Entstehung der römischen Agrargeschichte*, in Id. (a c. di), *Max Weber. Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht 1891*, Tübingen 1986, 195.

tro 1) e quindi furono scelti Pernice ed Eck come referenti per la *Agrargeschichte*⁸⁶. I *Gutachten* arrivarono tutti entro il 18 dicembre⁸⁷. L'argomento della *Probevorlesung* (*Die Gewerbe-Gesellschaft ohne Firma in jetzigem Recht*, l'ultimo dei 5 temi proposti da Weber al decano Kohler il 18 novembre⁸⁸) fu deciso il 22 e comunicato il 24 dicembre 1891⁸⁹ (36 giorni contro 29). La *Probevorlesung* e il colloquio ebbero luogo il 19 gennaio 1892 (dalla *Zulassung*, 28 giorni contro 14). La pubblica lezione (*Die Wandlung in der Rechtslage der ländlichen Arbeiter in der römischen Kaiserzeit*) infine fu annunciata il 23 gennaio 1892 e tenuta il 1° febbraio 1892 (13 giorni contro 14). Nello stesso giorno il Decano constatò la avvenuta abilitazione⁹⁰. Dei due temi⁹¹ proposti da Weber il 12 gennaio 1892, venne scelto il secondo⁹².

Il confronto è significativo: prescindendo dalla pubblica *praelectio*, che fu particolarmente rapida anche nel suo caso, Weber si abilitò in un tempo quasi doppio rispetto a Gradenwitz.

III. Le interpolazioni

Come si è visto, nella parte conclusiva della procedura di abilitazione compare finalmente il tema di ricerca per il quale Gradenwitz è passato alla storia. La pubblica lezione tuttavia non era sottoposta a valutazione, bensì era mero requisito formale con il quale il docente si presentava alla grande comunità scientifica. Non si può quindi dire, neanche in senso traslato, che Gradenwitz si sia abilitato con una lezione sulle interpolazioni.

Tuttavia, l'occasione della *praelectio* non è stata la prima in cui le interpolazioni comparivano nella procedura di abilitazione. Come già accennato, tra le opere a stampa allegare a sostegno dell'abilitazione Gradenwitz presentava anche un contributo: „*Per traditionem accipere in den Pandekten*“. Si trattava delle bozze di un articolo che Gradenwitz stava per pubblicare nella *Savigny-Zeitschrift*⁹³. Era stato lo stesso Pernice, che peraltro era tra gli *Herausgeber* della rivista, a suggerire di inserire anche questo articolo nei documenti di abilitazione:

⁸⁶ Per la tesi in diritto commerciale invece i referenti furono Goldschmidt e Gierke; cfr. Deininger, *Zur Entstehung* cit. 195. Eck e Pernice morirono nello stesso anno: il 1901.

⁸⁷ G. Dilcher/S. Lepsius, *Max Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Schriften 1889–1894*, Tübingen 2008, 124.

⁸⁸ Cfr. Deininger, *Zur Entstehung* cit. 194, nonché A. Gängel/M. Schaumburg, *Josef Kohler Rechtsgelehrter und Rechtslehrer an der Berliner Alma mater um die Jahrhundertwende*, in *ARSP* 75, 1989, [289–312] 298 s.

⁸⁹ Dilcher/Lepsius, *Max Weber* cit. 125. Sull'assenza di un qualsiasi manoscritto della *Probevorlesung* v. W. Mommsen/R. Aldenhoff (a c. di), M. Weber, *Gesamtausgabe*, Abt. 1, *Schriften und Reden*, 4 voll., 1892–1899, Tübingen 1993, 907.

⁹⁰ Per i dettagli del verbale v. A. Gängel/M. Schaumburg, „*Sollten noch weitere Vorschläge erforderlich sein ...*“ – *Max Webers Habilitation an der juristischen Fakultät der Berliner Universität*, in *Staat und Recht* 38, 1989, 332–334.

⁹¹ Deininger, *Zur Entstehung* cit. 196.

⁹² V. Dilcher/Lepsius, *Max Weber* cit. 126 ss., per i dettagli della edizione.

⁹³ O. Gradenwitz, *Per traditionem accipere in den Pandekten*, in *ZSS* 6, 1885, 56–67.

Lettera di accompagnamento del giudizio di A. Pernice (22 gennaio 1885):

Euer Spectabilität

überreiche ich in der Anlage gehorsamst die Habilitationsschrift des Dr. O. Gradenwitz unter Beifügung von Bericht u. Votum. Ich erlaube mir den Bürstenabzug eines kleinen Aufsatzes des Dr. G[radenwitz] beizulegen, der in dem eben im Drucke befindlichen Hefte der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 6 erscheinen wird: er weist mit sicherer Methode, wie mir scheint unwiderleglich, eine Interpolation der Pandekten auf, die für die Quellenauslegung von Wichtigkeit ist⁹⁴.

Pernice, come ben intuito da Bekker, aveva identificato con estrema chiarezza il contributo che il giovane Gradenwitz poteva dare alla romanistica. L'articolo su *per traditionem accipere* era un piccolo articolo di 11 pagine, ma il tono era già quello del cacciatore di interpolazioni che cercava di ottenere con metodo lessicografico e filologicamente sicuro quello che finora era stato oggetto di mera supposizione.

Anche Eck prese posizione positiva su quel lavoro di Gradenwitz:

Endlich ist auch die Beweisführung in dem von Hr. Geh[eim Rat] *Pernice* beigefügten Bürstenabzug über die Interpretation der Worte „*per traditionem accipere*“ in den Pandekten überzeugend⁹⁵.

La reazione di Eck è però più misurata. Dietro l'entusiasmo di Pernice invece si nascondeva la consapevolezza di aver trovato nuovo impeto scientifico.

1. L'incontro metodologico con Alfred Pernice

Bekker aveva davvero saputo indirizzare il giovane. Diversamente dal più conservatore Karlowa⁹⁶, Alfred Pernice non sentiva eccessivo il richiamo dogmatico, e anzi puntava già al diritto romano puro.

Ihm [*scil.* Pernice] dürfen wir Karlowa gesellen, obschon dieser mehr historischer als philologischer Jurist ist, auch mit der Mehrzahl seiner namentlich früheren Arbeiten entschieden dem Hergebrachten nähersteht, besonders durch das dogmatische Interesse für Grundbegriffe des geltenden Rechts, das bei Pernice fast ausgeschaltet ist⁹⁷.

... für Pernice, der zur Jurisprudenz eine abgeschlossene Philologische Ausbildung mit herüberbrachte, ist es Lebensziel geworden ... eine Einsicht in das reine ungetrübte Wesen des frühklassischen römischen Rechts vorzüglich zu gewinnen. Dieser Aufgabe hat [Pernice ...] nachgestrebt, nachdem er in einer seiner ersten Arbeiten von 1867 „Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht“ den älteren, dogmatisch gemeinrechtlichen Rahmen bereits durch eine Reihe subtil-präziser Einzeluntersuchungen durchgebrochen hatte⁹⁸.

⁹⁴ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 112r.

⁹⁵ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 119v.

⁹⁶ Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 885: „So hat Karlowa durch seine Untersuchung über ‚Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung‘ ... tief in die bei dieser Lehre konzentrierten Ideenkämpfe unserer Rechtsdogmatiker eingegriffen, und auch seine älteren zivilprozessualen Forschungen ... schliessen sich weit enger, als je bei Pernice der Fall, der älteren Literatur an“.

⁹⁷ Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 885.

⁹⁸ Stintzing/Landsberg, *Geschichte* cit. 883.

Tra Pernice e Gradenwitz si era insomma verificata una convergenza metodologica. In maniera corrispondente agli interessi del giovane Gradenwitz, Pernice era un giurista dalle solide basi filologiche, che aveva trovato un modo di mettere a profitto le due discipline:

Um das Gut der Juristen des ersten Jahrhunderts aus den Schriften der Späteren auszusondern und von den Schlacken tribonianischer Interpolationen zu säubern, bedurfte es nicht nur sorgsamer juristischer Analyse, sondern auch sprachlicher Beobachtung und Kritik. Hierzu war Pernice durch seine gründlichen philologischen Kenntnisse befähigt wie wenige. Wenn kürzlich die Frage aufgeworfen worden ist, warum man nicht auch einmal einen Juristen auf einen philologischen Lehrstuhl berufe, während doch das Umgekehrte vorgenommen sei, so kann ohne Übertreibung gesagt werden, dass Pernice jedem Katheder der klassischen Philologie zur Zierde gereicht haben würde⁹⁹.

La più tarda testimonianza di Fritz Schulz, che riferisce sulla nuova tendenza scientifica di Pernice, fornisce inoltre bene anche le coordinate temporali della decisa virata verso la critica testuale proprio negli anni che ci interessano:

Bei der Benutzung der Perniceschen Werke muß man seine beiden verschiedenen Schaffensperioden auseinanderhalten: bis in die Mitte der achtziger Jahre ist Pernice zwar kein gemeinrechtlicher Dogmatiker, aber die Interpolationenkritik übt er genau so selten und unentschlossen, wie die ganze historische Schule Savignys ... Seit der Mitte der achtziger Jahre wird dagegen von ihm mit steigender Entschiedenheit die neue interpolationenkritische Methode verwandt¹⁰⁰.

E più in generale sul metodo seguito da Pernice, una preziosa testimonianza è quella di Contardo Ferrini, riportata nella sua biografia:

Ferrini selber hat einmal in seinen letzten Jahren den Unterschied zwischen seinem Vorgehen und dem seines verehrten Lehrers Pernice also geschildert: „Dieser,“ so sagt er, „hat Freude am Niederreißen, und ein Trümmerhaufen gefällt ihm gar wohl. Mir gefällt es besser, die alten Restchen zusammenzulesen, um womöglich das alte Bauwerk wieder zusammenzufügen. Wo er nur zufällig Zusammengewürfeltes erblickt, ahne ich oftmals das bewußte Schaffen des Rechtsgelehrten. Letztthin aber hat er sich meiner Auffassung genähert, und meiner Studie über ‚Legate‘, das eben darauf abzielt, zusammenzufassen und wieder aufzubauen, hat er seine volle Zustimmung erteilt“¹⁰¹.

È particolarmente illuminante rilevare come l'allievo italiano di Pernice, nel fare il distinguo tra il suo modo di lavoro e quello del maestro, descrivesse il metodo di quest'ultimo con parole del tutto simili a quelle con il quale Pernice stesso commentava il lavoro di Gradenwitz nel suo *Bericht* („sie stellt sich ja gerade die Aufgabe, eine moderne Abstraktion zu zerpfücken“, v. *supra*). Gradenwitz compariva esattamente al momento giusto.

Koschaker, nel suo – invero impietoso – *Nachruf* scritto nel '36, collocava le prime pubblicazioni di Gradenwitz proprio nel contesto della nuova temperie scientifica:

⁹⁹ B. Kübler, *Alfred Pernice †*, in *DJZ.* 6, 1901, 451 s.

¹⁰⁰ F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 62.

¹⁰¹ D. W. Mut, *Professor Contardo Ferrini. Ein moderner Gelehrter und Heiliger*, Kirnach / Billingen 1925 [Einzige berechtigte deutsche Ausgabe, bearbeitet nach dem italienischen Originale des Propstes Dr. Carlo Pellegrini-Mailand] 71.

... einen großen Namen gemacht hat, in der Interpolationenforschung ... Sie, die in den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts in Deutschland durch Lenel, Pernice und Eisele neue Antriebe erhielt, hat auch den jungen Gelehrten in ihren Bann gezogen. 1886 debütierte er im 7. Bande unserer Zeitschrift mit dem Nachweis einiger interpolierter Phrasen und ein Jahr später erschienen die „Interpolationen in den Pandekten“, ein Buch das seinen Namen mit diesem Zweig der romanistischen Forschung dauernd verknüpft¹⁰².

Tuttavia Koschaker si sbagliava. L'articolo del 1886¹⁰³ non fu né il debutto di Gradenwitz sulla *Savigny-Zeitschrift*, né, come si è visto, il suo primo articolo interpolazionista. Fu proprio il tipo di ricerca inaugurato con *Per traditionem accipere*, come racconta Gradenwitz stesso, che smosse il suo vero interesse scientifico:

In Berlin also habilitiere ich mich ... Ich fühlte mich stolz schaffensfreudig und nur bestrebt, nun auch etwas zu leisten; und das konnte ich: denn schon vor der Habilitation hatte ich mein wissenschaftliches Herz entdeckt, das darauf pochte, schriftstellerische Produkte genetisch, nach Schichtungen, auseinander zu legen ... Also lexikalisch eingestellt beobachtete ich, daß per traditionem accipere in den Pandekten allemal auf eine komplizierte Interpolation hinweist, und der betreffende Aufsatz ward schon für die Habilitation eingereicht¹⁰⁴.

2. Inizia la caccia alle interpolazioni

Nel 1886 Gradenwitz pubblica sulla *Savigny-Zeitschrift* un nuovo, più corposo articolo di 36 pagine, che presenta lo stesso titolo della lezione che aveva tenuto l'anno prima. Ma non tratta di quello che aveva discusso in quella circostanza: per la redazione dell'articolo del 1886 Gradenwitz ebbe infatti a disposizione qualcosa di particolare, senza la quale, dichiara egli stesso, non avrebbe mai potuto raggiungere i risultati sperati:

Bei diesen Untersuchungen durfte ich die Vorarbeiten zum Index der Pandekten benutzen ...; durch denselben wird die Möglichkeit gegeben, die Quellenstellen mit leichter Mühe in einer Vollständigkeit zu sammeln, die früher durch die langwierigste Arbeit kaum erreicht werden konnte. – Infolge der gütigen Erlaubniss des Herrn Geh. Oberreg.-Raths v. d. Leyen wurde mir das Material durch Herrn Assessor Fritsche, in dessen Wohnung es sich damals noch befand, im Laufe dieses Sommers in freundlichster Weise zur Verfügung gestellt. Jetzt ist der Theil des Werkes, der den ersten Band der grossen Mommsen'schen Ausgabe betrifft, in die kgl. Bibliothek hieselbst übergeführt. Vom 2. Bande waren im Sommer die Bücher 30–42 bearbeitet¹⁰⁵.

L'estate cui Gradenwitz si riferiva non può essere che quella del 1885 (lo *Heft* del volume usciva già ad agosto). È da escludere quindi che il contenuto dell'articolo possa anche solo essere stato anticipato nella lezione rapidamente tenuta a ridosso dell'abilitazione. Molto più probabile è che questa abbia avuto ad oggetto gli aspetti metodologici di quanto sviluppato nell'articolo su *traditionem accipere* dello stesso

¹⁰² P. Koschaker, *Otto Gradenwitz †*, in ZSS. 56, 1936, [IX–XII] x s.

¹⁰³ O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, in ZSS. 7, 1886, 45–84.

¹⁰⁴ Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 4.

¹⁰⁵ Gradenwitz, *Interpolationen (1886)* cit. 45 s. nt. 1. In argomento v. ora Varvaro, *La storia del Vocabularium iurisprudentiae Romanae* 1 cit. 265 s.

anno. Ad ogni modo, il passaggio di livello con l'articolo del 1886 è certo. Come è diligentemente¹⁰⁶ evidenziato nel *Nachruf* scritto da Kießling:

Von ausschlaggebender Bedeutung war hierbei der Umstand, daß seine Habilitation in Berlin gerade in die Zeit fiel, wo der Index Digestorum, der unter Mommsens Auspizien begonnen, unter der Aufsicht von Geh. Rat von der Leyen durch Referendar Fritsche bearbeitet, seiner Vollendung entgegenseh. Schon bei den Vorarbeiten zu seinen Interpolationenforschungen, deren Ergebnisse in den Jahren 1885/87 erschienen, hat Gradenwitz diesen handschriftlich in der Kgl. Bibliothek zu Berlin deponierten Index ausgiebig benutzen dürfen und dabei den unschätzbaren Wert lexikographischer Hilfsmittel kennengelernt¹⁰⁷.

Non è un caso, naturalmente. Dietro c'è tutta una scuola di romanisti che puntavano consapevoli verso il nuovo metodo, sapientemente orchestrati da Mommsen. Su sollecitazione di Pernice, Gradenwitz poté dare in lettura allo stesso Mommsen il suo articolo, già pronto a febbraio 1886¹⁰⁸. E questi ne ebbe apprezzamento. Il resto è storia:

Im Frühsommer erzählte mir Pernice, Mommsen wolle auf Grund des Index ein Wörterbuch herstellen lassen: und zwar hat er Sie dazu erwählt¹⁰⁹.

Nel 1886 Mommsen aveva concepito infatti l'idea di base di quello che sarebbe stato il *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*. L'opera mirava a restituire il diritto romano nella sua limpida voce. La svolta è sintomatica: mentre una Commissione lavorava alla codificazione del diritto nell'Impero Germanico, preparando di fatto la cristallizzazione dei risultati della Pandettistica nel nuovo diritto del BGB, un nuovo progetto scientifico di giuristi con formazione storica e filologica mirava ad enucleare il vero portato storico del diritto romano¹¹⁰. Ancora una volta, Gradenwitz fu identificato come una delle figure capaci di portare avanti questo lavoro.

Gradenwitz lavorò insomma con nuovo materiale, e giunse a sempre nuovi risultati, piuttosto che tornare sugli stessi punti già trattati. Questo è visibile se confrontiamo i due articoli, quello di 11 pagine del 1885 e quello di 39 pagine del 1886. Anche qui Gradenwitz presentava un elenco di riflessioni su espressioni interpolate. La struttura dell'articolo è infatti la seguente:

¹⁰⁶ Un po' più attendibile, quindi, di quello di Koschaker pubblicato nello stesso numero della rivista. Per quanto anche Kießling abbia commesso un errore sulla produzione di Gradenwitz in quegli anni, perché nella bibliografia di allegata al *Nachruf*, tra le opere minori del 1887 gli attribuisce un'opera di Zachariä von Lingenthal, *Aus und zu den Quellen des röm. Rechts* in ZSS. 8, 1887, 206–247.

¹⁰⁷ E. Kießling, *Otto Gradenwitz als Lexikograph und Papyrologe*, in ZSS. 56, 1936, 418–425.

¹⁰⁸ Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 5: „Im Februar 1886 war ich zum Diner bei Pernice; als ich die Außentür ... öffnete, stand vor ... der Innentür Theodor Mommsen ... Ich erzählte ihm an diesem Abend von meinem Aufsatz nach seinem Index und überbrachte ihm denselben auf Pernices Rat – Damit war eine Beziehung zu dem Gelehrten eröffnet, der mir ‚statt aller anderen in der Welt‘ war“.

¹⁰⁹ Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 6. In argomento v. ora la ricostruzione, basata anche su materiale d'archivio inedito, prospettata in Varvaro, *La storia del ‚Vocabularium iurisprudentiae Romanae‘* 1 cit. 251–335.

¹¹⁰ Scrive D. Simon, *Zeithorizonte*, in Rg. 4, 2004, 93: „Mommsens Manifest von 1886 legte den Grundstein für das *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. 1886 ... signalisierte der mächtige Jurist und Historiker den Beginn der endgültigen Historisierung des römischen Rechts“.

- I. Pignoris causa tradere und accipere
 - II. retradere
 - III. constitutum tempus, statutum tempus, praestitutum tempus
 - A. Vollstreckungsfrist der Urtheile
 - B. Usucapionsfrist
 - C. Einlösungsfrist für verfallene Pfänder
 - D. Rückgabefrist für die Dos
 - E. Restitutionsfrist
 - F. Frist für den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch
 - G. Wiederverehelichungsfrist
 - H. Appellationsfrist
 - IV. Competens
- Praesumptio
 Approbare = Beweisen

Per quanto al punto I. sembri riprendere alcuni punti discussi nell'articolo precedente, in realtà tutto l'articolo è una prosecuzione con nuovi mezzi del lavoro iniziato, al fine di trattare nuovi ed ulteriori punti. I nuovi dati si accumulano, e Gradenwitz non ci ritorna su, ma continua a lavorare per accrescimento verso nuovi risultati. È una ricerca alluvionale, insomma, con sempre nuovi punti da trattare. Se nell'articolo del 1885 non aveva potuto tener conto di una parallela ricerca di Schlossman di qualche anno prima¹¹¹, nell'articolo del 1886 in una lunga nota isolata¹¹² finalmente la discute, ampliando ulteriormente – ma appunto, in nota – alcune delle considerazioni condotte l'anno precedente.

3. Il manuale del cacciatore d'interpolazioni

Per „cacciare“ efficacemente e con metodo, c'era bisogno di un manuale. Nel 1887 Gradenwitz pubblicò *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, un libro che forniva finalmente strumentario e metodo al cacciatore di interpolazioni. Lunghi elenchi di lemmi ed espressioni sospette, di espressioni e concetti che il giurista classico non poteva usare o possedere, di riflessioni su cosa il giurista classico avrebbe scritto. Otto capitoli e cinque appendici:

- I. Allgemein über Interpolationen.
 - § 1. Begriff der Interpolationen;
 - § 2. Constatirung der Thatsache;
 - § 3. Erste Gruppe: Das hat der Classiker nicht geschrieben;
 - § 4. Zweite Gruppe: Das kann der Classiker nicht geschrieben haben;
 - § 5. Anhang: So schreibt Tribonian.
- II. Sicher interpolirte Worte
 - § 6. Adimplere
 - § 7. Coadunare
 - § 8. Satisfactionem dare
 - § 9. Celebrare = perficere

¹¹¹ S. Schlossmann, *Zur Lehre von der Tradition*, in *GrünhZ.* 8, 1881, 429–457.

¹¹² Gradenwitz, *Interpolationen* (1886) cit. 48 s. nt. 5.

- III. Stets verdächtige Worte
 - § 10. Cumulus
 - § 11. Regressus
- IV. Häufig interpolirte Worte
 - § 12. In casu
 - § 13. Licentiam habere und Aehnl.
- V. Zur Terminologie von Actio und Judicium;
 - § 14. Allgemeines
 - § 15. Bonae fidei judicia
 - § 16. Calumniae judicium, contrarium judicium
- VI. Actio praescriptis verbis
 - § 17. ...
- VII. Das Reurecht
 - § 18. ...
- VIII. Verba und Voluntas
 - § 19. Einleitung
 - § 20. 1. Verba legati
 - § 21. 2. Animus novandi
 - § 22. 3. Per quas personas nobis adquiritur

Beilagen I–V.

Il libro è il coronamento del metodo alluvionale con cui Gradenwitz aveva lavorato, che rivela la passione di chi ha a disposizione una notevole quantità di materiale e la vuole usare. Come nell'articolo dell'anno prima, anche qui, in una monografia altrimenti abbastanza parca nell'uso di note, una nota molto lunga¹¹³ è dedicata alla confutazione di due posizioni critiche nei suoi confronti e pubblicate nella *Savigny-Zeitschrift* dello stesso anno, il 1887: quella di Theodor Schirmer e quella di Otto Geib.

Geib pubblicava un articolo sulla *fiducia*¹¹⁴ e, in una nota¹¹⁵ relativa alla classicità di D. 41.2.36, criticava la posizione di Gradenwitz in riferimento al punto I su *pignoris causa tradere und accipere*. Schirmer, più critico, attaccava le tesi sostenute da Gradenwitz nell'articolo del 1886 in merito alle supposte interpolazioni in Scevola¹¹⁶.

La lunga nota di Gradenwitz nella monografia fu preparata a libro quasi chiuso. I passi ivi discussi non tornano nel corso del libro. La stessa nota è abbastanza affrettata¹¹⁷. La monografia insomma non torna sui punti già discussi nell'articolo, che pure ne porta lo stesso nome, bensì ne sviluppa altri: lunga è la strada della nuova ricerca interpolazionistica, e in questo, l'autore è sapientemente diretto e difeso da Pernice.

In calce all'articolo di Schirmer, il direttore della rivista si è premurato di rispondere per l'autore:

¹¹³ Gradenwitz, *Interpolationen* (1887) cit. 191 nt. 1.

¹¹⁴ O. Geib, *Actio fiduciae und Realvertrag*, in ZSS. 8, 1887, 112–155.

¹¹⁵ Geib, *Actio fiduciae* cit. 114 s. nt. 1.

¹¹⁶ Th. Schirmer, *Die angeblichen Interpolationen bei Scävola*, in ZSS. 8, 1887, 155–166.

¹¹⁷ Tra l'altro, affrettatamente: a p. 196 Gradenwitz sbaglia il riferimento bibliografico, dato che cita una p. 98 in cui non ci sono articoli di Geib.

Die Erwiderung des Dr. Gradenwitz auf den vorstehenden Aufsatz hat wegen Raummangels nicht abgedruckt werden können. Sie wird in dessen Schrift über Interpolationen erscheinen, die sich im Drucke befindet. A. P.¹¹⁸

Il libro *Interpolationen in den Pandekten* è dedicato, non a caso, ad Alfred Pernice. Al maestro che in concomitanza con la sua abilitazione lo ha messo sulla via della caccia alle interpolazioni¹¹⁹, e che ha protetto e guidato la sua ricerca.

4. Tra intercessioni e interpolazioni: qualche considerazione

Dietro la rapida abilitazione di Gradenwitz, insomma, c'era molto di più che il semplice intento di dare fiducia a un giovane promettente studioso. C'era l'intenzione di improntare a un nuovo corso la scienza romanistica da parte di un gruppo di giuristi consapevoli del fatto che il classico approccio della Scuola storica aveva fatto il suo tempo. Pernice, Eck e, in ultima istanza, ovviamente, Mommsen, avevano colto con lodevole lungimiranza la fine dell'approccio pandettista. La pubblicazione imminente del BGB avrebbe rivoluzionato gli studi giuridici di tutta la Germania, e la scienza romanistica sarebbe stata la prima a farne le spese. Il nuovo metodo prometteva invece novità, risultati, interdisciplinarietà e rigore scientifico; e nel giovane Gradenwitz si seppe evidentemente riconoscere proprio l'uomo che avrebbe potuto realizzare tutto questo in tempi brevi.

Per quanto Gradenwitz lavorasse alacremente al nuovo metodo fin dai tempi dell'abilitazione, il contenuto della sua abilitazione non ebbe tuttavia questo ad oggetto; solo nella lezione pubblica probabilmente trovarono spazio le tesi metodologiche che sarebbero sfociate nelle pubblicazioni successive.

Nel 1887 uscirono le due monografie che raccoglievano la produzione scientifica di Gradenwitz di quegli anni. La prima dedicata a Bekker, la seconda, interpolazionistica, dedicata a Pernice. I due tipi di ricerca sono peraltro tendenzialmente dissimili nella genesi e nel modo con cui furono condotti.

La ricerca interpolazionistica di Gradenwitz si venne sviluppando per accrescimento, passo dopo passo, dopo una verifica „a tappeto“ delle fonti. Nel 1885 Gradenwitz sviluppò, prima per iscritto con una ricerca lessicografica mirata e poi anche oralmente, un tema che ampliò successivamente con mezzi sempre più raffinati. Con una graduale e crescente ampliamento degli argomenti, dall'articolo del 1885 a quello del 1886, approdò infine alla monografia del 1887.

Al contrario, la ricerca sul *sc. Velleianum* di Gradenwitz si completò nell'estate del 1883, e non fu più rielaborata. La stessa ricerca sull'invalidità, che della prima costituisce un'ampliamento, si completò nel 1884. Di fatto, Gradenwitz non vi tornò più sopra.

¹¹⁸ A. Pernice, *Anmerkung zu Th. Schirmer, Die angeblichen Interpolationen bei Scävola (155–166)*, in ZSS. 8, 1887, 166. Sul punto v. ora Varvaro, *La storia del Vocabularium iurisprudentiae Romanae* 1 cit. 297 s.

¹¹⁹ A pag. 51, nt. 1, ad esempio, Gradenwitz ringrazia lo stesso Alfred Pernice per un suggerimento: „Hr. Prof. Pernice macht mich darauf aufmerksam, dass es zum Mindesten hätte heissen müssen: *Licentia datur adimplendi* statt *adimplere*. Vgl. unten“.

A centotrent'anni di distanza da quel 1887, il panorama culturale è cambiato notevolmente, e da lungo tempo quella che sembrava essere la nuova frontiera della disciplina romanistica si è rivelata essere una *petitio principii*. Proprio per questo è quindi molto interessante osservare la storia della recezione delle idee di Gradenwitz esposte nella sua meno originale ricerca sull'*Ungültigkeit*.

In particolare, proprio il capitolo sul Velleiano, immodificato dal 1883, giudicato severamente da Karlowa, considerato non particolarmente originale dallo stesso Bekker („Die eigentliche Habilitationsschrift enthält keine neuen überraschenden Gedanken“¹²⁰), non particolarmente apprezzato da Eck né dallo stesso Pernice („Erklärlicherweise kann eine Arbeit dieser Art nicht neue, weittragende constructive Gedanken entwickeln“; „III u. IV scheinen mir viel anschaulicher geschrieben, II. am wenigsten gelungen“; „Dieser Gesichtspunkt ist m. E. namentlich in II. nicht festgehalten“)¹²¹, ha sorprendentemente prodotto una significativa influenza sulla successiva letteratura romanistica, soprattutto post-interpolazionistica.

È senza dubbio significativo che proprio uno studio casistico che si limita a mettere in crisi un'astrazione moderna sia sembrato più utilizzabile dalla romanistica in crisi del secondo dopoguerra. Mentre per i docenti della fine del XIX secolo era molto più promettente un metodo che non si limitasse a negare, ma che potesse andare oltre e affermare il diritto romano come effettivamente era.

IV. Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte.

Vicende di uno scritto „di transizione“

Publicata a Berlino, per i tipi della *Weidmannsche Buchhandlung*, già nel 1887, due anni dopo la conclusione dello *Habitationsverfahren*, la monografia di Otto Gradenwitz sull'invalidità dei negozi giuridici obbligatori trasfondeva a stampa – con le poche modifiche provenienti dai suggerimenti dei *Gutachter* e che sono state sopra messe in evidenza – la tesi di abilitazione dello studioso. Il libro, brevemente recensito (con qualche strale polemico) da Gustav von Rümelin nel *Centralblatt für Rechtswissenschaft*¹²², fu presto trascurato per via della crescente attenzione delle più suggestive *Interpolationen in den Pandekten*¹²³.

Dei cinque capitoli in cui la monografia sull'*Ungültigkeit* è strutturata, i primi tre raccolgono esempi atti a „dimostrare come i romani avessero variamente considerato i vari casi di invalidità“; il primo capitolo inerisce dunque alla „nullità degli atti per

¹²⁰ *Supra*, nt. 27.

¹²¹ HUB, UA, JF 143, Hab., f. 116v. Cui si aggiunge anche Mommsen, come riporta lo stesso Gradenwitz, *Gradenwitz* cit. 3: „Karlowa ist durch seine vielleicht nicht übermäßig wohlwollende, aber mir nicht unverständliche Kritik meines Heidelberger Elaborates mein Wohltäter geworden, den ich beinahe neben Bekker nennen möchte, denn wenn etwas in meinem Leben sicher ist, so ist es dies, daß ich, wo anders als in Berlin habilitiert, nur das geleistet hätte, was Mommsen unter dem Sammelnamen: ‚ein Buch über das Noterbenrecht‘ mir klarmachte“.

¹²² G. von Rümelin, in *Centralblatt für Rechtswissenschaft* 6, 1887, 289–290.

¹²³ Marginale è anche l'uso che ne fa L. Mitteis, *Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, in *Jhb. f. Dogm.* 28, 1889, 85–165.

cagion di violenza¹²⁴, ai suoi effetti e all'*actio quod metus causa*; il secondo capitolo, senz'altro più strutturato degli altri, alle *Intercessionen der Frauen* (tema, questo, su cui ritorneremo diffusamente più avanti), il terzo alle donazioni tra coniugi mediante atti obbligatori e liberatori. Gli ultimi due, invece, ad un tentativo di ricostruzione sistematica del regime della nullità nel diritto romano e ad un inquadramento degli effetti di tale sistematica sul diritto vigente.

Come sopra accennato, l'opera si presentava come uno scritto „di transizione“. Esso si poneva cioè ancora nel solco della Pandettistica più tradizionale¹²⁵, cosa che peraltro mostrano in modo nitido gli ultimi due capitoli, ma con aperture all'altra importante, innovativa metodologia che lo stesso Gradenwitz andava propugnando, ossia quella interpolazionistica. Una tale impostazione – che verrebbe quasi di definire „sincretistica“ – avrebbe nel tempo messo a dura prova gli studiosi chiamati a confrontarsi con queste pagine, ciò soprattutto in epoca di interpolazionismo. Scorrendo le pagine degli studiosi che si sono confrontati con questo scritto di Gradenwitz ci si può accorgere di come esso sia tacciato talvolta di essere epigonico della dottrina pandettistica, talaltra di essere *in nuce* interpolazionistico: in questo senso credo si possano spiegare anche talune omissioni e mancati confronti della dottrina con alcune delle tesi esposte in un libro di difficile uso.

Se concentriamo la nostra osservazione sui principali studi a impianto monografico occorsi sui temi oggetto dello studio di Gradenwitz apparsi nel secolo e mezzo che all'incirca intercorre tra la pubblicazione della *Ungültigkeit* e i giorni nostri, potremo peraltro osservare – aspetto decisamente singolare – che le parti della tesi di abilitazione di Gradenwitz lodate dai *Gutachter* siano rimaste incolori nel dibattito successivo, mentre invece più frequente sia stato il ricorso alle pagine su cui i dubbi erano stati maggiori, ossia quelle dedicate al *senatus consultum (sc.) Velleianum*.

Nel dibattito sull'*actio quod metus causa*, le tesi sostenute da Gradenwitz, e in particolare le riflessioni svolte in margine alla previsione di una *poena* nella formula di codesta *actio*, e ancora sulla funzione della clausola restitutiva e sul relativo commento di Ulpiano, e sull'estensione della legittimazione passiva all'*actio quod metus causa* al terzo di buona fede (ma non al suo erede), hanno avuto un discreto seguito in dottrina (in primo luogo, ad esempio, Paul-Frédéric Girard nel suo *Manuel élémentaire de droit romain* ma, soprattutto, la dottrina tedesca¹²⁶), in un dibattito ora ripercorso criticamente da Emanuela Calore in un recente studio monografico, cui si rinvia¹²⁷.

Di più complessa definizione è l'apporto di Gradenwitz alla dottrina sul tema della nullità scaturente dal divieto di donazioni tra coniugi. In questo caso, le citazioni di Gradenwitz sono marginali, e in linea di massima critiche (anche in modo severo). Assente ogni esplicito riferimento all'*Ungültigkeit* nello studio di Alibrandi in materia,

¹²⁴ Così V. Scialoja, *Rec. di O. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten*, in *BIDR.* 1, 1888, 148.

¹²⁵ Cosa che non avrebbe poi mancato di rilevare ad esempio Heinrich Vogt (v. *infra*).

¹²⁶ Anche con una certa attenzione all'approccio „interpolazionistico“ di questa ricerca, come ad esempio si può osservare con riguardo a D. 4. 2. 14.9 (su cui si veda la bibliografia annotata da E. Calore, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano 2011, 177 ss. e part. nt. 27) o D. 13. 7. 22.1 (su cui sempre Calore, *op. ult. cit.*, 184 ss. e nt. 46).

¹²⁷ E. Calore, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano 2011, part. 168 ss., 293 ss., 300 ss., 365 ss., con ampia discussione nelle relative note.

pare invece mostrare un qualche interesse per le tesi dello studioso tedesco la monografia di Alfredo De Medio, *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano*. Si tratta di uno studio che, nella migliore tradizione facente capo a Vittorio Scialoja¹²⁸, ha ben presenti le pagine di Gradenwitz, alle quali l'autore si appoggia ad esempio per respingere la tesi di Hofmann secondo cui i Romani sarebbero stati *ab antiquo* abituati a considerare impossibili le donazioni tra coniugi¹²⁹, oppure per impostare la complessa questione se il divieto di donazione fra coniugi abbia tratto origine da un principio di diritto consuetudinario (soluzione prediletta da Gradenwitz e in fondo non del tutto esclusa da De Medio), ovvero da una norma stabilita per legge¹³⁰. A Gradenwitz, però, De Medio non risparmia critiche, in particolare in ordine alla tesi (definita una „asserzione arbitraria“) ¹³¹ che escludeva che l'atto nullo fosse anche inesistente, facendo da ciò dipendere un'assimilazione fra le donazioni confermate e quelle eccezionalmente valide sin da principio¹³².

Nelle epoche successive, le tesi di Gradenwitz sulla donazione tra coniugi appaiono citate sempre più di rado e comunque prevalentemente in modo critico. Le tralascia ad esempio Pietro Bonfante, che nel *Corso* predilige assumere come opera di riferimento lo studio di De Medio, che d'altra parte avrebbe costituito il punto di riferimento per la dottrina italiana del tempo¹³³.

Anche uno studio fortemente influenzato dalla temperie interpolazionistica come quello di François Dumont si richiama alle pagine di Gradenwitz con estrema prudenza (nel complesso appena quattro le citazioni, in prevalenza¹³⁴ con riguardo alle tesi interpolazionistiche esposte da Gradenwitz con riguardo ai testi ulpiani, Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 24.1.5¹³⁵ e Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.23 e sostanzialmente rigettate da Dumont).

In uno scritto importante in tema di donazione fra coniugi come quello di Francesco Maria de' Robertis sulla „convalescenza“ della donazione nell'*oratio Severi*, manca pressoché ogni riferimento a Gradenwitz, incidentalmente citato soltanto una volta con riferimento ad una questione interpolazionistica, ossia ai dubbi mostrati dallo studioso tedesco sulla genuinità di D. 24.1.32; genuinità tradizionalmente esclusa in dottrina, ma in epoca di poco antecedente allo scritto di de' Robertis ammessa, fra gli altri, da Bonfante¹³⁶. Anche la questione della desuetudine della normativa di convalescenza delle donazioni *ex oratione Severi* in età postclassica, e di una sua riammis-

¹²⁸ Di cui De Medio fu brillante allievo, precocemente strappato alla vita e alla scienza nelle tragiche circostanze del terremoto di Messina del 1908.

¹²⁹ A. De Medio, *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano*, Modena 1902, 8.

¹³⁰ De Medio, *Intorno al divieto* cit. 52.

¹³¹ De Medio, *Intorno al divieto* cit. 40.

¹³² Critiche nel medesimo senso furono formulate anche da Luigi Aru, su cui v. *infra*. Per una critica alla tesi secondo cui la nullità non sarebbe stato rimedio idoneo ad impedire le donazioni fra coniugi, v. De Medio, *Intorno al divieto* cit. 48 s.

¹³³ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I. Famiglia, Roma 1925, 207 ss.

¹³⁴ F. Dumont, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris 1928, 118, 256 e 257.

¹³⁵ Dibattito, questo, poi recepito e sviluppato in R. Scevola, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 250 nt. 40, che continua a respingere la lettura di questo testo offerta da Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit., ritenuta „artificiosa“ e „rigida“.

¹³⁶ F. M. de' Robertis, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla*, in *Ann. Sem. giur.-econ. Bari* 1, 1936, 53; Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 250 ss.; Bonfante, *Corso*, I cit. 223.

sione in età giustiniana, già in precedenza ampiamente sostenuta e poi ammessa pur con qualche prudenza da Gradenwitz¹³⁷ sulla base di Nov. 162.1, è da de' Robertis mutuata direttamente dalla dottrina pandettistica¹³⁸.

Una sola citazione è anche nel saggio di Mario Lauria in materia, peraltro proprio con riferimento all'ipotesi – ritenuta „inutile e inammissibile“ perché fondata su una cattiva interpretazione di Nov. 162.1 – di una discussione postclassica in ordine all'efficacia delle donazioni obbligatorie, poi risolta da Giustiniano¹³⁹.

Una sola citazione si rintraccia anche nella ponderosa monografia di Luigi Aru¹⁴⁰, in relazione alla conclusione cui Gradenwitz¹⁴¹ perviene, sull'assoluta „regolarità“ del fatto che – a mezzo del senatoconsulto del 206 d. C. scaturito da un'oratio Severi – il negozio nullo mediante il quale era stata costituita la donazione tra coniugi fosse confermato. Gradenwitz riteneva infatti che l'invalidità fosse non già insita nel negozio, bensì prodotta da un *ius singulare* provocato da ragioni di ordine sociale. Una posizione, questa, rispetto alla quale Aru prende in modo vigoroso le distanze, ritenendola contraria al principio „*quod ab initio vitiosum* etc.“ e dunque non conforme alla logica giuridica, poiché – osserva Aru – „ciò che è nullo *ab initio* è, da un punto di vista strettamente giuridico, anche inesistente, e non può pensarsi che si confermi ciò che non esiste“¹⁴².

A questa linea di tendenza, nel cui solco si pone anche il silenzio di Constantin Stoicescu¹⁴³, sfugge soltanto lo studio di Jan Wilms, *Over Schenkingen tusschen Echtgenooten in het Romeinsche Recht*, che in buona sostanza accetta, anche con citazioni *verbatim* di escerti dell'opera di Gradenwitz, le conclusioni cui lo studioso tedesco era pervenuto in ordine al fondamento del divieto (ossia l'impedimento dei *venalicia matrimonialia*), come pure alle ragioni della limitazione del divieto agli atti di liberalità e non ad altri atti negoziali e alla più risalente origine della *retentio propter res donatas* rispetto al divieto¹⁴⁴.

Spostando la nostra attenzione al più recente dibattito in area tedesca¹⁴⁵, anche nella meditata e dotta monografia di Karlheinz Misera sull'arricchimento nella donazione fra coniugi, l'opera di Gradenwitz, ancorché registrata fra le opere citate mediante *Abkürzungen* – e quindi, si presuppone, più ampiamente citate – conta po-

¹³⁷ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 249. Per la presenza dell'argomento nella Pandettistica v. ad esempio K. A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, I, Marburg et al. 1869, 419 s.

¹³⁸ de' Robertis, *La convalescenza delle donazioni* cit. 53.

¹³⁹ M. Lauria, *Il divieto delle donazioni tra coniugi*, in P. Ciapessoni (a c. di), *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, II. *Diritto romano e bizantino*, Padova 1937, 557 nt. 142.

¹⁴⁰ L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova 1938, 333 s.

¹⁴¹ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 197 ss.

¹⁴² Aru, *Le donazioni* cit. 365.

¹⁴³ C. Stoicescu, *La date de la prohibition de donation inter virum et uxorem*, in *Rev. clas.* 1–2, 1939–1940, 158 ss.

¹⁴⁴ Cfr. J. G. A. Wilms, *Over Schenkingen tusschen Echtgenooten in het Romeinsche Recht*, Gent 1934, 9 nt. 1 e 90 nt. 14 (con riferimento a Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 208); 60 nt. 14 e 62 nt. 18 (con riferimento a Gradenwitz, *op. ult. cit.*, 201) e 68 nt. 30 (Gradenwitz, *op. ult. cit.*, 202–205).

¹⁴⁵ Anche nella dottrina di lingua italiana del secondo dopoguerra (dai meno recenti studi di Gian Gualberto Archi e Biondo Biondi, a quelli di Patrizia Giunti) l'opera di Gradenwitz risulta pressoché mai citata.

chissime citazioni, in prevalenza di natura generica¹⁴⁶, o come dottrina minoritaria in riferimento all'interpretazione di singoli testi¹⁴⁷, talvolta anche con giudizi severi. Ad esempio, con riguardo a Pomp. 32 *ad Sab.*, D. 41.7.5, testo per il quale Misera¹⁴⁸ si pone nel solco dell'opinione di Pernice¹⁴⁹, secondo cui nel caso di alienazione di una *res* donata dal coniuge il terzo acquirente avrebbe „posseduto *ad usucapionem* anche in assenza di *bona fides*, poiché il „Generalkonsens“ l'avrebbe resa non necessaria. Viceversa, osserva Misera, Gradenwitz „meint (allg., nicht zu dieser Stelle) zu Unrecht, daß ein Dritter nur erwerben könnte, wenn der Schenker bei Veräußerung der geschenkten Sache zugezogen wurde“. Non sorprende dunque più di tanto che, nell'escussione della dottrina sulla *retentio propter res donatas*, Misera¹⁵⁰ prenda le mosse dallo studio di Heinrich Siber nel saggio confluito negli scritti in onore di Salvatore Riccobono¹⁵¹, tralasciando la tesi di Gradenwitz secondo cui tale fattispecie sarebbe venuta in rilievo prima dell'emersione del divieto di donazione tra coniugi¹⁵² (tesi d'altro canto trascurata da Siber). E, persino a proposito di D. 16.1.8 pr., un testo che ha addentellati con la tematica della nullità negoziale *ex senatus consulto Velleiano*, è omissis¹⁵³ ogni riferimento allo studio di Gradenwitz, quasi che esso fosse percepito come inadeguato al dibattito sul tema.

Anche rivolgendoci a studi più recenti, ossia due tesi di dottorato dell'ultimo quarto di secolo, di Henrike Schlei e Günther Dietrich Gade, la situazione non appare di molto differente. In Schlei, le citazioni non sono infrequenti, ma mai risultano performanti. Nell'ampio quadro sulle fonti romane, che prelude ad una più ampia trattazione degli echi del divieto di donazione fra coniugi nella tradizione romanistica e nei grandi codici, due sono le serie di citazioni dell'opera di Gradenwitz. Una prima, più generale, in cui l'opera di Gradenwitz è inserita in „catene“ di citazioni di opere risalenti¹⁵⁴, una seconda, in cui si richiamano i profili delle tesi di Gradenwitz già discussi dalla dottrina precedente (con particolare riguardo agli effetti dell'*oratio Severi* o all'origine della *retentio propter res donatas*). Per quanto attiene, invece, allo scritto di Gade – una modesta tesi di dottorato¹⁵⁵, peraltro fortemente dipendente

¹⁴⁶ Per esempio K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln/Wien 1974, 31 nt. 22, 37 nt. 55 e 85 nt. 3, in cui l'opera di Gradenwitz è inserita in catene dottrinali più ampie e senza alcuna peculiare discussione del suo pensiero. Anche in *Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten*, in D. Medicus/H. H. Seiler (a c. di), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 425 nt. 89, Misera cita Gradenwitz soltanto in una catena di dottrina reputata minoritaria per tentare di spiegare l'origine del divieto di donazione tra coniugi „als Reaktion auf das Überhandnehmen von Scheidungen am Ausgang der Republik“.

¹⁴⁷ Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit. 27 nt. 4 e 32 nt. 23 (a proposito di Ulp. 32 *ad Sab.*, D. 24.1.3.12), 28 nt. 9 (a proposito di Cels. 28 *dig.*, D. 39.5.21.1).

¹⁴⁸ Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit. 191 s. nt. 9.

¹⁴⁹ A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert*, II.1, Halle 1895, 499 s.

¹⁵⁰ Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit. 216 ss.

¹⁵¹ H. Siber, *Retentio propter res donatas*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, III, Palermo 1936, 241–282.

¹⁵² Su questa prospettiva, peraltro di un certo interesse, chi scrive intende ritornare in altra sede.

¹⁵³ Misera, *Der Bereicherungsgedanke* cit. 64.

¹⁵⁴ Per esempio H. Schlei, *Schenkungen unter Ehegatten. Zu Ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht*, Göttingen 1993, 26 nt. 120, 28 nt. 127.

¹⁵⁵ G. D. Gade, *Donationes inter virum et uxorem*, Berlin 2001.

dagli studi di Misera in materia – le citazioni di Gradenwitz ammontano a quattro, sempre didascaliche, con particolare riguardo al tema delle già citate tesi in materia di nullità¹⁵⁶, e di *retentio propter res donatas*¹⁵⁷.

Da ultimo, Francisco Javier Andrés Santos ha mostrato un maggiore interesse per le tesi esposte da Gradenwitz (ancorché alla mera discussione dei profili interpolazionistici delle sue pagine), discutendone gli aspetti centrali in un dotto saggio sul fondamento del divieto di donazione fra coniugi. Fra i profili discussi (e in qualche modo accolti) dal romanista spagnolo, si segnala in particolare la rappresentazione dell'origine del divieto quale un „Beharrungsvermögen“, ossia un movimento inerziale „que correspondía perfectamente a las ideas y sentimientos albergados por los romanos respecto a lo que debía ser la comunidad matrimonial“ e in virtù del quale „esta norma prohibitiva se adoptò en el matrimonio ‚libre‘ al cesar el uso habitual de la *conventio in manum*“¹⁵⁸.

Più articolato è invece il discorso per quel che pertiene al dibattito sul *sc. Velleianum*. A differenza di quanto avvenuto per la dottrina sull'*actio quod metus causa*, e in particolar modo sulla donazione fra coniugi, le tesi di Gradenwitz, ancorché criticate, sono state più ampiamente discusse. L'opera era senz'altro ben nota a Gaetano Rossi, che nel suo saggio su *Le garanzie delle donne per i debiti altrui in diritto romano* (saggio fortemente influenzato dalla dottrina pandettistica, come del resto si conveniva agli allievi della scuola di Filippo Serafini), pur citandolo esplicitamente una sola volta (in contrapposizione, con riferimento all'applicabilità delle previsioni del *sc.* in caso di delegazione di un debito alla *uxor*, esclusa da Rossi), al saggio di Gradenwitz guarda in particolar modo per l'impianto dei primi due capitoli¹⁵⁹.

Veniamo allo studio di Giovanni Bortolucci sull'*Actio quae instituit obligationem*¹⁶⁰: quello di Bortolucci si presentava come un ingegno vivace. Il suo allievo Ugo Brasiello avrebbe rilevato come „usa[sse] sottoporre i testi ad esame esegetico minuto e sostanzioso, applicando i vari metodi, ma preferendo, nella critica, quegli argomenti che derivano dal ragionamento logico-giuridico“¹⁶¹. Da questo punto di vista, pur in una severa disparità di vedute sugli effetti dell'*actio institutoria*¹⁶² e prediligendo, su un piano metodologico, un approccio interpolazionistico¹⁶³ (che in fondo era anche segno dei tempi), Bortolucci non rinuncia a dialogare con le pagine di Gradenwitz: aderisce, pur con qualche precisazione, alle tesi sui fondamenti e l'origine del divieto d'intercedere¹⁶⁴; sulla *denegatio actionis* come effetto della norma proibitiva contenu-

¹⁵⁶ Tesi cui Gade, *Donationes* cit. 44, accenna, ma che non discute.

¹⁵⁷ Gade, *Donationes* cit. 66 ss.

¹⁵⁸ F. J. Andrés Santos, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR.* 103–104, 2000–2001, 359.

¹⁵⁹ G. Rossi, *Le garanzie delle donne per i debiti altrui in diritto romano*, in *AG.* 52, 1894, 547 ss.

¹⁶⁰ G. Bortolucci *Actio quae instituit obligationem*, Macerata 1915.

¹⁶¹ U. Brasiello, *Giovanni Bortolucci †*, in *Annuario dell'Università di Bologna* 1940–1941, 120 s.

¹⁶² Il dibattito sarà poi ricostruito da L. Palazzini-Finetti, *Ancora in tema di „actio institutoria ex senatusconsulto Velleiano“*, in *BIDR.* 49–50, 1947, part. 190 ss., che riterrà peraltro di aderire alle tesi di Gradenwitz.

¹⁶³ V. ad esempio l'adesione alle tesi di Fridolin Eisele (formulate in *ZSS.* 30, 1909, 152) in Bortolucci, *Actio quae instituit* cit. 15 e nt. 20, o ancora, i rilievi su D. 46.2.6.1 e 46.2.7 a p. 16 s. nt. 22, e su D. 16.1.8.15 in *op. ult. cit.*, 33 e nt. 45.

¹⁶⁴ Ad esempio all'opinione tralatizamente pandettistica e ripresa da Gradenwitz, *Die Ungültig-*

ta nel sc.¹⁶⁵, che avrebbe sancito la nullità *ipso iure* degli atti negoziali; sulla funzione dell'*actio restitutoria*¹⁶⁶.

Con il venire in rilievo di una metodologia sempre più scopertamente interpolazionistica, la dottrina degli anni '30 si segnala per una più prudente adesione alle tesi di Gradenwitz in tema di intercessione. In piena *Interpolationenjagd*, il Gradenwitz dell'*Ungültigkeit* è infatti percepito come scarsamente attento alla critica testuale¹⁶⁷.

In tal senso vanno interpretate alcune posizioni assunte da Odoardo Carrelli, sulla cui metodologia credo non sia da trascurare l'influsso del magistero di Emilio Albertario. Nei suoi scritti in tema di intercessione e di *actio institutoria*, Carrelli adopera Gradenwitz citandolo (anche relativamente di frequente) su assunti in prevalenza pacifici o oramai consolidatisi in dottrina¹⁶⁸. Non manca però di prenderne le distanze, ad esempio sulla tesi (accolta, come abbiamo visto, da Bortolucci) che il sc. *Velleianum* non avesse introdotto una nuova norma, ma soltanto un nuovo più largo e congruo regolamento in materia di intercessione, poiché, come osserva Carrelli „la norma esisteva sì, ma come norma di *ius singulare*, e il s. c. avrebbe avuto il compito di fare di essa una norma di *ius commune*“¹⁶⁹.

Nello stesso solco tracciato da Carrelli si pone il contributo di Luigi Palazzini Finetti¹⁷⁰, mentre più circoscritto è l'uso che dell'opera di Gradenwitz fa Heinrich Vogt¹⁷¹, che nel 1952 rilevava come la „Gesamtdarstellung des Intercessionsverbots“ elaborata da Gradenwitz, fosse fondata – come più in generale l'intero libro sulla *Ungültigkeit* – „freilich methodisch und sachlich noch weitgehend auf dem Boden der gemeinrechtlichen Theorie“. Ancorché si trattasse dell'ultimo scritto d'insieme sul sc. *Velleianum* presente in dottrina, precisava Vogt, all'approccio di Gradenwitz erano da preferirsi i più recenti studi di Bortolucci, Carrelli e Palazzini Finetti¹⁷². Con questi scritti (per quanto rivolti a delimitati aspetti del divieto d'intercessione, soprattutto in relazione all'*actio institutoria*) Vogt riteneva di poter dialogare più agevolmente, perché in essi si scorgeva un più ampio terreno di confronto mutuato dall'adesione (pur con impostazioni e intensità diverse) a metodologie comuni e attuali. L'opera di Vogt,

keit cit. 65 ss. che anche prima del sc. *Velleianum* la donna non potesse *defendere pro alio* e che dunque il sc. non recasse norme proibitive nuove, bensì „un nuovo e più largo e congruo regolamento in materia“ (così Bortolucci, *Actio quae instituit* cit. 3 s.).

¹⁶⁵ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 70 e 84; Bortolucci, *Actio quae instituit* cit. 7.

¹⁶⁶ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 175; Bortolucci, *Actio quae instituit* cit. 8 s. Come mette bene in risalto O. Carrelli, *L'intercessio della donna e la „restitutio in integrum“ del creditore*, in *SDHI*. 3, 1937, 309 nt. 9, Gradenwitz, tralascia però di precisarne l'origine.

¹⁶⁷ Il che ne potrebbe spiegare, in prospettiva, la mancata citazione in contributi marcatamente interpolazionistici come quelli di S. Solazzi, *Alle fonti della „exceptio S. C. Velleiani“*, in *SDHI*. 19, 1953, 321–326, e Id., *Noterelle critiche I (Ombre di femminismo in Paul. II.11.1)*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Roma 1953, 3–6.

¹⁶⁸ Ad esempio in Carrelli, *L'intercessio della donna* cit. 305 nt. 2, con riguardo al fatto che „nell'espressione *intercedere* ... rientravano tanto la *defensio* processuale quanto la *obligatio pro alio*“. O che il contenuto, fittizio, della formula di concessione dell'*actio restitutoria* fosse dal pretore adeguato di volta in volta rispetto al caso concreto prospettato (Carrelli, *L'intercessio della donna* cit. 330; Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 185 s.).

¹⁶⁹ Carrelli, *L'intercessio della donna* cit. 306 nt. 2.

¹⁷⁰ Palazzini-Finetti, *Ancora in tema di „actio institutoria“* cit. 157 ss.

¹⁷¹ H. Vogt, *Studien zum Senatus consultum Velleianum*, Bonn 1952.

¹⁷² Vogt, *Studien* cit. 1 s.

nonostante che sia dei primi anni '50, è ancora infatti palesemente in rottura con l'approccio iperdogmatico della Pandettistica, proponendosi invece (come precisa l'autore nella *Einleitung*) una sistematica „quellenkritische Prüfung“ dei testi inerenti alle previsioni in materia di divieto d'intercessione. Per esempio, basti notare il severo respingimento dell'opinione – dominante in ambito pandettistico e pervenuta fino a Gradenwitz¹⁷³ – dell'inapplicabilità della disciplina del *sc. Velleianum* nel caso in cui la donna si fosse obbligata *donandi causa*; tale „Auffassung“ non avrebbe – secondo Vogt – trovato alcun addentellato nelle fonti¹⁷⁴. Delle pagine di Gradenwitz, Vogt tende perciò prevalentemente a recuperare – analogamente a quanto abbiamo visto già in altri casi e per le altre materie trattate nell'*Ungültigkeit* – alcuni profili più scopertamente interpolazionistici, come ad esempio in ordine all'ipotesi della presenza di glosse nei *verba* del senatoconsulto, in Ulp. 29 *ad ed.*, D. 16.1.2.1¹⁷⁵, giungendo però (in modo più marcato che Gradenwitz) a concludere che in epoca classica il *sc. Velleianum* fosse percepito non già con funzione protettiva, bensì con funzione esclusiva, come una norma volta cioè a interdire alle donne un *officium virile*¹⁷⁶. In questo Vogt mostra di allontanarsi dall'opinione di Gradenwitz, secondo cui fondamento reale del divieto introdotto dal *Velleianum* sarebbe stato l'eventuale difesa processuale, in via indiretta, della posizione del debitore¹⁷⁷.

Il dibattito della metà del Novecento ha progressivamente sottoposto a critica e quindi rigettato quante, fra le tesi enunciate da Gradenwitz in tema di effetti dell'*intercessio*, fossero frutto di un più marcato influsso pandettistico. Su tutte – e pare un valido esempio – l'opinione (cui avrebbe però ancora aderito Mitteis¹⁷⁸) secondo cui

¹⁷³ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 124 ss.

¹⁷⁴ Vogt, *Studien* cit. 84 e nt. 67.

¹⁷⁵ In particolar modo riguardo ai *verba* „tametsi ante videtur ita ius dictum esse“, su cui Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 81; cfr. Vogt, *Studien* cit. 3 e nt. 10 (in questo solco mi pare si collochi anche il giudizio di M. Talamanca, *Rec. di H. Vogt, Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, in AG. 142, 1952, 172. Ma v. anche la recezione del pensiero di Gradenwitz, *op. ult. cit.*, 117, su Ulp. 29 *ad ed.*, D. 16.1.8.2 in Vogt, *op. ult. cit.*, 64 s. e nt. 16. Vogt rimarcherà il proprio severo e sorprendente interpolazionismo (anche con critiche a Gradenwitz, *op. ult. cit.*, 81), addirittura in margine alla genuinità dell'intero *decretum* del *sc. Velleianum* (in D. 16.1.2.1) nel saggio *Miscellanea ad senatus consultum Velleianum*, in TR. 35, 1967, 96.

¹⁷⁶ La critica testuale parrebbe accolta da Talamanca, *Recensione* cit. 172 ss., che però (*op. ult. cit.*, 176) si mostra più prudente rispetto alla tesi di fondo di Vogt: „L'opera ... può essere giudicata favorevolmente per quel che riguarda la parte analitica del lavoro ... Maggiori riserve si debbono fare per l'opera di sintesi, in parte assente, in parte non del tutto accettabile“.

¹⁷⁷ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 65 ss. Un coniugio delle posizioni di Gradenwitz e Vogt si rintraccia, sempre alla metà degli anni '50, in F. Cancelli, *Nota preliminare sull'„officium civile“*, in RISG. 11, 1957, 11 ss., ed è stato colto anche, più di recente (e in modo peraltro apodittico), in S. Wagner, *Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum*, in *Rechtskultur* 2, 2013, 3 nt. 19. Una tale posizione era in ogni caso già stata oggetto di critica da parte di M. Talamanca, *La storia del SC. Velleiano*, in *Labeo* 4, 1958, 110 nt. 2, in cui mette peraltro in risalto come tali prospettive peccassero di eccessiva rigidità. Funzione esclusiva e funzione protettiva sembrerebbero in ogni caso contemperarsi (al riguardo v. anche P. Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41–54 d. C.)*, Napoli 2010, 360). Individua una varietà di „policies“ a fondamento del provvedimento anche N. Benke, *Why Should the Law Protect Roman Women? Some Remarks on the Senatus Consultum Velleianum (ca. 50 A. D.)*, in K. Børresen/S. Cabbibo/E. Specht (a c. di), *Gender and Religion in Europe. European Studies*, Rome 2001, 41–56.

¹⁷⁸ L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 244 s. e nt. 31.

„die Ungültigkeit *ex Vellejano* ist eine totale; sie lässt keine *naturalis obligatio* übrig, wie die *ex Macedoniano*“¹⁷⁹. Una tale impostazione, peraltro affermata con toni tanto recisi, pare palesemente contraria alle fonti, che invece mostrano anche (e soprattutto) l'esistenza di una *exceptio* scaturente a tutela della *mulier* dalla iniquità¹⁸⁰ del vincolo obbligatorio d'*intercessio pro aliis*. Le perplessità sul punto, già rilevabili negli scritti di Carrelli¹⁸¹, trovano piena manifestazione nell'opera di Dieter Medicus¹⁸², che imposta però diversamente il problema, spostandolo dalla questione della rilevanza della nullità dell'obbligazione alla concreta esperibilità dei rimedi processuali da parte del creditore e della donna debitrice¹⁸³. Medicus¹⁸⁴ non manca peraltro di sottolineare come proprio Gradenwitz¹⁸⁵ avesse, sulla base di D. 16.1.2.5 i. f., messo bene in evidenza un terzo strumento di tutela per la donna, connesso con il divieto di esercitare la *defensio*: il pretore avrebbe cioè potuto respingere la donna allorché essa si fosse presentata al suo tribunale poiché (*non*) *permittitur mulieri defendere*.

Quest'esempio mostra in modo nitido come, nelle pagine di Gradenwitz, oltre a un influsso che potremmo definire tardo-pandettistico, si agitassero già significative tendenze alla valorizzazione del dato testuale (anche mediante primi significativi interventi di critica). Lo studio di Medicus sul *sc. Velleianum*¹⁸⁶ ha quindi senz'altro il merito di aver sottoposto a un affinato esame le pagine di Gradenwitz in tema di *Intercession*, discutendone in modo dettagliato le tesi, sovente recuperandole¹⁸⁷, e sceverandole da un lato dalle più marcate derive pandettistiche¹⁸⁸, o più raramente da soluzioni interpolazionistiche rivelatesi impraticabili.

La monografia di Medicus è infatti riconosciutamente uno degli scritti che, sul piano metodologico, segnarono un tentativo di superamento dell'approccio interpolazionista, aprendo una nuova e più equilibrata via alla critica delle fonti; è forse dunque lo studio che maggiormente ha contribuito alla riconsiderazione delle tesi

¹⁷⁹ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 77.

¹⁸⁰ Nei *verba* del senatoconsulto si legge „*non sit aequum*“.

¹⁸¹ O. Carrelli, *L'actio institoria ex Velleiano senatusconsulto*, in *RISG.* n. s. 12, 1937, 66. Ma Id., *L'„intercessio“ della donna* cit. 307 s., insiste sulla rilevanza della *denegatio actionis*.

¹⁸² D. Medicus, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln / Graz 1957, 29 s.

¹⁸³ A questo dibattito si accenna anche in R. Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. „Quasi nullus“ nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 90.

¹⁸⁴ Medicus, *Zur Geschichte* cit. 30 nt. 64.

¹⁸⁵ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 66 s.

¹⁸⁶ Che costituisce oramai, insieme al saggio di H. Kreller, *Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinian*, in *Anzeigen der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse*, 1956, 10 ss. (di poco precedente, ma che è nulla più che una introduzione al problema), la dottrina di riferimento sul *sc. Velleianum*, come si evince ad esempio dagli scritti di W. Ernst, *Interzession: vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten*, in R. Zimmermann et al. (a c. di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 395 ss., part. 397 ss., ed E. Koch, *Abschied vom Senatus Consultum Velleianum? Das Verschwinden und die Wiederkehr einer Rechtsregel*, in D. Kippel et al. (a c. di), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, 27 ss.

¹⁸⁷ V. ad esempio (Medicus, *Zur Geschichte* cit. 59 ss.) l'intera trattazione dell'„*Irrtum des Gläubigers über die Interzession*“, che ruota in prevalenza intorno all'esegesi di D. 16. 1. 17 e 16. 1. 23 e appare interamente modellata sulla trattazione di Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 90 ss.

¹⁸⁸ Anche mediante una correzione della prospettiva, come abbiamo visto nell'esempio sopra riportato in testo. Ma v. anche Medicus, *Zur Geschichte* cit. 96, a proposito di Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 123 s. nt. 1, ove si recepisce piuttosto acriticamente l'opinione di Windscheid.

di Gradenwitz sulle „Intercessionen der Frauen“ e ad una loro matura discussione (pur con divergenze, alle volte anche nette). Un aspetto, questo, cui non si mostra indifferente un recensore severo come Mario Talamanca, che in *Labeo* del 1958 – pur parzialmente dissentendone – non manca di registrare le considerazioni svolte da Gradenwitz e riprese da Medicus secondo cui (come parrebbe evincersi da Afr. 4 *quaest.*, D. 16. 1. 17 pr.) nei negozi tipici di intercessione ai quali avesse partecipato direttamente la donna la consapevolezza del creditore che la donna assumesse un’obbligazione altrui sarebbe risultata già soltanto dalla partecipazione al negozio e dunque non sarebbe stata un elemento rilevante della fattispecie¹⁸⁹.

Tracciando un bilancio, crediamo si possa a buon diritto osservare come – pur con divergenze alle volte anche nette – di opinioni, le pagine dedicate da Gradenwitz al tema abbiano finito, più o meno direttamente, per influenzare il dibattito sul *sc. Velleianum* e sugli effetti di questo sino ai giorni nostri. Le mediazioni più importanti sono senz’altro state giocate dall’opera di Medicus, importante crocevia degli studi in tema di „Intercession der Frauen“.

Un esempio concreto di un contributo alla recezione delle tesi di Gradenwitz nelle opere successive attraverso la mediazione di Medicus credo si possa rintracciare in particolar modo negli studi di Berthold Kupisch¹⁹⁰. La tesi di abilitazione di Kupisch, scritta alla scuola di Gerardo Brogginì e dedicata ai profili privatistici dell’*in integrum restitutio*, presenta un primo articolato capitolo dedicato al *restituere actionem* nella disciplina fiorita intorno al *sc. Velleianum*: le pagine di Gradenwitz risultano citate con frequenza, prevalentemente in maniera adesiva. A Gradenwitz, Kupisch rimonta per questioni introduttive, come ad esempio quando sostiene che „das Verbot [des SC *Velleianum*] bewirkt keine zivilrechtliche Nichtigkeit der Interzession“¹⁹¹; o ancora con riguardo all’esegesi di Ulp. 29 *ad ed.*, D. 16.1.8.8, che pone il caso dell’invalidità dell’accettazione allorché il debitore indichi come proprio espromissore una donna: caso per il quale Kupisch ricostruisce l’intera fattispecie seguendo le tesi di Gradenwitz, già riprese da Carrelli¹⁹².

Ci sono in ogni caso non poche circostanze nelle quali tuttavia Kupisch non manca di prendere le distanze dalle tesi di Gradenwitz. Ciò che si rileva non solo tra alcune pieghe della sua tesi di abilitazione¹⁹³, ma anche in un più recente saggio, del 1999,

¹⁸⁹ Cfr. Talamanca, *La storia del SC. Velleiano* cit. 103 e nt. 10.

¹⁹⁰ Ma fortemente dipendente dall’opera di Medicus è ad esempio la tesi di dottorato di U. Mönich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften. Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschuß*, Köln / Weimar / Wien 1999, in cui le citazioni di Gradenwitz sono frequenti, ma pressoché mai oggetto di discussione, anzi piuttosto inserite in „catene“ di citazioni dottrinali, in cui non a caso è di frequente presente anche Medicus. Mönich (*op. ult. cit.*, 39 s.) ha ragione tuttavia nel respingere la tesi di Gradenwitz secondo la quale D. 16.1.2.1 sarebbe fortemente interpolato e si sarebbe perduto il tenore originario del *sc.* Una tesi che, sulla base di più recenti studi palinogenetici e dedicati ai profili testuali e strutturali dei *senatus consulta* (tema su cui v. da ultimo P. Buongiorno, *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche* (189 a. C. – 138 d. C.), in *AUPA.* 59, 2016, 17 ss.), pare potersi ritenere definitivamente superata.

¹⁹¹ B. Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin / New York 1974, 16.

¹⁹² Kupisch, *op. ult. cit.*, 37 ss.

¹⁹³ Cfr. per esempio Kupisch, *op. ult. cit.*, 50 s., che – a margine dell’esegesi di D. 16.1.8.14 – mette in discussione l’assunto di Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 173 ss., secondo cui gli effetti dell’*actio*

intitolato *Die römische Frau im Geschäftsleben*¹⁹⁴. Questo intero contributo è dedicato all'esegesi di D. 16.1.8.2, testo escerpito da Ulp. 29 *ad ed.*, in cui le opinioni di tre giuristi, Giuliano, Marcello e lo stesso Ulpiano, si intrecciano intorno all'applicabilità del *sc. Velleianum* al verificarsi di una duplice *intercessio* da parte della donna. Kupisch non manca di registrare come l'opinione di Gradenwitz, ripresa da Medicus¹⁹⁵, fosse che il testo fosse ampiamente interpolato a partire dal punto in cui era registrata l'opinione di Marcello e che quindi l'applicabilità del *senatus consultum Velleianum* in questa peculiare fattispecie non sarebbe stata genuinamente ammessa in età classica. Tuttavia, dopo ampia e argomentata trattazione (in cui alla mera critica testuale si affiancano valutazioni di ordine socio-economico), Kupisch arriva a concludere come, nonostante lo scetticismo di Gradenwitz (e di Medicus), quello ulpiano sia un „transparente[r] Text, dessen roter Faden die Folgerichtigkeit ist, mit der die römischen Juristen den Anwendungsbereich des SC Velleianum wertungsmässig plausibel abgrenzen“¹⁹⁶.

Il solco entro il quale si colloca l'approccio di Kupisch alle pagine di Gradenwitz trova ora eco in un importante, recente studio di Thomas Finkenauer dedicato alla rinuncia al *senatus consultum Velleianum*; un'indagine condotta con stretto approccio esegetico ai testi (per esempio Pomp. 1 *sen. cons.*, D. 16.1.32.4 e Paul. 1 *ad Ner.*, D. 16.1.31 e 30 *ad ed.*, D. 16.1.11)¹⁹⁷. Si tratta di pagine in cui l'esame testuale è condotto con metodologia più prudente e le tesi di Gradenwitz (anche quando non mediate da Medicus) sono con attenzione messe in prospettiva¹⁹⁸. Finkenauer si mostra prudente soprattutto rispetto ad alcune scelte interpolazionistiche che si rinvergono tra le pieghe dello scritto di Gradenwitz: ad esempio con riguardo a Ulp. 29 *ad ed.*, D. 16.1.8.10, frammento che Gradenwitz aveva pur con qualche incertezza ipotizzato essere interpolato in ragione dell'oscura previsione in esso contenuta „daß die Frau so leistet, daß eine Rückforderung nicht stattfinden kann“. Ma, avverte giustamente Finkenauer (ponendosi nel solco di Medicus), „diese in ihrer Bedeutung etwas dunkle Voraussetzung ist kein Grund, den Text für interpoliert zu erachten“, poiché tale soluzione si richiama a un principio più generale, che troverà piena formulazione, con riferimento alla sfera di applicabilità del senatoconsulto, in C. 4.29.9, costituzione di Gordiano del 239 d. C.¹⁹⁹.

institoria sarebbero stati estensibili a quelli dell'*actio restitutoria*, tanto che egli riconduce entrambi questi generi di *actiones* sotto l'*Oberbegriff* di „*actio quae instituit obligationem*“. Kupisch prende però le distanze anche dalle tesi di Bortolucci (cfr. *supra*, nt. 160), preferendo aderire alle più prudenti tesi di Carrelli, *L'actio institoria*, 70 s.

¹⁹⁴ B. Kupisch, *Die römische Frau im Geschäftsleben. Ein Anweisungsbeispiel: Ulpian/Julian/Marcellus D. 16,1,8,2*, in U. Hübner/W. F. Ebke (a. c. di), *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1999, 659 ss.

¹⁹⁵ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 121; Medicus, *Zur Geschichte* cit. 92 ss.

¹⁹⁶ Kupisch, *Die römische Frau* cit. 670.

¹⁹⁷ Th. Finkenauer, *Der Verzicht auf die exceptio SCti. Velleiani im klassischen Recht*, in *TR.* 81, 2013 17–49.

¹⁹⁸ Per esempio Finkenauer, *Der Verzicht* cit. 18 nt. 9; 20 nt. 12; 26 nt. 42; 28 ntt. 55 e 60, 29 nt. 62, 30 nt. 70, 31 nt. 75, 33 nt. 92.

¹⁹⁹ Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 183 nt. 1; Medicus, *Zur Geschichte* cit. 31; Finkenauer, *Der Verzicht* cit. 24 s.

Questo è solo uno degli esempi che si potrebbero rintracciare nelle dense pagine di Finkenauer, in cui peraltro si coglie (e a ragione) una velata prudenza rispetto ad alcune mal represses tendenze interpolazioniste di questo libro²⁰⁰.

La cosa non deve sorprendere. È questa la cifra della peculiarità di queste pagine del giovane studioso, che portano a definire quello sull'*Ungültigkeit* come uno scritto „di transizione“. Percepito come „non sufficientemente interpolazionistico“ fino a tutta la metà del secolo scorso, oggi pare ancora adoperato dagli studiosi proprio perché in queste pagine si coglie una sensibilità verso i testi maggiore che negli scritti coevi²⁰¹. Eppure tuttavia, il superamento della temperie interpolazionistica più radicale spinge definitivamente a scorgere, fra le pieghe di questo libro, l'anima più genuina del Gradenwitz studioso di testi.

Appendice: l'attività scientifica di Otto Gradenwitz dal 1883 al 1887

- 1883 Heidelberg Habilitationsverfahren.
- 1883 Die Ungültigkeit der unter das Senatusconsultum Velleianum fallenden Rechtsgeschäfte (a stampa, 111 pp.).
- 1884 Die Intercession der Frauen (a stampa, 111 pp.).
- 1885 Berliner Habilitationsverfahren.
- 1885* Die Ungültigkeitslehre im Römischen Obligationenrecht (*Habilitationschrift*, misto manoscritto e stampa).
- 1885* Über Interpolationen in den Pandekten (*praelectio*, non trascritto né pubblicato).
- 1885 *Per traditionem accipere* in den Pandekten (ZSS. 6, 11 pp.).
- 1886 Interpolationen in den Pandekten (ZSS. 7, 39 pp.).
- 1887 Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (monografia 328 pp.).
- 1887 Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien (monografia, 240 pp.).
- 1887 Rec. di G. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse* (ZSS. 8, 9 pp.).
- 1887 Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts (ZSS. 8, 8 pp.).

²⁰⁰ Finkenauer, *Der Verzicht* cit. 26 nt. 46.

²⁰¹ A differenza che nella dottrina di lingua tedesca, più moderato è stato l'impatto dello studio di Gradenwitz nel dibattito italiano dell'ultimo mezzo secolo. Ad eccezione delle sole, già citate, pagine di Talamanca in *Labeo* del 1958, è ad esempio sorprendente che già S. Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, non prenda mai in considerazione Gradenwitz, pur discutendo aspetti inerenti al *SC Velleianum*, con particolare riguardo ad esempio (Di Paola, *op. ult. cit.*, 89) all'invalidità dell'*emptio venditio contra senatus consultum facta* ricordata in Pomp. 1 *sen. cons.*, D. 16.1.32.2: testo su cui v. Gradenwitz, *Die Ungültigkeit* cit. 171, e Medicus, *Zur Geschichte* cit. 120 s. Più di recente, deve registrarsi l'assenza di un confronto con le tesi di Gradenwitz nella pur agile monografia di Giuseppina Sacconi sulla *ratio* e sull'ambito di applicazione del *sc. Velleianum* (G. Sacconi, *Appunti sul senatus consultum Velleianum*, Camerino 1995). Uno studio che pure presenta un discreto confronto con la dottrina tedesca (in particolar modo Medicus e Kupisch) e che quindi subisce in modo „mediato“ gli influssi della dottrina di Gradenwitz, che non è però mai citato.